



OTOÑO 2017

DERECHOS en ACCIÓN

ReDeA

Revista Derechos en Acción





OTOÑO 2017

DERECHOS EN ACCIÓN

ESCRIBEN EN ESTE NÚMERO

MORENO, Guillermo
BOTASSI, Carlos Alfredo
GANON, Gabriel
PORTELA, Julián
VALENZUELA, Diego Exequiel
STINCO, Juan
LETTIERI, Juan Manuel
BASTONS, Jorge Luis
TORTI IERMINI, Marcos Antonio
CABRAL, Pablo Octavio
AMESTOY, Juan
MENESTRINA, Nicolás
DÍAZ, Juan Francisco
GOMARA, Juan Pablo
LORAT, Martín
BALDI, Eduardo
ORSINI, Francisco
FERREYRA, Raúl Gustavo

MAIER, Julio
ZAFFARONI, Eugenio Raúl
CHAVES, Guillermo Justo
VERDOLINI, Valeria
FERNANDEZ CAMILLO, Ignacio
ORTIZ, María Dolores
UCIN, Diego
CORTI, Lucía Rocío
ERDMAN Mc DONALD, Gerónimo
BIANCO, Carola
BELAUNZARAN Lucía
BORREGO, Carolina
LAMBUSTA, Damián
MENESTRINA, Martín
PAGANO, Sebastián
TALAMONTI, Paula



ReDeA

Revista Derechos en Acción

ISSN 2525-1678

La Plata. Junio 2017



Redea Unlp

www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA

www.derechosenaccion.com.ar

STAFF

DIRECTOR

MEDICI, Alejandro.

SUBDIRECTOR

LOPEZ, José Ignacio.

COORDINADORA

DE LUCA, Marcela.

EDITOR

CABRAL, Pablo Octavio.

EDITORES TEMÁTICOS.

DERECHO PENAL

- CATINO, Paola.
- LORAT, Martín.

DERECHO PÚBLICO (CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, TRIBUTARIO, POLÍTICO)

- MORENO, Guillermo Raúl.
- VILLARREAL, Lucía.

DERECHO LABORAL Y PREVISIONAL

- SURACHE, Zarina.

DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES (SOCIOLOGÍA, FILOSOFÍA, ECONOMÍA POLÍTICA)

- CIPOLLA, Daniela.

DERECHO PRIVADO (CIVIL, COMERCIAL, ETC.)

- ECHEVESTI, Rosario.
- MUÑOZ, Lorena.

DERECHOS HUMANOS

- DE ANTONI, Román.

CONSEJO EDITORIAL INTERNACIONAL

- ROSILLO MARTINEZ, Alejandro (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México)

- MATILLA CORREA, Andry (Universidad de La Habana, Cuba)
- WOLKMER, Antonio Carlos (Universidad Federal Santa Catarina, Brasil).
- SÁNCHEZ RUBIO, David (Universidad de Sevilla, España).
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México).
- CENDOYA, Nicolás (Universidad de la República, Uruguay).
- BURGOS MATAMOROS, Milay (Universidad de La Habana y UNAM).

CONSEJO EDITORIAL NACIONAL

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Universidad de Buenos Aires).
- ABRAMOVICH, Víctor Ernesto (Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Lanús).
- RUIZ, Alicia (Universidad de Buenos Aires).
- SAIN, Marcelo (Universidad Nacional de Quilmes).
- DEL PERCIO, Enrique (Universidad de Buenos Aires).
- RODRÍGUEZ ALZUETA, Esteban (Universidad Nacional de Quilmes).
- GONZÁLEZ MORAS, Juan Martín (Universidad de Buenos Aires).
- JUSTO, Juan Bautista (Universidad Nacional del Comahue).
- DELANOY, Solange (Universidad Nacional de Rosario).
- CATALANI, Franco (Universidad Nacional de La Pampa).
- GARCIA, Lila (Universidad Nacional de Mar del Plata).
- RONDA, Romina (Universidad Nacional de Cuyo).
- FERREYRA, Raúl Gustavo (Universidad de Buenos Aires).
- STINCO, Juan (Universidad de Buenos Aires).
- ARBALLO, Gustavo (Universidad Nacional de La Pampa).

CONSEJO EDITORIAL UNLP

- ECHEVESTI, Carlos (Derecho Civil).
- TORRES MOLINA, Ramón (Historia Constitucional).
- VOLPONI, Valeria (Derecho Penal).
- BIBILONI, Homero (Derecho Administrativo).
- RAIMUNDI, Carlos (Derecho Político).
- HORTEL, Víctor Eduardo (Derecho Penal)
- PEPE, Marcelo (Derecho Civil).
- CARBALLAL, Ángel (Finanzas y Derecho Tributario).
- CORIOLANO, Mario (Derecho Penal).
- SOSA, Rodolfo Alberto (Derecho Laboral).
- ANDREU, Ricardo César (Economía Política).
- DE ORTUZAR, Graciela (Filosofía del Derecho).

COMITÉ DE REDACCIÓN DOCENTE

- LOVELLI, Mariano (Derecho Político).
- HEFFES, Omar (Derechos Humanos).

- ALEMAN, María (Derecho Civil).
- MAITINI, Fernando (Derecho Romano).
- CHAVES, Guillermo Justo (Derecho Político).
- BARRIVIERA, Natalia (Derecho Notarial)
- PORTELA, Julián (Derecho Constitucional)

COMITÉ DE REDACCIÓN DE GRADUADOS

- DÍAZ, Ailén Victoria.
- SANTILLI, Juan Manuel.
- MOLTRAZIO, Carolina.
- HNATIUK, Aníbal.
- GOMARA, Juan Pablo.
- MC DONALD, Gerónimo Erdmann.
- TITTARELLI, Florencia.
- VILLEGAS, María Cecilia Rita.

COMITÉ DE REDACCIÓN ESTUDIANTEL

- BLANCO, Pablo
- DE ROSA, Abril.
- ORTEGA, Manuela.
- PERCOW, Carmela.
- CASTRO, Nahuel.
- SANTECCHIA, Agustin.

CORRECTOR DE ESTILO

- MAITINI, José.

DISEÑO GRÁFICO

- RAFFINO, Ezequiel.

DIRECCIÓN DE DISEÑO WEB

- RODRIGUEZ, Leticia.

DIRECCIÓN DE ARTE

- MAZZARINI, Nazarena.

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

Viviana KERT

Nació en Misiones el 07 de Septiembre de 1977

De profesión Diseñadora de Indumentaria (C.E.T.IC) C.A.B.A , Vestuario (Centro cultural San Martín) C.A.B.A

Mi arte nace primero desde un deseo innato de expresión, para luego llevarlo a cabo mediante la investigación en un devenir constante de búsqueda de materiales y medios.

Realicé varios talleres y cursos para desarrollar diversas inquietudes; pintura, serigrafía, ilustración, Literatura, fotografía, Cine, Diseño de Interiores y Vidrieras.

Actualmente centro mi trabajo de forma independiente como diseñadora de Indumentaria e Ilustradora/autora de libros infantiles.

Exposiciones individuales: 2014- La Catrina, La Plata. “Mi paraíso perdido” 2015- Teatro Nacional Cervantes.C.A.B.A “Mi paraíso perdido”

“Mi paraíso perdido” es una serie de pinturas que abarca diversas técnicas y miradas de lo que fue mi infancia en la prov. de Misiones. Marcada en un contexto de abundante y desenfrenada naturaleza, reelaborando símbolos y recuerdos que guardo en el paraíso de mi mundo imaginario.

CONTACTO

Vivianakert@gmail.com

PROSA POETICA DE CONTRACARATULAS

BAIBIENE Ramon Mariano

Escritor platense, Abogado (U.N.L.P.). Ex Director de línea en la Dirección Provincial de Políticas Reparatorias de la Provincia de Buenos Aires. Actualmente es Profesor en la Cátedra de Comunicación y Derechos Humanos en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social. (U.N.L.P.)

Contacto: rmbaibiene@yahoo.com.ar

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO.

A los efectos de facilitar el trabajo de edición de la revista los trabajos deben ser presentados en el siguiente formato:

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Formato APA 2016 para citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pie en tamaño 10.
- Interlineado a un espacio y medio.
- Página tamaño A4, márgenes “normal”.
- Resumen del trabajo en castellano de hasta 3.000 caracteres.

El sistema de referato es externo doble ciego, y el procedimiento de selección se tramitará con el sistema Open Journal Systems (<https://pkp.sfu.ca/ojs/>), el autor deberá registrarse en el Portal de Revistas Académicas de la U.N.L.P. y remitir el documento sin mención expresa a su autor/autores dentro del trabajo.

INDICE

EDITORIAL 15

PRIMERAS MATERIAS

El Pacto de San José de Flores y la Unión Nacional. Por Guillermo Raúl Moreno 21

DOCTRINA

Prescripción extintiva de la acción y legislación local. Por Carlos Botassi 27

El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia. Por Gabriel Ganon 41

El amparo bonaerense, diagnóstico de una garantía esencial. Por Julian Portela 53

Dilemas e incidencias de la cosa juzgada expansiva en clave de efectividad de los Procesos Colectivos en Argentina. Por Diego Exequiel Valenzuela 78

La garantía de inamovilidad de los jueces y lo que los precedentes “Fayt” y “Schiffrin” no resolvieron. Por Juan Manuel Lettieri y Juan Stinco 86

Aportes para la consolidación del contralor provincial de los servicios públicos nacionales. Por Jorge Luis Bastons 106

LEGISLACIÓN

El Convenio Colectivo para los Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales y su plena vigencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP Por Pablo Octavio Cabral 123

Ley 27.350 de Investigación Médica y Científica del uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados. Análisis jurisprudencia, legislativo, aspectos de investigación y proyecciones sociales. Por Marcos Antonio Torti Iermimi 151

Consideraciones relativas a la ley 27.348. Por Juan Amestoy y Nicolás Menestrina 169

Legislación. Por Eduardo Baldi 188

JURISPRUDENCIA

Comentario al fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia. Por Juan Pablo Gomara y Martín Daniel Lorat 195

Constitucionalidad de la designación de jueces subrogantes por el Consejo de la Magistratura de la Nación. Comentario a la medida cautelar y sentencia dictadas por el Juzgado Federal N° 4 de La Plata. Por Eduardo Baldi 211

Novedades de la Suprema Corte Bonaerense y de la Corte Suprema Nacional. Por Francisco Orsini y Juan Francisco Diaz 227

SECCIÓN ESPECIAL

Sampay - Homenaje a 40 años de su partida (1977-2017) ReDeA 231

Sobre la Paz y la Justicia Social. Por Raúl Gustavo Ferreyra 233

Constitución y transformación institucional y social Por Julio Maier 245

Constitución y procesos de transformación. Por Eugenio Raúl Zaffaroni 252

OPINIÓN

<i>La batalla de las ideas La disputa por la verdad. Los hechos y su interpretación.</i>	261
<i>La producción de sentido común. La “posverdad”</i> Por Guillermo Justo Chaves	
<i>Multinacionales en forma de app: ¿Innovación o evasión?</i> Por Valeria S. Verdolini	267
<i>La cárcel: el enfrascamiento de un problema social</i> Por Ignacio Fernández Camillo	270
<i>Consideraciones sobre el Trabajo Forzoso.</i> Por María Dolores Ortiz	273

NOVEDAD BIBLIOGRÁFICA

<i>Reseña del libro “Derecho Municipal”</i> Por Diego Ucin	283

TRABAJOS DE SEMINARIO DE GRADO

<i>Derecho humano a la salud: IOMA ante enfermedades terminales</i>	287
Por Lucía Rocío Corti	

TRABAJOS DE POSGRADO

<i>Países en vías de Desarrollo: Empleo Público, Progresividad</i>	299
<i>y Rol del Estado. El caso argentino en el período 1989 – 2016.</i>	
Por Gerónimo Martín Erdmann Mc Donald	

DOCUMENTOS EPISTOLARES

<i>Carta de Norberto Bobbio a Nicola Matteucci</i>	321
<i>Traducción de Raúl Gustavo Ferreyra y Vannesa Alejandra Pérez Rosales</i>	

PROYECTOS DE EXTENSIÓN

<i>Programa Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas.</i>	331
<i>Una experiencia de extensión universitaria desde la crítica jurídica</i>	
Por Carola Bianco, Lucía Belaunzaran, Carolina Borrego, Damián Lambusta,	
Martín Menestrina, Sebastián Pagano y Paula Talamonti	

ENTREVISTA

<i>Estela de Carlotto</i>	343
<i>Baltasar Garzón</i>	347



EDITORIAL

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | A TRAVÉS DEL JARDÍN.

TÉCNICA MIXTA. 50 X 60.

OBRAS A LA VENTA

Ramón Mariano BAIBIENE.

Escritor platense, Abogado (U.N.L.P.). Ex Director de línea en la Dirección Provincial de Políticas Reparatorias de la Provincia de Buenos Aires. Actualmente es Profesor en la Cátedra de Comunicación y Derechos Humanos en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social. (U.N.L.P.)

Contacto: rmbaibiene@yahoo.com.ar

Editorial Otoño 2017

El contexto político, económico, social y, consecuentemente, el universo jurídico en nuestro país; nos interpela al lanzamiento de este nuevo número de ReDeA con estupor. Pero, lejos de ser paralizante, nos incentiva a profundizar nuestro pensamiento crítico y traducirlo en propuestas revitalizantes y superadoras.

El primer escaño de la lista de sucesos alarmantes queda reservado, sin duda, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recientemente conformada, que habilitó la aplicación del beneficio excepcional previsto por la ley 24.390 conocido como “2 x 1” en el cómputo de condenas a genocidas que fueron juzgados por los delitos más atroces de nuestra historia reciente. Dejando así abierta la posibilidad de que los represores condenados por delitos de lesa humanidad queden en libertad. Esta sentencia, dictada en una situación procesal particular abstracta y, por ello, más simbólica que de consecuencias jurídicas efectivas en el caso concreto; provocó la reacción de los Organismos de Derechos Humanos, así como de toda la sociedad argentina que tiene en su ADN el legado de Memoria, Verdad y Justicia. Adherimos al reclamo por su no aplicación, haciendo nuestros los conceptos de Estela de Carlotto -titular de Abuelas de Plaza de Mayo-, quien sostuvo que: “Estos delitos no concluyen hasta que no se sepa el destino de los desaparecidos y de los nietos apropiados. Lo que no se juzga y se condena, se repite”.

Por otra parte; advertimos con profunda preocupación y rechazo, la injerencia que el Poder Ejecutivo Nacional está ejerciendo sobre el Poder Judicial en todos sus niveles de competencia.

Meses atrás, se designó como Juez subrogante en el Juzgado Federal 1 de La Plata a un juez federal, de otra jurisdicción, en una clara maniobra tendiente a contar con un juez *cercano*, para que quede a cargo, ni más ni menos, del próximo proceso electoral en la Provincia de Buenos Aires.

En la misma línea; un juez de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional, que recientemente había sido Ministro de Justicia del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, fue *trasladado* hacia la Cámara Federal de Casación Penal. Ambos casos fueron cuestionados judicialmente por las irregularidades en el proceso de selección de estos jueces para ocupar los roles asignados, sustanciadas por el Consejo de la Magistratura. No obstante, a pesar de seguir tramitando las acciones judiciales, la propia Justicia Federal no ha sido determinante a la hora de impedir preventivamente las asunciones de los cargos cuestionados.

Tercer escaño: días pasados se resolvió judicialmente la remoción de un senador como Consejero de la Magistratura por no tener título de abogado, mediante la declaración de inconstitucionalidad de un artículo de la ley aplicable 26.855. Ley que se encuentra vigente desde hace cuatro años, que nunca antes tuvo planteos al respecto y que, recién ahora, ha introducido la cuestión respecto de un integrante del Consejo afín al Poder Ejecutivo en ejercicio en 2013. Resulta cuanto menos llamativa la oportunidad de la sentencia, mientras se tratan en ese organismo cuestiones como las mencionadas en párrafos anteriores y, además, varias denuncias del Ejecutivo contra jueces que dictan fallos que le resultan adversos a su ideología de base.

Tampoco resulta azaroso que uno de los sectores de la justicia más fustigados sea el fuero laboral. En un paradigma que pretende retrotraernos a viejas recetas de flexibilización y privatización como variables de ajuste, como lo evidencia la sanción de la también judicialmente cuestionada ley 27.348 que modifica el sistema de cobertura de riesgos del trabajo; no resulta extraño que los focos de ataque sean tanto jueces laboristas como abogados que pugnan por la defensa de los derechos

de los trabajadores, sentido mismo de la aparición del derecho laboral como rama especializada y autónoma. Una república verdaderamente democrática y con justicia social no puede desarrollarse con la obliteración de la defensa judicial de los derechos fundamentales que la Constitución y el ordenamiento jurídico nacional les reconocen a la clase trabajadora.

Con no menor preocupación, seguimos consternados el caso de la dirigente social Milagro Sala que lleva más de 500 días privada ilegalmente de la libertad. Su situación ha motivado las intervenciones del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de la ONU y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su análisis del caso y reciente visita. En el mismo sentido se han pronunciado la Presidencia del Parlasur y el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro. Por su elocuencia y para no sobreabundar, adscribimos a la cita textual del comunicado de prensa hecho público por la CIDH que en la parte pertinente afirma:

“En su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, la CIDH reiteró que la presunción de inocencia es la base para la regla general de que “toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad”. La prisión preventiva es excepcional, solo puede extenderse por un período razonable y no puede ser usada como una medida punitiva.... la CIDH expresa su preocupación con respecto a la detención preventiva prolongada de Milagro Sala, y llama al Estado argentino, en particular a la provincia de Jujuy, a tomar acciones urgentes para responder las recomendaciones emitidas por el Grupo de Trabajo”.

Las ideas-fuerza de estas decisiones políticas están sintetizadas en la propia frase del titular del actual titular PEN: *“Los jueces tienen que saber que buscamos la verdad o buscaremos otros jueces que nos representen”*. La independencia del Poder Judicial es un requisito fundamental para la vigencia del Estado de Derecho, por lo cual apelamos a que cesen las acciones tendientes a contar con un aparato judicial afín al poder político de turno.

Ya en el ámbito propio del quehacer universitario; nos preocupa y adherimos al repudio que hiciera nuestra Universidad respecto de lo sucedido en la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad Nacional de Jujuy, que culminó con la detención ilegal y arbitraria de los estudiantes y referentes del claustro estudiantil Joaquín Quispe e Ignacio García como resultado del accionar de la fuerza pública, transgrediendo lo establecido en el Artículo 31 de la Ley N° 24.521 de Educación Superior (v.g.; *“...La fuerza pública no puede ingresar en las instituciones universitarias nacionales si no media orden escrita previa y fundada de juez competente o solicitud expresa de la autoridad universitaria legítimamente constituida...”*). El operativo policial desplegado contra los estudiantes de aquella unidad académica, a todas luces contraria a derecho, constituye un avasallamiento a la autonomía universitaria.

En igual sentido; alumnos secundarios de una escuela de la localidad bonaerense de Berisso, que recientemente reclamaban mejoras edilicias en la puerta de la Municipalidad, fueron reprimidos por efectivos de la Policía Bonaerense y Local.

Por tales fundamentos, nos sumamos a las adhesiones y muestras de solidaridad señalando la gravedad de lo ocurrido en ambos casos, y reiteramos nuestra preocupación, exigiendo que se sancione a los responsables para que estos hechos no vuelvan a reiterarse.

Al igual que la intromisión en el Poder Judicial, estos hechos puntuales se enmarcan en el lugar subalterno planificado para la educación pública. Muestras de ello son la falta de voluntad para

arribar a un acuerdo entre las autoridades nacionales y algunas provinciales y los gremios docentes en cuanto a la actualización de los salarios, depreciados frente a la inflación y demás condiciones laborales. Agrava esta situación la ausencia de diálogo y el incumplimiento de la ley que garantiza las paritarias nacionales docentes. La respuesta de los trabajadores de la educación, en todos sus niveles; ha sido expresada en medidas de fuerzas, movilizaciones, clases públicas y la instalación de una carpa docente itinerante, entre otras.

La Ley 26.075, denominada “Ley de Financiamiento Educativo”, fue sancionada el 21 de diciembre de 2005 y promulgada el 9 de enero de 2006. Entre sus objetivos se estableció el “...*incremento de la inversión en educación, ciencia y tecnología por parte del Gobierno nacional, los Gobiernos provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en forma progresiva, hasta alcanzar en el año 2010 una participación del Seis por Ciento en el Producto Bruto Interno...*”. En el artículo 10° establece textualmente que el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología juntamente con el Consejo Federal de Cultura y Educación y las entidades gremiales docentes con representación nacional, acordarán un Convenio Marco que incluirá pautas generales referidas a: a) condiciones laborales, b) calendario educativo, c) salario mínimo docente y d) carrera docente. Posteriormente, en abril de 2007, esta Ley de Financiamiento se reglamenta a través del Decreto N° 457/07 que señala que: “*corresponderá que el Convenio Marco trate todas las cuestiones laborales generales que integran la relación de empleo de los trabajadores docentes de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esto es: Retribución mínima de los trabajadores docentes y materias de índole económica, laboral, asistencial, previsional y, en general, las condiciones de trabajo*”.

Contra legem, el PEN, hasta el día de hoy, no cumplió con su obligación legal, omitiendo hacer el llamado a la Paritaria Nacional Docente. La realidad de los trabajadores de la educación en sus distintos niveles, no escapa a un contexto de crisis social marcada por la retracción del consumo, el aumento de los precios de los artículos de primera necesidad y servicios públicos esenciales, la desocupación y los indicadores de pobreza e indigencia.

Estas acciones/omisiones planificadas, se completan con el ingreso al Parlamento Nacional del llamado “Plan Maestro” remitido por el Poder Ejecutivo Nacional que expresamente prevé que “...*dada la organización del sistema educativo argentino, la política salarial docente es definida en el nivel provincial...*”, entre otras cuestiones que habrán de ser objeto de reflexión, pensamiento crítico y evaluación en un futuro cercano atendiendo a las transformaciones estructurales que propone. En el ámbito local; celebramos que el pasado miércoles 26 de abril se desarrollaron con normalidad las primeras elecciones de delegados gremiales de ADULP en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, resultando electa la lista celeste y blanca. Felicitamos a todos los trabajadores docentes por tan trascendente acto democrático y a los delegados que fueron elegidos en dichos comicios. Esperamos que esta histórica concreción sea el puntapié de un proceso de dignificación de la tarea docente en nuestra unidad académica, empezando por la operativización del Convenio Colectivo de Trabajo vigente.

En igual sentido, tenemos el agrado de poder ingresar al **Consejo Editorial Nacional** a los profesores **Gustavo Ferreyra** (Profesor Titular de la materia Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires); **Juan Stinco** (Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires) y **Gustavo Arballo** (Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Pampa).

Asimismo, nos satisface incorporar al **Consejo Editorial UNLP** a los docentes **Ángel Carballal** (Profesor de Derecho Tributario); **Rodolfo Sosa** (Derecho Laboral) y **Ricardo César Andreu** (Economía Política).

También les damos la bienvenida al Comité de Redacción Docente a los profesores de nuestra Facultad **Guillermo Justo Chaves**, **Natalia Barriviera** y **Julián Portela**. Y al **Comité Editorial de Graduados** a las abogadas **Florencia Titarelli** y **Cecilia Villegas**. Por último recibimos en el Comité Editorial Estudiantil a **Carmela Percow** y **Nahuel Castro**.

Respecto de la organización del equipo de trabajo de ReDeA, incorporamos a los siguientes Editores Temáticos: **1) Derecho Penal:** Profesores Paola Catino, Martín Lorat; **2) Derecho Público:** Profesor Guillermo Raúl Moreno y Abog. Lucía Villarreal; Derecho Laboral y Previsional: Abogada Zarina Surache; **3) Derecho y Ciencias Sociales:** Abogada Daniela Cipolla; **4) Derecho Privado:** Profesoras Rosario Echevesti y Lorena Muñoz y **5) Derechos Humanos:** Abogado Román Dé Antoni. En el presente número inauguraremos cuatro secciones nuevas; **Novedades Legislativas**, a cargo del Abog. **Eduardo Baldi**; **Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** a cargo del Abog. **Mariano Fantoni**; **Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación** a cargo del Abog. **Juan Francisco Díaz** y **Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**, a cargo del Abog. **Francisco Orsini**.

Finalmente, agradecer a todos los revisores externos que, solidariamente corrigen en forma anónima, con esmero y dedicación los trabajos sometidos a referato.

A todos ellos, les agradecemos sumarse a trabajar en este proyecto académico, colectivo y heterogéneo.

Con estas líneas de bienvenida a nuestro tercer número, alentamos a nuestros lectores, potenciales autores, a reflexionar sobre estas cuestiones y acercarnos sus aportes.

El volumen de invierno de 2017 los espera.



MATERIAL DE CÁTEDRA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | JARDÍN ACUÁTICO.

TÉCNICA ACUARELA. 20 X 60.

OBRAS A LA VENTA

Hablaba como si hubiese sido acariciado por la pluma del ángel taciturno, se alimentaba exclusivamente de la belleza; ¡fotosíntesis de belleza! El muy forro, una tarde se atraganto con tres consonantes “grr...” Ensayo una traqueotomía, lo había leído varias veces en sus libros. Le erró; el gil se cortó la carótida; el primer chorro pegó contra la ventana, después los borradores, el porro, el mouse... todo se tiño de un exquisito color terracota, profanamente mundano; El chófer ambulancista no había pisado en su vida Claypole; era su tercer viaje. Y no, no llegó.

BAIBIENE Ramón Mariano

El Pacto de San José de Flores y la Unión Nacional

Por Guillermo Raúl Moreno¹

I – Introducción

Luego de triunfar en la batalla de Cepeda el general Justo José de Urquiza marchó hacia la ciudad de Buenos Aires estableciendo su Cuartel General en San José de Flores. Después de algunas deliberaciones con las autoridades porteñas y con la mediación de Francisco Solano López, en representación del gobierno del Paraguay, las partes en conflicto firmaron un tratado de paz por el que Buenos Aires se declaraba parte integrante de la Confederación y se comprometía a jurar la Constitución Nacional. Se ponía así fin al estado imperante desde 1852 cuando Buenos Aires se separó del resto de las provincias argentinas desconociendo la labor constituyente del Congreso reunido en Santa Fe. El pacto de San José de Flores, de especial importancia en la historia constitucional de nuestro país, significó dar cumplimiento a unos de los objetivos previstos en preámbulo de nuestra Carta Magna... “constituir la unión Nacional”.

II – Contexto histórico

Derrotado Rosas en la batalla de Caseros el 3 de mayo de 1852 y ya alejado de la escena nacional, las provincias argentinas lograron reunir el Congreso Constituyente en Santa Fe y dotar así al país de una Constitución en 1853. Buenos Aires, incumpliendo lo resuelto en el *Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos* de 1852 (Moreno, 2008), no participará en aquella convención constituyente optando en su lugar por separarse del resto de las provincias y dictar su propia constitución en 1854.

Frente a ello, la Argentina quedó fracturada en dos bloques independientes: por un lado la Confederación con sus trece provincias; y por otro, el “Estado de Buenos Aires”².

Entre tanto el Congreso Constituyente sancionó la nueva Constitución el 1° de mayo de 1853, siendo promulgada el 25 de mayo y jurada el 9 de julio de aquel año. El 20 de febrero de 1854 el Congreso nombró presidente de la Confederación Argentina al General Urquiza para luego disolverse una vez cumplido sus objetivos.

Producida la ruptura, las dos partes pactan una situación de *statu quo* en diciembre de 1854 comprometiéndose a mantener la paz, la buena armonía y a no consentir la desmembración del territorio. No obstante estos propósitos de buena voluntad las tensiones fueron incrementándose entre ambos bandos. La Confederación, que había fijado su capital en Paraná, debía enfrentar múltiples dificultades y la carencia de medios económicos al no contar con los ingresos aduaneros del puerto de Buenos Aires (Galletti, 1987). Esta situación conflictiva se agravó aún más cuando la Confederación

¹ Docente de Historia Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

² Según establecía el artículo 1° su Constitución de 1854: “Buenos Aires es un Estado con el libre ejercicio de su soberanía interior y exterior, mientras no la delegue expresamente en un gobierno federal”. (Corbetta, 1984). *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, La Plata.

sancionó la *ley de derechos diferenciales*, mediante la cual se estableció que las mercaderías llegadas directamente a la Confederación sin hacer escala en Buenos Aires tendrían una considerable ventaja arancelaria.³

Las relaciones se tornaban cada vez más hostiles y la guerra entre ambas partes era cuestión de tiempo. Entre tanto en San Juan, las nuevas autoridades del mismo signo político que los liberales porteños habían encarcelado y luego asesinado en prisión al Gral. Nazario Benavidez, aliado de Urquiza.

Como lo señala Palacio (1979), la guerra era inevitable porque ambas partes la querían. Tanto el gobierno de la Confederación como el de Buenos Aires confiaban en el desprestigio y la impotencia consiguiente del contrario, y lo curioso es que ambos tenían razón. El choque entre las fuerzas de la confederación bajo el mando de Urquiza y el ejército porteño comandado por Mitre se producirá en la batalla de Cepeda el 23 de octubre de 1859 en cercanías del límite entre Buenos Aires y Santa Fe. El triunfo de Urquiza fue contundente.⁴

III - Contenido del Pacto

En primer lugar y como punto central, la firma del pacto significó la reincorporación de Buenos Aires a la Confederación Argentina, debiendo aquella aceptar y jurar solemnemente la Constitución de 1853.

Se estableció que una **Convención Provincial** (elegida libremente por el pueblo de Buenos Aires) debía examinar la Constitución sancionada por el Congreso reunido en Santa Fe. Si esta Convención examinadora no encontraba nada que reformar, Buenos Aires debía jurar la Constitución de 1853.

Por el contrario, si la Convención Provincial propusiera modificaciones, las mismas debían ser comunicadas al Gobierno Nacional para que fuesen presentadas al Congreso y se llamara a una **Convención Nacional *ad hoc***⁵ que las tomara en consideración.

³ De esta forma el puerto de Rosario acrecentaba su poderío en desmedro del de Buenos Aires. Ver en López Rosa (1986) *Historia Constitucional Argentina*, Editorial Astrea, Pag. 584.

⁴ Mitre, que contaba con 9000 hombres bien armados se acantonó en San Nicolás, Urquiza con sus 15000 soldados acampó en Rosario. Todo indicaba que la guerra debía necesariamente ganarla Buenos Aires. “las causas eran múltiples: el aislamiento internacional de la Confederación, su desastrosa situación financiera, la escasa coordinación política y el menor armamento. Pero hubo un imponderable...Mitre. Este llevó a su ejército a la cañada de Cepeda, donde esperó el movimiento de Urquiza. Ante la inexplicable parálisis del ejército porteño, la caballería entrerriana destruyó en pocos minutos a Mitre y a los suyos. Esa misma noche, Buenos Aires recibía los dispersos, quienes daban cuenta del desastre”. Chiarenza, D.A. (1999). *Historia General de la Provincia de Buenos Aires*, Ediciones Pre-Escolar S.A., Pag. 132.

⁵ “*Ad hoc*” es una frase en latín que significa “para el caso” o “solo para ese efecto” se utiliza para indicar que un determinado acontecimiento es temporal y es destinado a ese propósito específico. En el supuesto que estamos analizando, esa Convención Constituyente *Ad hoc*, se reuniría al solo efecto de analizar las propuestas de reformas formuladas por la Provincia de Buenos Aires.

Hasta tanto esto ocurriera, Buenos Aires no podría mantener relaciones diplomáticas. El pacto estableció que la Aduana de Buenos Aires pasaba a ser nacional. Por tal motivo, al ser privada de su principal fuente de ingreso, la nación garantizaba a Buenos Aires el presupuesto hasta cinco años después de su incorporación.

El pacto de San José de Flores fue firmado con la mediación del gobierno del Paraguay por los representantes de la Confederación y de la Provincia de Buenos Aires con fecha 10 de noviembre de 1859, siendo ratificado por los respectivos gobiernos al día siguiente.⁶

IV – Consecuencias

En cumplimiento de lo acordado en San José de Flores la Convención de Buenos Aires comenzó a sesionar a principios de 1860. La misma estuvo integrada por destacadas personalidades de la época, así podemos mencionar a Domingo Faustino Sarmiento; Bartolomé Mitre; Dalmacio Vélez Sarsfield; José Mármol entre otros. Como resultado de sus arduos y profundos debates propusieron varias modificaciones y agregados a la Constitución Nacional de 1853.⁷

La Convención Nacional *Ad hoc* encargada de examinar las modificaciones propuestas por Buenos Aires se reunió en Santa Fe entre el 14 y el 25 septiembre de 1860 (Ramella, 1986) Salvo pequeñas modificaciones, es aceptado el paquete de reformas elevadas para su tratamiento. En total serán 22 las enmiendas efectuadas al texto constitucional de 1853.⁸ Lejos de lo que se pueda suponer, la reforma constitucional de 1860 profundizó los principios federales en relación al texto anterior de 1853 incorporando determinadas garantías políticas y económicas al conjunto de las provincias que ven así ampliados sus poderes y derechos.⁹

⁶ Aquí solo hemos mencionado solo los puntos sobresalientes del documento. Para acceder al contenido completo del Pacto de San José de Flores ver Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas, Textos constitucionales, legislativos, pactos interprovinciales y otras fuentes que organizaron políticamente la Nación*.

⁷ Sarmiento ha señalado el sitio que esa convención alcanzó en nuestra historia con las siguientes palabras: “Es un curso de derecho público que va abrirse al pueblo...” Padilla, A. (1961). *Lecciones sobre la Constitución* (primera parte). Editorial Perrot, Pag. 30, citado por Dalla Via, A. (2008) *Estudio Preliminar sobre la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*. Librería Editora Platense, Pag. 23.

⁸ Excede los límites del presente trabajo el análisis de cada una de estas modificaciones introducidas en 1860. Para acceder a un estudio pormenorizado se puede recurrir entre otros destacados autores a Demicheli, A. (1971). *Formación Nacional Argentina. Tomo I. Derecho Público Preexistente, Pactos Interprovinciales y su Constitucionalización*, Depalma, Pag. 336.

⁹ Por ejemplo se puede mencionar que a partir de 1860 las provincias podrían dictar sus propias constituciones sin intervención nacional.

V – Conclusión

El Pacto de San José de Flores, también conocido como pacto de familia, fue un acuerdo de unión y de paz que permitió la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación Argentina luego de varios años de enfrentamientos y secesión. Consecuencia de esto, como hemos visto, se producirá la reforma constitucional de 1860 concretándose el anhelo de la integración nacional. No obstante ello, el conflicto entre Buenos Aires y la Confederación tendrá todavía una última instancia, con sangriento desenlace en la batalla de Pavón en septiembre de 1861.

Bibliografía

Corbetta, J.C. (1984). *Textos Constitucionales de Buenos Aires*. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, La Plata.

Galletti, A. (1987). *Historia Constitucional Argentina*. Librería Editora Platense. La Plata.

Moreno, G.R. (2008). *En Cumplimiento de Pactos Preexistentes. Organización Institucional Argentina*, Edulp. La Plata.

Palacio, E. (1979). *Historia de la Argentina*. 1515-1943; A.Peña Lillo Editor.

Ramella, P. (1986). *Derecho Constitucional*. Depalma. Buenos Aires



DOCTRINA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | FUERZA NATURAL.

TÉCNICA ÓLEO 50 X 50.

OBRAS A LA VENTA

PAYASO.

Atrás, de la silueta que devolvía el espejo se veían unas lonas, unos toldos viejos, reseco, encimados en el piso; una maraña de cuerdas-flojas y ásperas; una telaraña, de fierros, de tuercas hurañas, de caños y roscas. Se refregó la jeta, todavía excretaba pintura (roja, violeta, verde); Se refregó más fuerte, con lija al agua se restregó los tejidos de acuarela, la carne, hasta limar los huesos; Al revés del espejo la mueca renacía. PAYASO.-

BAIBIENE Ramón Mariano

Prescripción extintiva de la acción y legislación local

Por Carlos Botassi

I - Introducción. Centralistas y Autonomistas

Desde la década del '30 del siglo anterior se polemizó respecto de la potestad provincial para establecer plazos de prescripción en materia tributaria, tanto para la acción de cobro que titulariza el Fisco como para la demanda de repetición que puede ensayar el contribuyente.

Aunque a primera vista parezca una cuestión exclusivamente relacionada con la extinción de un tipo especial de obligaciones por el transcurso del tiempo, si bien se mira el tema reviste trascendencia institucional desde dos vertientes, ambas de nivel constitucional. En primer término clarificar y definir las atribuciones de la Nación y de las provincias en un asunto que tiene que ver con los recursos de estas últimas y, por añadidura, con su efectiva autonomía. En segundo lugar porque impone trazar una línea divisoria –lo más clara posible– entre el Derecho Privado cuya regulación compete al Estado Federal y el Derecho Público reservado a los Estados locales.

Desde las primeras especulaciones doctrinarias y a partir del dictado de los primeros fallos se perfilaron dos posiciones antagónicas: la tesis centralista o iusprivatista que reivindica la materia para la Nación y la posición autonomista o iuspublicista que se pronuncia a favor de la competencia local. Las discusiones, que cabe presumir mantendrán su vigencia debido al reparo de tipo constitucional que provoca la toma de posición autonomista del Código Civil y Comercial de 2015, alcanzaron un notable nivel científico, llegándose a fundamentar las posiciones con agudas reflexiones sobre los caracteres del federalismo argentino (el formal y el real); el papel de las provincias en su lucha por hacer realidad los objetivos proclamados en el Preámbulo de la Carta Magna; el régimen republicano; los antecedentes históricos y el pensamiento de los padres fundadores; la influencia de las teorías unitarias; la cohesión de la unidad nacional; el alcance del llamado “derecho común” y la autonomía del Derecho Tributario y del Derecho Administrativo.

Debe tenerse en cuenta que se suman a la cuestión sustancial del plazo de prescripción aspectos accesorios pero trascendentes como la manera de considerar su curso¹; las causales de suspensión e interrupción; el momento procesal adecuado para oponer la prescripción y otras cuestiones de detalle que pueden presentarse en el contorno infinito del proceso.

¹ Así por ejemplo, luego de mantener vigente durante largo tiempo el plazo decenal, la Provincia de Buenos Aires estableció un plazo de prescripción de 5 años, en apariencia idéntico al previsto en el artículo 4027 inc. 3º del Código Civil. Sin embargo, el legislador bonaerense, con evidente ánimo recaudatorio, dispuso que el curso del plazo extintivo de la acción comenzara a correr en períodos fiscales subsiguientes al de la fecha de vencimiento del impuesto. De esta manera solapada se alongó el plazo y la coincidencia con la regla de derecho común, que aventaría el riesgo de tacha constitucional, fue solo aparente.

Para adentrarnos en el asunto comenzaremos por recordar que los centralistas o iusprivatistas estiman que definir los medios de extinción de las obligaciones, entre los que se cuenta la prescripción, no forma parte de la potestad tributaria local sino que conforma materia propia del Código Civil, cuyo dictado es atribución exclusiva de la Nación (constitución Nacional, art. 75 inc. 12). En definitiva –afirman– ha sido decisión del constituyente que en todo el territorio argentino exista una única regulación del derecho de las obligaciones.

En cambio, los autonomistas o iuspublicistas –entre los que nos enrolamos– consideran que los poderes tributarios de las provincias, municipios y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deben considerarse reservados excepto delegación expresa a la Nación que –naturalmente– también goza del poder de imposición federal. Se trata de una atribución inherente a la autonomía e imprescindible para la supervivencia de los Estados locales (arts. 1, 4, 5, 75 incs. 1º y 2º, 121, 123, 126 y 129 de la Constitución Nacional). Si se reconoce a las provincias y a la C.A.B.A. el poder de establecer impuestos, tasas y contribuciones, determinando su forma de pago, con posibilidades de fiscalizar y penalizar el incumplimiento del contribuyente (esto es atender todo lo pertinente a la denominada potestad tributaria “aplicativa”), deviene natural que sean los mismos poderes locales quienes determinen el plazo de vigencia de la acción judicial de cobro. Al mismo tiempo, con un enfoque extensivo que correlaciona con señeros principios generales (“quien puede lo más puede lo menos” y “lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal”), también corresponde reconocer a las autoridades locales la atribución de fijar el momento de arranque del cómputo de dicho plazo, las causales de suspensión e interrupción y otras cuestiones accesorias. En definitiva, tratándose de asuntos de Derecho Público (Tributario y Administrativo), de reconocido carácter local ante la ausencia de delegación constitucional al Poder Central, la cuestión del plazo prescriptivo y sus circunstancias no deben considerarse parte de los códigos de derecho común cuyo dictado compete a la Nación.

II – Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su réplica

Con referencia a las atribuciones recaudatorias locales, y como no podía ser de otra manera, la Corte Nacional señaló que “de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75), razón por la cual no es objetable la facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 (actual 126) de la Constitución”². Empero, en cuanto respecta a la cuestión del plazo de prescripción,

² CSJN, “Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 10.6.2008, Fallos 331:1412.

el criterio imperante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde las primeras décadas del siglo pasado, ha sido el centralista o iusprivatista³.

En materia de repetición de impuestos el Tribunal aplicó las disposiciones del código Civil declarando la inconstitucionalidad de las normas locales que se apartaban de su régimen⁴.

Esta doctrina primigenia se cual mantuvo y enfatizó al sentenciar la Corte la célebre causa *Filcrosa*, estatuyendo una vez más que en materia de prescripción toda norma provincial o municipal que se aparte de la legislación de fondo resulta inválida, ya que no se trata solo de regular un medio de extinción de las obligaciones sino que se involucran cuestiones vinculadas con el derecho de propiedad, es decir con el derecho común contenido en los códigos de fondo. Destacó entonces el Alto Tribunal que “la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional, por lo que no cabe a las provincias –ni a los municipios– dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto ... y ello pues, aun cuando los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, es claro que la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo, comprende la de establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los aludidos modos de extinción de las obligaciones”, de tal suerte que “todas las obligaciones deben ajustarse al régimen general de prescripción establecido en los Códigos de fondo”, que configura “un instituto común al Derecho Público y al Privado, lo que descarta el riesgo de que, por la vía de aplicar aquella norma, la cuestión sea juzgada a la luz de pautas indebidamente trasladadas a un ámbito que le es impropio ... La prescripción no es un instituto propio del Derecho Público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el citado art. 75 inc.12, éste no sólo fijara los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, estableciera

³ CSJN, “Banco de la Nación Argentina c/ Prov. Buenos Aires”, 20.7.1936, Fallos 175:300; María Diehl c/ Prov. de Buenos Aires”, 20.10.1936, Fallos 176:115. Estos antecedentes hicieron que el Superior Tribunal afirmara que “desde antiguo esta Corte ha resuelto que tratándose de una demanda que tiende a obtener la repetición de sumas pagadas a una Provincia en concepto de impuestos, que se sostiene son inconstitucionales, el plazo de prescripción aplicable es el establecido por el art. 4023 del Código Civil (Fallos 180:96) y que una ley local no puede derogar las leyes sustantivas dictadas por el Congreso porque ello importa un avance sobre facultades exclusivas de la nación, contrario al art. 67 inc. 11º (hoy art. 75 inc. 12º) de la Ley Suprema” (Causa S.A. de Exportación de Cereales Nidera Argentina c/ Provincia de Entre Ríos”, 1.12.1972, Fallos 284:458).

⁴ V. gr. CSJN, Francisco Archia c/ Prov. de Buenos Aires, 2.7.1904, Fallos 100:5; Juan Ghiggeri c/ Prov. de Buenos Aires, 17.4.1906, Fallos 104:143; Fisco de la Prov. de Entre Ríos c/ Simón Tegbi, 2.8.1943, Fallos 196:274.

también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía”⁵.

Partiendo de una regla constitucional de inspiración unitaria⁶, como lo es el artículo 75 inc. 12, la Corte arriba sin sobresaltos a argumentaciones axiológicas sustanciales, llegando a sostener que la interpretación centralista reflejaba “el propósito de los constituyentes de contribuir a la creación de aquellos lazos de unidad entre las provincias y sus integrantes necesarios para fundar la República, evitar los peligros insitos en la dispersión de soluciones concernientes a institutos generales que quedarían librados –pese a tal generalidad- al criterio particular de cada legislatura local”⁷.

En rigor, recordando que nuestro sistema de gobierno no es solo republicano sino también federal y que al inciso 12 del art. 75 se opone con igual fuerza el art. 121⁸, también podría sostenerse que merece aceptación la teoría opuesta, debido a que afianza el federalismo, evita la intromisión de la Autoridad Central en cuestiones de Derecho Público local y garantiza el funcionamiento autónomo de una función provincial esencial: hacer eficiente su recaudación de la cual depende su supervivencia.

III – La opinión premonitoria de la ministra Argibay

La doctrina cimera de *Filcrosa* fue reiterada por la Corte al fallar *Casa Casmma*⁹. En este caso reviste especial interés el *obiter dictum* de la Dra. Carmen Argibay, quien mostró su decepción ante la ausencia de una actividad legislativa que saliera al cruce de la jurisprudencia de la Corte que, claramente, avanzaba sobre la autonomía provincial. Señaló entonces que el criterio imperante en el Alto Tribunal “no ha merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los Estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las

⁵ CSJN, Recurso de hecho deducido por Abel Latendorf (síndico) en la causa *Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de la Municipalidad de Avellaneda*, 30.9.2003, Fallos: 326:3899.

⁶ “Las materias que integran la cláusula de los códigos o derecho común y las normas federales son tan amplias que concentran en el Poder Legislativo una sustantiva cuota de poder unitario” (Gelli 2008).

⁷ CSJN, *Recurso de hecho deducido por Abel Latendorf (síndico) en la causa Filcrosa S.A.*, citado.

⁸ Para Varela el sentimiento federal está tan arraigado en nuestra nacionalidad que hunde sus raíces en un hecho de enorme trascendencia política e institucional: la incorporación en 1810 a la Junta Provisional Gubernativa, instalada en Buenos Aires, de los diputados enviados por las provincias. Así el nuevo gobierno asume un cambio de planes radical: “del unitarismo de la Primera Junta, organizada por el Municipio de Buenos Aires, se pasaba al federalismo de un Ejecutivo organizado por todos los municipios de las Provincias” (Varela, Luis V., *Historia Constitucional de la República Argentina*, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1910, t. I p. 354).

⁹ CSJN, *Recurso de hecho deducido por Casa Casmma SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de la Municipalidad de La Matanza*, 26.3.2009, Fallos 332:616.

interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a éstas un significado erróneo”¹⁰.

Aunque al emitir su voto en *Casa Casmma* (2009) todavía faltaban tres años para la elevación del Proyecto Lorenzetti al Poder Ejecutivo (2012), el cual nada dispuso respecto al tema¹¹, lo cierto es que el reclamo de intervención legislativa efectuado por la Dra. Argibay pareció ser escuchado al redactarse y sancionarse el texto definitivo del artículo 2532 del CCyC en el cual se agregó un trascendente segundo párrafo al texto de la Comisión:

“Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”.

De esta forma el art. 2532 consagra una regla general y su inmediata excepción en materia de prescripción extintiva en materia de tributos.

IV – Los criterios jurisprudenciales locales

En 1983 la polémica se había reavivado como consecuencia del fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹², estableciendo que el plazo decenal de prescripción en materia de tasas, hasta entonces aceptado en aplicación del art. 4023 del Código Civil, debía trocar hacia el plazo de cinco años contemplado en el art. 4027 inc. 3°.

Algunos años más tarde la Corte Nacional abrió una brecha en el camino al reconocimiento de las atribuciones locales en un caso vinculado a la prescripción de créditos de naturaleza previsional y, por tanto, de prevalente aplicación del Derecho Público local¹³. En la Provincia de Buenos Aires la cuestión fue abordada por la doctrina y la jurisprudencia con motivo de la proliferación de reglas jurídicas y “técnicas” destinadas a ampliar la recaudación fiscal¹⁴. La Suprema Corte de Justicia bonaerense, más allá de algunas decisiones opacas y de la opinión personal contraria de varios de sus miembros,

¹⁰ La Dra. Argibay reiteró estas apreciaciones en varias sentencias posteriores.

¹¹ El art. 2532 del Proyecto se limitó a establecer que “*en ausencia de disposición específica, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria*”, consagrando la regla general conservada como primer párrafo del art. 2532 del CCyC de 2015.

¹² Cám. Nac. Civ. en pleno, *Obras Sanitarias de la Nación c/ Galvalisi, José y otros*, 30.3.1983, La Ley 1983-B-615. La votación reflejó las dos posturas opuestas, desgranándose sesudos argumentos tanto a favor de la postura centralista como de la autonomista. La tesis iusprivatista se impuso por mayoría.

¹³ CSJN, *Santos, Ramiro c/ I.S.S. de Tucumán*, 15.8.1989, Fallos 312:1340.

¹⁴ “La incesante creatividad de los Fiscos locales tendientes a introducir continuas modificaciones y regulaciones para preservar el crédito fiscal en una medida similar a la responsabilidad de los funcionarios que no han perseguido adecuadamente su percepción” (Colli, Hernán Ariel, *Prescripción en el Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, en Proceso Tributario Bonaerense*, Botassi, Carlos A. y Oroz, Miguel H. E. (Directores), Mammoni, Gustavo A. (Coordinador), Librería Editora Platense, La Plata, 2ª edición, 2014, p. 656.

invocando razones de economía procesal, siguió el sendero marcado por la Corte Federal y consideró prudente acatar la doctrina de *Filcrosa*¹⁵.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la jurisprudencia se mostró errática. En el caso *Marini* el Superior Tribunal de Justicia hizo suyo el criterio iusprivatista de la Corte Nacional¹⁶, mientras al sentenciar *Sociedad Italiana de Beneficencia*¹⁷, reivindicó la potestad local, recordando que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación solo obligan en el caso concreto y que la regulación de la materia tributaria –consecuencia de la autonomía– incluye lo atinente al plazo de la prescripción de las acciones de cobro o repetición de impuestos. Sancionado y publicado el Código unificado (Ley 26.994, B.O. 8.10.2014), pero antes de su entrada en vigencia que se produciría el 1° de agosto de 2015, la Sala III de la Cámara Contencioso Administrativa celebró el triunfo de la tesis autonomista reflejado en la parte final de su artículo 2532: “Si bien el Código Civil y Comercial de la Nación no se encuentra aun vigente, lo cierto es que forma parte del derecho argentino, ya que ha sido sancionado y promulgado y por ende no puede ser ignorada la inequívoca voluntad del Congreso Nacional de no legislar en materia de prescripción de tributos locales y de que esa facultad sea ejercida por las legislaturas locales”¹⁸.

V – Los artículos 2532 y 2560 del código unificado. Su constitucionalidad

El Código Civil y Comercial dedica su Libro Sexto (y último) a reglar *Disposiciones comunes a los derechos personales y reales*. Su Título I aborda la *Prescripción y caducidad*, dedicando su Capítulo 1 a las *Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y ad-*

¹⁵ SCJBA, Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ incidente de revisión en autos Coop. Provisión Almaceneros Minoristas de Punta Alta s/ concurso preventivo, 30.5.2007. En el caso se declaró la inconstitucionalidad del art. 119 del Código Fiscal que establecía un sistema escalonado para la reducción a 5 años del plazo de prescripción de 10 años hasta entonces vigente. La mayoría del Tribunal dejó a salvo su opinión contraria a la doctrina centralista de la Corte Nacional pero consideró que debía ser seguida “por razones de economía procesal”. Los Dres. de Lazzari y Pettigiani, en cambio optaron por desarrollar sus propias posturas, y al votar en disidencia, explicaron que la materia tributaria y sus particularidades (entre las que se encuentra el plazo de prescripción) no había sido delegada a la Nación, formando parte del Derecho Administrativo (local por definición) que no puede ser desplazado por normas generales destinadas a regular relaciones de carácter privado.

¹⁶ Tsjcaba, Marini, Osvaldo Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: GCBA c/Osvaldo Marini s/ej. fisc. - avalúo (expte. N° 9070/12).

¹⁷ TSJCABA, Sociedad Italiana de Beneficencia c/ Dción. General de Catastro, 17.11.2003, La Ley 2004-D-270.

¹⁸ Cám. Contenciosoadm. y Trib. CABA, Sala III, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ A.G.M. Argentina S.A., 9.3.2015, La Ley 2015-C-328, con nota crítica de Menna, Juan O. y Brandt, Germán, Aplicación anticipada del Código Civil y Comercial. Prescripción en materia de tributos locales.

*quisitiva*¹⁹. Al fundamentar el Proyecto, la Comisión redactora explicó que mantuvo “la metodología del Código Civil vigente, estableciendo un plazo de prescripción genérico y regulando casos específicos. En todos los casos se ha procurado la actualización de los plazos regulados, intentando la unificación y la reducción en cuanto resulta conveniente y ajustado al valor seguridad jurídica y a la realidad actual”.

Debido a la modificación por el Senado de los artículos 2532 y 2560 del Proyecto ya no existe la invocada “unificación y reducción de plazos” (al menos en materia de tributos locales)²⁰.

La Sección 1ª, *Normas Generales*, se inicia con el **artículo 2532**:

Ámbito de aplicación: En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. *Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de los tributos.*

A su turno, el **artículo 2560**, ubicado en el Capítulo 2, *Prescripción liberatoria*, Sección 2ª, *Plazos de prescripción*, dispone:

Plazo genérico. El plazo de la prescripción es cinco años, *excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.*

Los textos transcritos, que reconocen la potestad local para establecer plazos diferentes a los fijados por el legislador nacional, no pertenecen a la Comisión Redactora. Su introducción en la redacción final del Poder Ejecutivo proporciona noticia de que se partió de un criterio centralista para después, como quien se desprende voluntariamente de potestades propias, “delegar” en las autoridades locales la posibilidad de introducir variantes en el acotado ámbito del Derecho Público.

Del juego armónico de ambos artículos cabe inferir que la referencia en exclusividad a la materia tributaria del art. 2532 resulta ensanchada por el art. 2560 que no contiene limitación alguna; aunque –como es obvio– las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no podrán establecer otros plazos de prescripción como no sean los relacionados con obligaciones propias del Derecho Público (Administrativo, Tributario, Previsional, Disciplinario, Sancionatorio). En otras palabras: la generalidad del art. 2560 permite a los poderes locales sumar a la regulación en materia tributaria, otros plazos relacionados con créditos fiscales regidos por el Derecho Público: obligaciones previsionales;

¹⁹ Respecto del tratamiento general del tema en el Código unificado remitimos a Calvo Costa, Carlos A., *Prescripción extintiva o liberatoria en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Suplemento Especial *Nuevo Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 237; Márquez, Fernando y Calderón, Maximiliano R., *Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial*, La Ley, 2015-C-743.

²⁰ Por su parte, recibido el texto de la Comisión Redactora y antes de remitirlo al Parlamento, el Poder Ejecutivo introdujo modificaciones a los artículos 14, 240, 241, 765, 766, 804, 1243, 1685, 1764, 1765, 1766 y 2635. Reviste especial interés el giro de 180 grados producido al eliminarse la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos que aparecía en los artículos 1764, 1765 y 1766 del Proyecto, materia que quedó remitida a las normas de Derecho Administrativo nacional o local según corresponda.

sanciones pecuniarias; cargos a agentes estatales por mal manejo de fondos públicos; débitos por insuficiente rendiciones de cuentas y de viáticos u otros tipos de anticipos dinerarios; etc.

Pero, además, por tratarse de materia ajena al Derecho Privado, quedan sometidas a la regulación local aquellos créditos titularizados por particulares contra el Estado: obligaciones derivadas de sentencias firmes por responsabilidad estatal; deudas a proveedores y contratistas; sueldos y accesorios de agentes públicos; etc. En estas materias las provincias y la C.A.B.A. –mediante ley formal ya que se trata de reglar derechos patrimoniales que gozan de amparo constitucional- pueden establecer plazos superiores o inferiores a los cinco años establecidos en el art. 2560 que funciona como norma de aplicación subsidiaria.

La técnica legislativa empleada registra alguna imperfección. Por lo pronto, frente al art. 2560 que consagra la regla general del carácter local de la prescripción en toda materia de Derecho Público, cabe preguntarse ¿cuál fue el sentido de particularizar el asunto respecto de los tributos en el art. 2532? Una respuesta posible pasa por advertir que en el Proyecto de la Comisión Lorenzetti no existía el remate de la parte final del art. 2560 (*“excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”*) introducida por el Poder Ejecutivo. Tampoco se había proyectado la excepción puntual de la materia tributaria incorporada por el Poder Ejecutivo en la parte final del art. 2532²¹.

Se trata, en cualquier caso, de una política legislativa absolutamente opuesta a la adoptada en otras cuestiones de Derecho Administrativo reguladas en el nuevo Código. El ejemplo paradigmático es la responsabilidad del Estado, ámbito donde las disposiciones del CCyC *“no son aplicables de manera directa ni subsidiaria”* (art. 1764 en correlato con el art. 1º de la Ley 26.944), más allá de la eventual aplicación analógica de las normas del CCyC.

Finalmente cabe señalar que los plazos de prescripción que establezcan las provincias y la C.A.B.A. deberán resultar razonables (art. 28 de la Constitución Nacional). El lapso

²¹ Proyecto, art. 2560: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que este previsto uno diferente”. Art. 2532: “Ámbito de aplicación. En ausencia de disposición específica, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria”. Código Civil y Comercial, art. 2560: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que este previsto uno diferente en la legislación local”. Art. 2532: “Ámbito de aplicación. En ausencia de disposición específica, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”.

Como es lógico en el criterio de la Comisión Redactora se preveían las excepciones al plazo genérico dentro del mismo régimen del CCyC (v. gr. plazo de 3 años para la acción indemnizatoria; plazo de 2 años para la acción de nulidad) ya que no se reconocía ingerencia alguna a los sistemas locales. En cambio, la normativa finalmente sancionada otorga protagonismo a las provincias y la C.A.B.A. legitimando el establecimiento de sus propios plazos de prescripción siempre que se trate de obligaciones regidas por el Derecho Público.

de cinco años establecido en el Código Civil y Comercial, sin ser obligatorio para el legislador local, debe marcar la tendencia.

En cuanto a la validez constitucional del nuevo régimen, las opiniones doctrinarias aparecen divididas. Para Spisso, que comparte las argumentaciones volcadas por la Corte en Filcrosa, la remisión a los poderes locales resulta inconstitucional por contradecir lo prevenido en el art. 75 inc. 12, mostrándose partidario de los textos proyectados por la Comisión que, como antes vimos, nada decían respecto de la atribución provincial para fijar el plazo de prescripción en materia tributaria²².

Otros autores, enrolados en la tesis iuspublicista, han encontrado plausible el enfoque autonomista del Congreso que se tradujo en las agregadas frases finales de los artículos 2532 y 2560, señalando que “en rigor, lo que básicamente ha existido es una divergencia en cuanto al sentido y el alcance de la delegación de facultades efectuada en el art. 75 inc. 12 y ratificada en el art. 126 de la Constitución Nacional”, que se limita a los códigos allí indicados (Civil, Comercial, Penal, Minería, Trabajo y Seguridad Social), sin incluir “la facultad para dictar una legislación unificada respecto de aquellas materias que no son propios de esos códigos, como son las que integran los contenidos del Derecho Administrativo y Tributario local, aunque se refieran a los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedor y deudor”²³.

Junto a las opiniones de los autores existe algún antecedente jurisprudencial. El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ratificando su postura “rebelde” respecto del criterio centralista de la Corte Nacional, en sentencia dictado dos meses después de la entrada en vigencia del Código unificado, recordando las reflexiones de la Ministro Argibay en *Casa Casmma*, se congratuló de la “novedosa concepción plasmada en el Código de fondo respecto de las facultades de las autonomías locales para legislar el instituto de la prescripción en materia tributaria ... De acuerdo a cómo el Congreso ha legislado –interpretando el alcance y sentido de nuestra Constitución– ha quedado evidenciado que, contrariamente a la tesis iusprivatista seguida por la Corte, concierne al ámbito del derecho público local legislar el régimen de la prescripción en materia tributaria, sin contrariar ello el art. 75 de la CN”²⁴.

²² Spisso, Rodolfo R., *Prescripción liberatoria de tributos provinciales en el Código Civil y Comercial*, La Ley 2014-F-1239, quien afirma: “Por lo demás, de acuerdo a tales desafortunadas innovaciones tendríamos distintos plazos de prescripción liberatoria, el que fijen las provincias y sus municipalidades en materia tributaria y el que fije el Código Civil y Comercial para las demás materias reguladas por la legislación local”.

²³ Padulo, Adriana María A., *El Código Civil y Comercial y la Facultad de las Provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el Derecho Tributario*, La Ley 2015-A-643, especialmente pp. 645 y sigs. Asimismo han celebrado las disposiciones de CCyC: Abalos, María Gabriela, *¿El fin de la doctrina Filcrosa? A propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley 2015-B-804, especialmente p. 812;

²⁴ STJCABA, Expte. 11148/14, *Fornaguera Sempe y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Demanda contra la Autoridad administrativa s/ recurso de inconstitucionalidad con-*

VI – Interrupción y suspensión del curso de la prescripción

La remisión a la “*legislación local*” del art. 2560 plantea una duda respecto de su alcance: ¿debe estimarse limitado al plazo o puede considerarse extendido a otras cuestiones propias de la prescripción, como las causales de interrupción y suspensión de su curso?

Cabe recordar que, al sentenciar Casa Casmma, seis años antes de la entrada en vigencia del Código unificado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera coherente con su postura centralista, había considerado improcedente que las autoridades locales reconocieran efecto interruptivo al reclamo administrativo previo a la demanda judicial o establecieran causales de suspensión y/o interrupción del curso de la prescripción²⁵. Empero ahora ha cambiado la normativa y los artículos 2532 y 2560 del nuevo Código dieron condición de derecho positivo al principio autonomista. Se impone entonces revisar aquella doctrina. Existen, como siempre ocurre en Derecho, argumentos atendibles para las dos posibles respuestas al interrogante recién formulado.

A favor de la potestad local de regular las cuestiones accesorias se sostiene que, si bien las nuevas reglas aluden exclusivamente al plazo, no es menos cierto que la suspensión y la interrupción configuran asuntos accesorios al curso del término extintivo de la acción y bien podría echarse mano del apotegma “quien puede lo más puede lo menos”. Reconocer a las autoridades locales la potestad para establecer la duración con vida del crédito lleva implícito regular las contingencias que podrían afectar el plazo de prescripción. En la vereda opuesta se señala que las provincias han delegado a la Nación el dictado del Código Civil que incluye, claro está, todo lo atinente a las obligaciones y sus medios de extinción, la excepción de los artículos 2532 y 2560 –como tal- debe interpretarse restrictivamente, en su concreta literalidad y acotarse a la cuestión del plazo, sin que extensivamente puedan sumarse asuntos tales como la manera de contar su cómputo y las causales de suspensión e interrupción.

La disputa no es novedosa ya que al tiempo que establecieron sus propios plazos de prescripción en materia tributaria, las provincias estatuyeron las causales de interrupción y suspensión de su curso²⁶. Así por ejemplo en materia de interrupción, la Provincia de

cedido, sent. del 23.10.2015, donde también se dijo: “En tales condiciones, el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el órgano competente para fijar el alcance y contenido del derecho común ha venido a validar la tesis que este Tribunal sentara en sus decisiones referida a la autonomía local para reglar el plazo de prescripción de los tributos de la jurisdicción –independientemente de la fecha de entrada en vigencia del nuevo plexo, y de los aspectos de derecho intertemporal–; y existen suficientes razones para apartarse de la jurisprudencia anterior sentada por la CSJN sobre esta materia”.

²⁵ CSJN, *Casa Casmma SRL s/ concurso preventivo. Incidente de verificación tardía Municipalidad de la Matanza*, 26.3.2009.

²⁶ Con relación a la Provincia de Buenos Aires puede verse el detallado estudio efectuado por Colli, Hernán Ariel, *Prescripción en el Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires*, en Botassi, Carlos A. y Oroz, Miguel H. E. (Directores), Mammoni, Gustavo A. (Coordinador), *Procedimiento tributario bonaerense, Platense, La Plata*, 2ª edición, 2014, pp. 718 y sigs.

Buenos Aires ha enunciado un nutrido listado de hechos y circunstancias que aniquilan todo el tiempo transcurrido, reduciéndolo a cero para recomenzar en la forma indicada en cada caso (arts. 160 del Código Fiscal bonaerense, texto ordenado por Dec. 39/2011)²⁷. El régimen se diferencia notoriamente del sistema del Código de Vélez²⁸

²⁷ Art. 157 s/ Ley 14.333: “Prescriben por el transcurso de cinco (5) años las acciones y poderes de la Autoridad de Aplicación para determinar y exigir el pago de las obligaciones fiscales regidas por este Código y para aplicar y hacer efectivas las sanciones en él previstas. Prescribe por el transcurso de cinco (5) años la acción de repetición de gravámenes y sus accesorios... Los términos de prescripción quinquenal establecidos en el presente artículo, comenzarán a correr para las obligaciones fiscales que se devenguen a partir del 1° de enero de 1996”. Art. 160 s/ Ley 14.333: “La prescripción de las acciones y poderes de la Autoridad de Aplicación para determinar las obligaciones fiscales y exigir el pago de las mismas se interrumpirá:

- 1) Por el reconocimiento expreso o tácito de la obligación impositiva por parte del contribuyente o responsable;
- 2) Por renuncia al término corrido de la prescripción en curso;
- 3) Por el inicio del juicio de apremio contra el contribuyente o responsable en los únicos casos de tratarse de impuestos determinados en una sentencia del Tribunal Fiscal de Apelación debidamente notificada, o en una intimación o resolución administrativa debidamente notificada y no recurrida por el contribuyente o, en casos de otra índole, por cualquier acto judicial tendiente a obtener el cobro de lo adeudado.

En los casos previstos en los incisos 1) y 2) del presente artículo, el nuevo término de prescripción comenzará a correr a partir del 1° de enero siguiente al año en que las circunstancias mencionadas ocurran.

La prescripción de la acción para aplicar y hacer efectivas las sanciones se interrumpirá:

- a) Por la comisión de nuevas infracciones, en cuyo caso el nuevo término de la prescripción comenzará a correr el 1° de enero siguiente al año en que tuvo lugar el hecho o la omisión punible.
- b) Por el inicio del juicio de apremio o por cualquier acto judicial tendiente a obtener su cobro, de corresponder.

La prescripción de la acción de repetición del contribuyente o responsable, se interrumpirá por la deducción de la demanda respectiva, el nuevo término de la prescripción comenzará a correr a partir del 1° de enero siguiente al año en que se cumplan los ciento ochenta (180) días de presentado el reclamo.

En todos los casos, cuando se trate de obligaciones provenientes del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, la interrupción del curso de la prescripción de las acciones y poderes de la Autoridad de Aplicación para determinar y exigir el pago del gravamen se extenderá a todo el ejercicio anual del tributo involucrado.”

²⁸ Cód. Civil, art. 3986: “La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio”. Art. 3989: “La prescripción

y del Código unificado de 2015²⁹.

Igual temperamento ha seguido la normativa provincial en materia de suspensión de la prescripción, a través del artículo 161 del Código Fiscal³⁰ que se aparta en forma notable

es interrumpida por el reconocimiento expreso o tácito que el deudor o el poseedor hace del derecho de aquel contra quien prescribía”.

²⁹ CCyC, art. 2545: “*Interrupción por reconocimiento*. El curso de la prescripción se interrumpe por el reconocimiento que el deudor poseedor efectúa del derecho de aquel contra quien prescribe”. Art. 2546: “*Interrupción por petición judicial*. El curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable”. Art. 2548: “*Interrupción por solicitud de arbitraje*. El curso de la prescripción se interrumpe por la solicitud de arbitraje. Los efectos de esta causal se rigen por lo dispuesto para la interrupción de la prescripción por petición judicial, en cuanto sea aplicable”. Art. 2550: “(*Dispensa de la prescripción*). Requisitos: “El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos. En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante. Esta disposición es aplicable a las sucesiones que permanezcan vacantes sin curador, si el que es designado hace valer los derechos dentro de los seis meses de haber aceptado el cargo”.

³⁰ Art. 161 s/ Ley 14553: “Se suspenderá por un (1) año el curso de la prescripción de las acciones y poderes de la Autoridad de Aplicación en los supuestos que siguen: a) Desde la fecha de intimación administrativa de pago de tributos determinados, cierta o presuntivamente, con relación a las acciones y poderes fiscales para exigir el pago intimado. Cuando mediare recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de Apelación la suspensión, hasta el importe del tributo liquidado, se prolongará hasta los noventa (90) días posteriores a que la Autoridad de Aplicación reciba las actuaciones en el marco de las cuales el Tribunal Fiscal hubiere dictado sentencia declarando su incompetencia, determinando el tributo, aprobando la liquidación practicada en su consecuencia o, en su caso, rechazando el recurso presentado contra la determinación de oficio. Cuando se hubiere interpuesto recurso de reconsideración ante el Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, la suspensión se prolongará hasta los noventa (90) días posteriores a la notificación de la resolución respectiva. b) Desde la fecha de la resolución sancionatoria. Si mediare recurso de reconsideración ante el Director Ejecutivo de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, el término de la suspensión perdurará hasta los noventa (90) días posteriores a que la resolución de dicho recurso haya quedado firme o consentida. Si mediare recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de Apelación, o recurso o acción judicial, el término de la suspensión perdurará hasta los noventa (90) días posteriores a que la Autoridad de Aplicación reciba las actuaciones en el marco de las cuales se hubiere dictado la sentencia firme que confirme total o parcialmente la sanción.

tanto del Código Civil derogado³¹ como del CCyC³².

c) Desde la fecha de la interposición, por el contribuyente o responsable, del recurso previsto en el artículo 24 inciso b) del Convenio Multilateral. En este caso, la suspensión, hasta el importe del tributo reclamado, se prolongará hasta noventa (90) días después de haber adquirido firmeza la resolución dictada por la Comisión Arbitral o Plenaria, según corresponda, salvo que a ese momento aún se encontrara pendiente la resolución de alguno de los recursos previstos en el artículo 115 de este Código, en cuyo caso la suspensión se prolongará conforme a lo establecido en el inciso a) de este artículo.

En caso de producirse denuncia penal, la suspensión de la prescripción se extenderá desde la fecha en que ocurra dicha circunstancia hasta el día en que quede firme la sentencia judicial dictada en la causa penal respectiva.

Se suspenderá por ciento veinte (120) días el curso de la prescripción de las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos regidos por el presente Código, y para aplicar y hacer efectivas las multas, desde la fecha de notificación de la resolución de inicio del procedimiento de determinación de oficio o de la instrucción del sumario correspondiente, cuando se trate del o los períodos fiscales próximos a prescribir y dichos actos se notifiquen dentro de los ciento ochenta (180) días corridos inmediatos anteriores a la fecha en que se produzca la correspondiente prescripción.

En todos los casos previstos precedentemente, el efecto de la suspensión opera sobre la prescripción de las acciones y poderes de la Autoridad de Aplicación respecto de los deudores solidarios, si los hubiere”.

³¹ Los artículos 3966, 3972 y 3973 del Código de 1871 suspendían el curso de la prescripción en caso de personas incapaces que carecieran de representación; contra los herederos que hubieran aceptado la herencia con beneficio de inventario por sus créditos contra la sucesión; contra los menores y personas que estuvieren bajo curatela respecto de las acciones contra los tutores y curadores y viceversa.

³² CCyC, art. 2541: “*Suspensión por interpelación fehaciente*. El curso de la prescripción se suspende, por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor. Esta suspensión sólo tiene efecto durante seis meses o el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción”. Art. 2542: “*Suspensión por pedido de mediación*. El curso de la prescripción se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero. El plazo de prescripción se reanuda a partir de los veinte días contados desde el momento en que el acta de cierre del procedimiento de mediación se encuentre a disposición de las partes”. Art. 2543: “*Casos especiales*. El curso de la prescripción se suspende: a) entre cónyuges, durante el matrimonio; b) entre convivientes, durante la unión convivencial; c) entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores, curadores o apoyos, durante la responsabilidad parental, la tutela, la curatela o la medida de apoyo; d) entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo; e) a favor y en contra del heredero con responsabilidad limitada, respecto de los reclamos que tienen por causa la defensa de derechos sobre bienes del acervo hereditario”.

VI – Reclamo administrativo e interrupción del curso de la prescripción

En el sistema del Código unificado el reclamo administrativo no correlaciona con la categoría de “petición judicial” (art. 2546) como actividad interruptiva de la prescripción en curso. Antes bien cabe incluir al reclamo como una forma de “interpelación fehaciente” (art. 2541) y asignarle efecto suspensivo del curso de la prescripción.

Resulta de interés recordar que el Proyecto elevado por la Comisión creada por el Decreto 191/2011, en su artículo 2548 establecía: “*Interrupción por reclamo administrativo*. El curso de la prescripción se interrumpe por reclamo administrativo si es exigido por la ley como requisito previo para deducir la acción judicial. El efecto interruptivo se tiene por no sucedido si no se interpone demanda judicial dentro de los plazos previstos en las leyes locales o, en su defecto, por seis (6) meses contados desde que se tiene expedita la vía judicial”.

Esta disposición fue eliminada durante el tratamiento legislativo del Proyecto y, naturalmente, no se encuentra en el CCyC finalmente aprobado por Ley 26.994. De todas maneras existe una reiterada y pacífica jurisprudencia que reconoce efecto interruptivo al reclamo administrativo previo a la demanda judicial cuando viene impuesto por el ordenamiento³³.

VII – Colofón

Quienes pensamos que es necesario reducir paulatinamente el “unitarismo solapado” que denunciara Pedro J. Frías y que sigue siendo necesario abogar por un federalismo real, adherimos a la reforma.

Es cierto que, frente al déficit presupuestario crónico que padecen las provincias, se corre el riesgo de que establezcan plazos de prescripción desorbitados. Entonces deberá aparecer en escena el control judicial de razonabilidad tomando como referencia el plazo genérico de cinco años y el plazo especial de dos años para los créditos que se devengan por años o plazos periódicos más cortos (arts. 2560 y 2562 inc. “c” del CCyC). Sería saludable que las provincias no excedieran el plazo de cinco años el cual, por otra parte, ya constituía una costumbre jurídica antes de la reforma en aquellas provincias que así lo establecieron expresamente y también como consecuencia de la consolidación de la tesis centralista que hizo aplicable en los Estados locales el art. 4027 inc. 3º del Código Civil.

³³ Así por ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene decidido que “el principio emergente de la doctrina judicial que asimila el reclamo administrativo a la demanda prevista en el art. 3986 del Código Civil como acto idóneo para la interrupción de la prescripción, debe aplicarse en la medida en que exista identidad entre el derecho reclamado y la pretensión que luego se demande” (causa B-53.074, *Iglesias, Julio César c/ Prov. de Buenos Aires*, 4.4.1995, A y S 1995-I-678). Y en algunos casos relacionados con el ejercicio del poder de policía del trabajo, el Alto Tribunal entendió que “no cabe distinguir entre el reclamo administrativo que viene impuesto como exigencia previa a la instancia judicial y el que voluntariamente formula el trabajador” (causas L-85.120, *Alarcón Cáceres, Francisca c/ Ministerio de Salud s/ accidente de trabajo*, 27.3.2008; L-86.972, H., D. E. c/ *Prov. de Buenos Aires s/ accidente de trabajo*, 2.12.2009; etc.).

El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia¹

Por Gabriel Ganon

I. Introducción: Entre el ejercicio de un “derecho” o la comisión de un delito

Mucho se ha dicho y escrito en términos jurídicos penales y/o sociológicos políticos sobre la criminalización de la protesta social en nuestro país. Sin embargo, muy poco o nada se ha hecho para afinar genealógicamente la investigación y analizar las relaciones complejas que subyacen ese recorte. Para ser claro y simple, la protesta social y su criminalización, no son ni más ni menos, una parte importante del reflujo de la tensión, tan constante como perpetua, entre la violencia, el poder, el derecho y la justicia. Como no podía ser de otra manera esa tensión se agudiza en tiempos de conflicto social o de lucha de clases. Básicamente, esa tensión nos devuelve al inicio de la organización de los estados modernos cuando aquellos monopolizan, se apropian de toda violencia legítima. Recorriendo la historia de ese sinuoso camino relacional entre violencia, fuerza, derecho, justicia, legalidad, legitimidad nos parece oportuno citar a Derrida que afirma “...desde el primer intercambio se anuncian los deslizamientos equívocos entre el derecho y la justicia... el derecho es una fuerza que se justifica o esta justificada al aplicarse pero que puede ser juzgada como injusta o injustificable...” Entonces se pregunta “... ¿Que diferencia existe entre la fuerza de la ley que puede ser justa, en todo caso legítima (no solamente al servicio del derecho sino el ejercicio y el cumplimiento del mismo...y de otra parte la violencia que se juzga siempre injusta? ¿que es una fuerza justa o una fuerza no violenta?...Heidegger se esfuerza en mostrar que la justicia, el proceso, el derecho, el veredicto, la pena o el castigo, la venganza es originariamente conflicto... el cuestionamiento sobre el derecho y sobre la justicia es un cuestionamiento sobre los fundamentos del derecho, la moral y de la política...” (Derrida, 2008:17)

Así las cosas, podría decirse que la discusión en torno a la interpretación estatal que los estados normativamente dan, a través de sus leyes o de sus jueces, a los movimientos sociales de protesta para criminalizarlos o no, transita siempre terrenos laberínticos y pantanosos. Digamos, que no existen señales, ni senderos ni caminos para llegar a destino porque no hay criterio único y seguro de distinción. En términos básicos, equivale a decir como iremos viendo, que la criminalización de la protesta social no es más ni menos que una de las tantas manifestaciones de judicialización de la política o politización de la justicia. Estas expresiones sintetizan las contradicciones implícitas del modelo de estado burgués, modelo en el que el Estado es el único autorizado a ejercer la violencia. Este recurso ideológico, de convertir el conflicto social en un problema judicial no solo que no es nuevo sino que esta dirigido a cuestionar la legitimidad o “justicia” del reclamo.

En otras palabras, nunca es posible contestar en forma uniforme a la pregunta: ¿Cuando una protesta social se “ajusta” al ejercicio de un derecho -libertad de expresión, derecho de reunión, de peticionar o de huelga- o constituye delito-entorpecimiento de la

¹ Magister/Abogado Gabriel Elías Ganón, Defensor General de Santa Fe, Profesor de Criminología UNR, UNL, UNMDQ

libre circulación, asociación ilícita, resistencia a la autoridad, etc.-? Así las cosas, poco importa que cierto sector de la dogmática penal considere a la protesta social como acto de fuerza/violento justificado/legítimo porque resulta del ejercicio de un derecho que da lugar a una causa de justificación. Importa poco o directamente nada porque en términos generales, los actores institucionales con poder de definición (policías, fiscales y jueces) pueden y de hecho lo han hecho, considerar que la protesta social es un delito. Cuando así lo hacen dan privilegio al derecho al libre tránsito por sobre la libertad de expresión, el derecho de reunión o de peticionar sin considerar la “causa de justificación” de su comisión.

En palabras de Dworkin “...la consecuencia que sí cabe sacar es que cuando las razones prácticas para enjuiciar son relativamente débiles en un caso determinado, o se las puede cumplir de otras maneras, la senda de la equidad pasa por la tolerancia. La opinión popular de que la ley es la ley y siempre se ha de imponer su obediencia, se niega a distinguir entre el hombre que actúa según su propio juicio ante una ley dudosa... y el delincuente común. A no ser por causa de ceguera moral, no sé de otras razones para no establecer entre los dos casos una distinción de principio...me interesa señalar que un tribunal no debe condenar, por lo menos en algunas circunstancias, aún cuando lo respalden las leyes (existentes) y encuentre que los hechos son los que se denuncian...” (Dworkin, 1977).

II. La Jurisprudencia Argentina en la Criminalización del Derecho a la Protesta

No es casual que exista en la jurisprudencia argentina el predominio de una línea de pensamiento que cree que los “conflictos sociales” deben ser tratados por el derecho penal. El más claro ejemplo es el famoso caso Schiffrin que marco una etapa histórica del surgimiento piquetero argentino (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, causa 3905, registro Nro. 5150). Ese fallo acompañó jurídicamente las respuestas del estado durante la década pasada.

Como podrá recordarse desde el fondo de la descomposición social ocurrida a partir de mediados de la década del 90 aparecieron nuevas formas de organización y movimientismo. El pueblo sacrificado por las políticas neoliberales que arrasaron orgánicamente con miles de puestos de trabajo e ignorado por los medios de comunicación, hizo su irrupción en las rutas del país, impidiendo la libre circulación de personas y mercancías, en demanda de puestos de trabajo.

La proliferación de las protestas en un marco de exclusión social requirió importantes cambios en las formas de intervención social del Estado: por un lado, el Estado fue desarrollando estrategias de contención de la pobreza, por la vía de la distribución –cada vez más masiva– de planes sociales y asistencia alimentaria entre las poblaciones afectadas; por el otro, el Estado siguió utilizando el aparato represivo recurriendo a menudo a la criminalización de los grupos sociales mas movilizados.

Como suele ocurrir la mayoría de la administración de justicia prefiere seguir la sintonía fina del gobierno. Así, jueces y fiscales comenzaron a actuar de oficio, abriendo causas penales contra militantes sociales o solicitando investigaciones y seguimientos sobre las modalidades organizativas y financiamientos de determinadas agrupaciones piqueteras.

En la línea de crítica de la judicialización de los conflictos sociales mediante la utilización del derecho penal como herramienta para zanjar conflictos sociales se expresa Marina Soberano “... los jueces argentinos han utilizado para justificar la criminalización de la protesta, afirmaciones dogmáticas tales como “no existen derechos ilimitados” ...una herramienta útil para el juez que puede fijar ese límite donde mejor le parezca... en el análisis del juego de los derechos (o deberes) remiten a fórmulas en que la libertad de expresión o el derecho a protestar, peticionar ceden ante el bien común, el orden público...” En un sentido opuesto al reseñado dictaminó el Fiscal Javier De Luca citando entre otros muchos argumentos el voto en disidencia del Juez Douglas en el caso “Adderley v. Florida” de la Corte de Estados Unidos de America “... el derecho de petición para reparar agravios tiene una antigua historia y no se limita a la redacción de una cara o el envío de un telegrama a un miembro del congreso, no está limitado a la comparecencia ante el Consejo del municipio local o la redacción de cartas al Presidente, Gobernador o el alcalde. Los métodos convencionales de petición pueden ser y menudo han sido imposibles para nutridos grupos de ciudadanos. Los legisladores pueden hacer oídos sordos, las quejas formales pueden ser desviadas en el laberinto burocrático, los tribunales pueden permitir que las ruedas de la justicia giren muy lentamente. Los que no controlan la televisión, la radio, los que no pueden pagar la publicidad de los periódicos o difundir folletos completos, quizá dispongan a lo sumo de un tipo mas limitado de acceso a los funcionarios públicos. Sus métodos no deben ser condenados como tácticas de obstrucción y presión...” (Dictamen Nro. 10647 “Acosta Josefina s/ entorpecimiento de servicios públicos” Causa N FSM 3884/2013/5/CFC2 Sala 4 FN 97504/2013). Como se advierte la discusión dogmática que está fuera de este ensayo transita por discusiones irresueltas que nos devuelven siempre al origen del problema que hemos planteado.-

Vale la pena recordar que la protesta social, el conflicto, son parte del juego político en las sociedades democráticas. Sin embargo, los gobiernos prefieren pueblos que no se movi-licen, que no reclamen por sus derechos, que no se emancipen. Dice Jacques Ranciere que la “emancipación” es equivalente al pasaje de la niñez a la edad adulta. La protesta social es una característica del modelo burgués que “proclamó libertad, igualdad, fraternidad” sin materializarla. El conflicto existe porque el derecho jamás eliminó la puja de intereses, el conflicto, tan solo lo mediatiza. En ese contexto de conflicto constante a menudo las personas se “emancipan” dejan de ocupar lugares fijos, ya no permanecen en su sitio, en su clase, sino que se mueven para reclamar por sus “derechos”. La protesta, como decía, es parte de esa emancipación y esa emancipación implica, nos guste o no, ejercer la protesta o la “violencia”. La determinación de los límites de la “protesta”, dentro del derecho para que ese ejercicio de la violencia pueda ser calificado como legal, es demasiado sutil para poder definirla previamente. No se puede definir porque la “protesta” implica una ruptura con el orden establecido. Una ruptura espacial y temporal en la que desocupados, trabajadores, jóvenes o estudiantes buscan que sus derechos sean respetados o “conquistar” otros nuevos. El camino de la conquista, del respeto de derechos es de quiebre, de ruptura y de conflicto. Por eso, cuando se habla tanto de la búsqueda del consenso, del diálogo parecería que nos quieren hacer creer que el derecho es, en

palabras de Nietzsche “... **la buena voluntad que existe entre quienes son mas o menos igual de poderosos a acomodar sus exigencias para que sean compatibles con las del otro, de llegar a entenderse mediante el equilibrio y en lo que respecta a quienes son menos poderosos, de forzarles a que lleguen a un equilibrio caracterizado por el sometimiento...**”

En síntesis, lo que debe tenerse presente es que la definición penalmente reproachable de una manifestación de protesta nunca depende de estándares fijos y determinables. No existe ni un derecho ni una justicia verdadera. Tampoco, un régimen único de presentación e interpretación. Los sentidos de como puede ser tratada, tipificada una protesta social no es patrimonio ni de los jueces ni del gobierno. Es que, en este juego del disenso, de la política, todos y todas somos y debemos ser partícipes de lo que se percibe, se piensa al respecto y de modificar esos contenidos que no pertenecen con exclusividad a nadie y muchos menos a los jueces, los abogados, los profesores de derecho. No basta con proclamar igualdades o libertades. Hay que luchar por la potencialidad de esas igualdades o esas libertades para que estas se materialicen, que sus efectos se verifiquen. En ese tránsito, insisto, está la disputa por las interpretaciones del reconocimiento de los derechos que hacen o que no hacen quienes tienen el poder de decir el derecho.

III. Legalidad/Derecho vs. Legitimidad/Justicia de la Protesta Social

Con un poco mas de precisión crítica podría el marco analítico reducirse a establecer las diferencias para nada sutiles entre “protestas legales” vs. “protestas legítimas”. Sin embargo, la contradicción valorativa que existe entre lo que puede eventualmente definirse como legal no necesariamente es siempre coincidente con lo que podría en cada caso considerarse legítimo (obtiene aprobación, consenso) y viceversa.

La reducción terminológica reintroduce la discusión analítica dentro del campo de las caracterizaciones jurídicas y políticas. Decimos que son políticas, no porque exista una contraposición binaria esencial entre lo que es legal y lo que es legítimo, sino porque el concepto de legitimidad esta asociado no solo al poder sino también a lo que es justo. Bajo esas condiciones, en principio habrá protestas legales como “ilegales” y también protestas que declaradas “ilegales” o “criminalizables” sean legítimas o justas. Resumiendo, la declaración de “criminalizable/delictiva” a manifestación social de protesta, por quienes detentan el “poder” o la fuerza del derecho -policías, fiscales y jueces-, solo coloca la protesta por fuera de la ley pero no la vuelve ilegítima e injusta. La facilidad con que suelen confundirse “justicia” con “derecho” o “legal” con “legítimo” ha permitido que los cuestionamientos a esas “decisiones” estatales no sean lo suficientemente precisos. Y no llegan a serlo porque permanece en el imaginario público la idea de que lo que se declara ilegal es equivalente a injusto. Esa pérdida de consciencia popular facilita como decía al comienzo la judicialización del conflicto, de la política. En esa línea debe recordarse que el derecho fue, con la revolución burguesa, el envoltorio conceptual de la violencia. Quizás por eso al decir de Pascal “...la justicia sin la fuerza es impotente... y agregaba que “...la fuerza sin la justicia es tiránica...” acusada/desafiada.

En otras palabras, aunque la ley, policías, fiscales o jueces determinen que una protesta es ilegal, que está fuera del derecho, nada se haya resuelto y la discusión sigue tan

abierta como antes. En adelante para ir verificando hipótesis conviene traer a colación que desde la revolución burguesa en adelante los estados monopolizan toda la violencia legítima². Eso implica en términos del derecho moderno que la personas privadas no pueden ejercer la violencia ni siquiera cuando persiguen un fin justo. En síntesis, monopolizar la violencia legítima implica por un lado, que solo los funcionarios estatales pueden ejercer violencia para hacer cumplir la ley. Por otro lado, que la violencia en manos privadas podría constituir un peligro para el orden legal incluso cuando esa violencia derive del ejercicio de un derecho.

Entonces, el análisis sobre la criminalización de las protestas sociales requiere discutir un poco menos en términos de dogmática penal y por el contrario hacer reaparecer en escena las tensiones de origen que existen y existieron en las relaciones entre el Estado, el Derecho y la Justicia. Esas tensiones son las que no dejan de interpelar sobre la imposibilidad de establecer un criterio seguro para distinguir entre el derecho y la justicia o mejor aún sobre la determinación de la existencia de una fuerza justa o una fuerza no violenta (Derrida, op.cit.). Esto ocurre no solo porque es imposible hablar sin concebir al estado como la necesaria condición del derecho presente, sino porque el estado transforma el ejercicio de la fuerza en un acto normativo.

IV. Walter Benjamin: La crítica de la violencia y la protesta social. Argentina: “Semana Trágica” y “asociación ilícita”

En términos benjaminianos, la tensa relación entre lo que es legal y lo que es justo se circunscribe a la tarea de la crítica de la violencia. No por causalidad el berlinés escribía su ensayo en la conflictiva Alemania de la pos guerra (lucha de clases, conflicto, “desorden”, etc.) La dura derrota de guerra había derivado en crecientes disputas obreras, escasez de alimentos, desempleo, inflación y alto endeudamiento. En paralelo el reordenamiento de la economía mundial impactaba con dureza en Argentina. En diciembre de 1918 comenzaba una huelga de los 2500 obreros metalúrgicos de los talleres Pedro Vasena e Hijos que se amplificó y terminó con 700 muertos y cerca de 4000 heridos. Pocos años después, en coincidencia con la finalización de la impresión de “Para una Crítica de la Violencia” de Walter Benjamin, el Congreso Argentino incluía en el Código Penal el delito de asociación ilícita luego de varios intentos frustrados³.

La síntesis del conflicto previo y la respuesta legal demuestran que la tipificación no pretendía otra cosa que poder tener a mano una figura penal que eventualmente sirviese para perseguir disidentes. Por esos motivos, se alegaba que se buscaba lograr la protección del “orden público” el “orden social” la “tranquilidad pública”. El tipo penal

² “Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el “territorio” es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia.” (Weber. 2009, pp. 83-84)

³ Proyecto Piñero, Rivarola, Matienzo de 1891, Proyecto Segovia de 1895, Proyecto 1906 y Proyecto 1917

de asociación ilícita se aprobaba como parte de una estrategia dirigida a “criminalizar” eventuales protestas sociales luego de la sangrienta represión en la conocida “Semana Trágica” de los huelguistas de la metalúrgica Vasena⁴. La historia da cuenta que con esa sanción no se perseguía otra cosa que tener a mano la ley penal para poder perseguir legalmente a los grupos obreros que comenzaban a organizarse. Desde el primer proyecto que contempló la figura, se buscaba incorporar un tipo penal que equiparase el “orden público” con el “orden social”. Por esa razón ni los ortodoxos dogmáticos penales logran ponerse de acuerdo sobre el bien jurídico que la norma protege. En su mayoría al analizar la figura argumentan que lo que se busca es proteger la “tranquilidad pública” o peor aún tutelar la inquietud que provocan la mera existencia de estas agrupaciones/sociedades en la tranquilidad del pueblo.

Pero volvamos al ensayo de Benjamin porque todavía no puede advertirse la relación que pretendo remarcar. Según Benjamin una acción es violenta cuando incide sobre relaciones morales. La esfera de esas relaciones es definida por los conceptos de derecho y justicia. La violencia solo puede ser buscada en un ordenamiento jurídico en los medios, nunca en los fines. En ese contexto aún cuando la protesta social traduzca el ejercicio de un derecho es un acto en principio violento. De todas maneras, como en el caso del ejercicio del derecho de huelga, el derecho a la protesta, no puede etiquetarse sin más como violento. Igual, casi siempre le queda al Estado a través de su policía, jueces o fiscales, la posibilidad de definir la protesta como el uso abusivo de un derecho. Esta opción con la que cuentan las autoridades estatales no es ninguna casualidad porque la distinción de interpretación ejemplifica la contradicción práctica del estado de derecho (Benjamin, 1998:26).

Así, como siempre ocurre, bajo ciertas condiciones y aunque parezca paradójico un comportamiento puede resultar “ilegal” “criminalizable” “violento” aún cuando surja del ejercicio de un derecho. Por tal motivo, al decir de Eligio Resta debe ponerse nuevamente al descubierto “... las huellas ya cubiertas de polvo y bien escondidas de la relación entre soberanía y violencia...” (Resta, 1995: 102). En esa línea Benjamin resalta con maestría inigualable como luego de una revolución se crean nuevas condiciones políticas que se reflejan en un nuevo orden jurídico. Por eso, todo el nuevo aparato de ejercicio del monopolio de la violencia que se construye con los estados modernos del siglo XVIII (leyes, parlamentos, policías, jueces, etc.) no fueron formas más emancipadoras de lidiar con el conflicto sino el resultado de toda una transformación política. Ese nuevo orden político estatiza/formaliza la idea “justicia”, se apropia de la violencia y se arroga con exclusividad el poder de castigar. Por eso el delito no es delito por lo que moralmente o

⁴La Semana Trágica fue el final de la huelga obrera que había comenzado en diciembre de 1918 en los talleres metalúrgicos Pedro Vasena e Hijos. La industria metalúrgica afectada por la primera guerra buscaba bajar costos. Los obreros pretendían mejoras en sus salarios, jornadas de ocho horas, horas extras, etc. Esta huelga pronto derivó en una sangrienta represión que terminó con 700 muertos y cerca de 4000 heridos.

esencialmente signifique sino que es delito porque “ataca” al estado, desafía sus derechos y su voluntad.

V. La nueva coyuntura política argentina. El Protocolo Antipiquetes y el Fallo Orellano

En este sentido, más allá de la mayoritaria jurisprudencia existente, en la Argentina actual se produjeron dos hechos políticos relevantes dirigidos a “precisar” desde el poder cuando una protesta social puede ser “legal” o “ilegal”⁵.

Sin embargo, aunque explícitas esas “decisiones” pretenden borrar de la memoria el origen de su “soberanía/investidura”. Así, el derecho a la protesta o a la huelga que no son más ni menos que el ejercicio “autorizado” del derecho a la violencia pueden ser inmediatamente limitados, criminalizables por el estado que decide cuando ese derecho se autoriza o no. Para Benjamin aunque los trabajadores y/o los manifestantes de un piquete podrían escudarse en el ejercicio del derecho a libertad de expresión, peticionar y/o huelga, el Estado siempre retiene la posibilidad de considerarlo un abuso de derecho. En esa línea se dictó el Protocolo Antipiquetes del Ministerio de Seguridad de la Nación. Una explícita declaración de principios poco democráticos. Así, enumerando en forma confusa y como valores equivalentes a la preservación del orden, el bienestar general, la propiedad privada y la seguridad jurídica, proclama en tono castrense que toda manifestación se puede convertir, por decisión unilateral del jefe del operativo, en un delito flagrante⁶. En un sentido similar la Corte Suprema de Justicia limitó con “razón” en el

⁵ En diario Página 12 del Domingo 28 de agosto de 2016. La periodista Laura Vales tituló: “Menos trabajo mas conflictividad”. Su nota se apoya en un relevamiento del Centro de Economía Política Argentina que registro 99 conflictos laborales durante el mes de julio con protestas en el sector privado y público. Continúa enumerando casos paradigmáticos recientes: la represión en julio en Ledesma (Jujuy) y las de agosto, el 11 al piquete CTD Aníbal Verón en Mar del Plata previo al discurso del Presidente Macri; el 16 a jubilados en la autopista Buenos Aires-La Plata y el 24 en el Tabacal (Salta) <http://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/1-307953-2016-08-28.html>.

⁶ “...Que es deber del Estado asegurar el orden público, la armonía social, la seguridad jurídica, y el bienestar general, por ello ante la alteración del ejercicio equilibrado de derechos, debe lograr su inmediato restablecimiento a los fines de garantizar la libertad de todos; para ello debe brindar certezas respecto del accionar de las FFSS ante la situación de manifestaciones en la vía pública y, garantizar que ante tal situación, los derechos de la ciudadanía en general, del personal de las FFSS y de los manifestantes, se encuentren protegidos por el Estado, preservando la libertad, la vida, integridad física, y bienes de las personas, así como el patrimonio público y privado que pueda verse afectado con motivo u ocasión de la manifestación... “... el Jefe del Operativo impartirá la orden a través de altoparlantes, megáfonos o a viva voz, que los manifestantes deben desistir de cortar las vías de circulación de tránsito, deberán retirarse y ubicarse en zona determinada para ejercer sus derechos constitucionales, garantizando siempre la libre circulación. Se advertirá que ante el incumplimiento de dicha instrucción, se encontrarán incurso en el artículo 194 del Código Penal, y en su caso, en las contravenciones

abuso de derecho la huelga en el caso Orellano⁷. El fallo no solo limita en forma explícita el derecho a huelga a los sindicatos reconocidos, sino que además declara la “ilegitimidad” de medidas de fuerza promovidas por grupos informales. No solo resulta curiosa la decisión porque declara que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos le reconocen el derecho a huelga con exclusividad a los sindicatos, sino que pretende circunscribir lo justo, lo legítimo dentro del derecho positivo en forma arbitraria. La valoración que realiza la Corte al definir la huelga como una violencia dentro del derecho, como un medio de presión, para lograr ciertos fines, también se arroga la posibilidad de definir el cómo, el cuándo y el donde esos fines colisionan con el poder del estado.

Resumiendo, ambos hechos ponen en negro sobre blanco no solo las contradicciones prácticas del estado de derecho sino también expresan con claridad que no habrá demasiado espacio para que ese orden pueda ser discutido o amenazado bajo el tradicional marco del ejercicio del derecho a la protesta, la huelga o la libertad de expresión. Nada más que por eso se puede entender que la línea que separa la posibilidad de criminalizar una protesta social es mucho mas sutil de lo que parece y de lo que suele decirse.

Nótese que, en especial, el fallo de la Corte consagra el fundamento místico de la autoridad al confundir la justicia/legitimidad del reclamo con los medios empleados. De esta manera, se cierra la discusión sobre los fines justos o legítimos del ejercicio de la violencia a través del derecho a huelga en particular o de cualquier otro.

VI. El Derecho a la Protesta y el Sistema Internacional de Derechos Humanos

Ambas decisiones, el Protocolo Antipiquetes y el fallo Orellano van a contramano de los estándares internacionales de derechos humanos. En el derecho internacional de los derechos humanos la protesta social constituye una forma central de petición a la auto-

previstas en cada jurisdicción. Si los manifestantes no cumplieren con la orden recibida, se les solicitará que depongan el corte bajo apercibimiento de proceder conforme lo establecido para los casos de los delitos cometidos en flagrancia... “ <http://www.minseg.gob.ar/pdf/protocolo-final.pdf>

⁷ Francisco Orellano fue despedido y luego reincorporado del Correo en el año 2009 tras participar de medidas de fuerza que no habían sido convocadas formalmente por un sindicato. La empresa justificó la decisión de despedirlo por considerar que esas actividades afectaban el desarrollo normal de su actividad en el centro operativo de Montegrande. Orellano reclamó la nulidad de la medida porque consideró que su despido era en represalia a su participación en actividades gremiales. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo admitió la demanda del trabajador y sostuvo que sus actividades “**se hallaban dirigidas a la obtención de mejoras de salarios y contaban con la presencia de un número importante de personal**”. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo de la Sala I. Los magistrados concluyeron que las medidas de fuerza no eran legítimas y basándose en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y normas internacionales, consideraron que el derecho de huelga solo puede ser ejercido por asociaciones sindicales con personería gremial y por los sindicatos simplemente inscriptos.

ridad, una de las formas colectivas más eficaces de expresión⁸ y un canal de denuncias sobre vulneraciones o violaciones de derechos humanos⁹. Ambos derechos son componentes esenciales de un funcionamiento inclusivo del sistema democrático^{10 11}. No es novedoso que se afirme, siguiendo los pronunciamientos de los distintos órganos del sistema internacional de derechos humanos, que existe un fuerte vínculo entre el derecho a la protesta y los derechos de libertad de expresión, asociación¹² y participación en los asuntos públicos¹³. El pleno disfrute y respeto de la libertad de realizar protestas y manifestaciones públicas, al igual que la libertad de criticar o de oponerse al gobierno, es parte de la libre circulación de ideas e información acerca de las cuestiones públicas y políticas.¹⁴ Esta asociación de derechos se muestra especialmente fuerte en escenarios

⁸ CIDH, 2010 Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión, pár. 69. En el “Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2002” se establece: “En muchos países del hemisferio, la protesta y movilización social se ha constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos”.

⁹ CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2005, cap. V, “Las Manifestaciones como Ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Reunión”, pár. 1

¹⁰ CIDH, Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 2006, pár. 55. La Relatoría subraya que la participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades. En general, ésta como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo... CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2005, cap. V, “Las Manifestaciones como Ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Reunión”, pár. 91.

¹¹ El derecho a la protesta social y a participar en manifestaciones públicas deriva del reconocimiento de un conjunto de otros derechos contemplados en las Convenciones, entre los cuales se incluyen el derecho a la libertad de expresión¹¹, el derecho de reunión y la libertad de asociación¹¹, los derechos sindicales y el derecho a la huelga¹¹ y el derecho de participación en los asuntos públicos¹¹. En el ámbito del Sistema Interamericano, el reconocimiento del derecho a la protesta y a participar en manifestaciones se deriva principalmente de los artículos 4 y 21 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconocen el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión. En este sentido, esta Comisión ha señalado que el intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión supone el ejercicio de derechos conexos, entre los cuales se encuentra el derecho de los ciudadanos a reunirse y a manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información.

¹² Reconocido en el artículo 22 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³ Reconocido en el artículo 20 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁴ CIDH, Informe de Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009, pár.192; CIDH, In-

de desigualdad estructural. La Relatoría de Libertad de Expresión ha manifestado que los sectores más empobrecidos de nuestro continente confrontan políticas y acciones discriminatorias. En ese contexto los canales tradicionales de participación a los que deberían acceder para hacer públicas sus demandas se ven muchas veces cercenados.¹⁵ Por eso, la participación política y social a través de la manifestación pública reviste para la Comisión un interés social imperativo que deja al Estado un marco ceñido para justificar una limitación a este derecho.¹⁶ **No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se**¹⁷ La protesta social es no solo parte, sino esencial para la consolidación de la vida democrática. Esa relevancia obliga a los Estados además de no restringirla ni criminalizarla a realizar acciones concretas que la faciliten. En este sentido, de acuerdo con la CIDH, la protección del derecho de reunión comporta no sólo la obligación del Estado de no interferir con su ejercicio, sino también el deber de adoptar, en y ante ciertas circunstancias, medidas positivas para asegurarlo.¹⁸

VII. Conclusión

Un breve repaso por la historia exhibe con claridad que a medida que se intensifican las protestas sociales crece la tensión y contradicción del modelo de estado de derecho. Esas circunstancias no pueden ser pasadas por alto en una coyuntura como la actual en la que ha caído ostensiblemente el poder adquisitivo de los salarios y comienza a crecer aceleradamente el desempleo. Esas circunstancias hacen previsible un escenario de conflictos sociales creciente como lo planteamos al comienzo. En esa coyuntura se verá hasta que punto la huelga, la protesta, el piquete pueden modificar las condiciones de “derecho” o derivan en represión o criminalización. Como se decía Benjamin “la violencia no se practica ni se tolera ingenuamente” depende la solución de la correlación de fuerzas en la disputa. En esa línea vale la pena citar algunos párrafos de la Carta

forme sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 2011, pár. 133.

¹⁵ CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2005, cap. V, “Las Manifestaciones como Ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Reunión”, pár. 1.

¹⁶ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión, 2005, cap. V, pár.91*; CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 2006, pár. 60*.

¹⁷ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión, 2005, cap. V, pár.91*; CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 2006, pár. 60*. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha señalado que la apelación al mantenimiento del orden público no puede servir como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. CIDH, *Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión, 2005, cap. V, pár.92*.

¹⁸ CIDH, *Informe de Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009, pár.192*; CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, 2011, pár. 133*.

Abierta de Rodolfo Walsh a la Dictadura Militar. “... En la política económica de ese gobierno debe buscarse no sólo la explicación de sus crímenes sino una atrocidad mayor que castiga a millones de seres humanos con la miseria planificada. En un año han reducido ustedes el salario real de los trabajadores al 40%, disminuido su participación en el ingreso nacional al 30%, elevado de 6 a 18 horas la jornada de labor que necesita un obrero para pagar la canasta familiar, resucitando así formas de trabajo forzado que no persisten ni en los últimos reductos coloniales. Congelando salarios a culatazos mientras los precios suben en las puntas de las bayonetas, aboliendo toda forma de reclamación colectiva, prohibiendo asambleas y comisiones internas, alargando horarios, elevando la desocupación al récord del 9%, prometiendo aumentarla con 300.000 nuevos despidos, han retrotraído las relaciones de producción a los comienzos de la era industrial, y cuando los trabajadores han querido protestar los han calificado de subversivos, secuestrando cuerpos enteros de delegados que en algunos casos aparecieron muertos, y en otros no aparecieron. Los resultados de esa política han sido fulminantes. En este primer año de gobierno el consumo de alimentos ha disminuido el 40%, el de ropa más del 50%, el de medicinas ha desaparecido prácticamente en las capas populares...”

En estos tiempos no idénticos pero de conflictos que se avecinan es necesario tener presente que es necesario comprometernos con hacer aparecer significaciones nuevas sobre el derecho, sobre la justicia, sobre la ley haciendo estallar la antigua realidad poniendo el dedo en las ficciones, contradicciones disfrazadas. En cierta medida la angustia que sienten las nuevas elites que se traducen en las decisiones citadas expresan en palabras de Ranciere, la angustia que sienten las clases dominantes se vincula con la creciente posibilidad de reconfiguración del mundo porque cada día que pasa se hace mas difícil mantener las apariencias de régimen unico de presentación e interpretación de lo dado que imponga a todos su evidencia. Así, toda situación es susceptible de ser hendida de su interior, reconfigurada bajo otro régimen de percepción y de significación. El disenso pone nuevamente en juego al mismo tiempo la evidencia de lo que es percibido, pensable y factible y el reparto de aquellos que son capaces de percibir, pensar y modificar las coordenadas del mundo común. Parte de ese espacio es el de la protesta social. Tanto Ranciere como Foucault distinguen entre policía y política. Cuando hablan de policía no hablan del organismo represor sino como el “orden” que determina la ley y el Estado. Ese orden asigna a cada cual, a cada grupo social un lugar dentro una estructura que en si misma no es política. La protesta social, el conflicto, la huelga, implica que ciertos actores se movilizan, se desclasifiquen por considerarse perjudicados por la tipificación, que no es más que la clasificación que de ellos hace o intenta hacer el estado. Cuando quienes protestan se desclasifican quieren hacerse escuchar, reclaman otro lugar, ese otro lugar en ser escuchados sin mengua, no ya mediados sino directamente reclamando otro estatuto para sí, reivindicando su igualdad. Una comunidad justa es una comunidad que no requiere de la mediación sino que está en todas las acciones que la comprometen. Nos hace falta otra justicia, una en la que las relaciones de sus palabras, procedimientos, conceptos sean redefinidos, reconcebidos. Hay que construir una nueva justicia a partir de esa energía popular o mejor aún una justicia devuelta a su

virtud original. Derecho/Justicia sin espectadores. Todos deben ser participantes activos de las definiciones. En definitiva la discusión sobre el carácter que le damos en términos jurídicos a la protesta social pasa más bien por un nuevo examen de sus conceptos y de sus procedimientos, de su genealogía y de la manera en que se han entrelazado con la lógica de la emancipación social.

Bibliografía

- Benjamin, Walter (1998) *Por una crítica de la violencia y otros ensayos*. Taurus, Barcelona
- Derrida, Jaques (1997) *Fuerza de Ley*. Tecnos, Madrid.
- Dworkin, Ronald (1977) *Tomando los Derechos en Serio*. Ariel, Barcelona
- Ranciere, Jaques (1996) *El desacuerdo. Política y filosofía*. Nueva Visión, Buenos Aires
- (2008) *El espectador emancipado*. Manantial. Buenos Aires
- Roman, Madeline (2006) *Estallidos: polisemia y polimorfia del derecho y la violencia*. Publicaciones puertorriqueñas.
- Weber, Max (2009) *La política como vocación*. Alianza Editorial, Madrid

El amparo bonaerense, diagnóstico de una garantía esencial

Al que va de prisa

se le hace grande un pequeño estorbo

Séneca

Por Julian Portela

Fruto de la evolución de una garantía pretoriana para casos de urgencias jurídicas, el constituyente provincial ha establecido este mecanismo procesal accesible e inmediato para proteger los derechos fundamentales de los bonaerenses que estuviesen en manifiesto peligro de conculcación arbitraria (art. 20 CPBA), de consuno con una vía similar prevista en el orden federal (art. 43 CN). Tras una eterna reglamentación restrictiva del instituto (vieja ley 7166), y ciertas peripecias dilatorias en la entrada en vigencia de la nueva ley 13.928, recién con la redacción final de la misma -conforme amplias modificaciones de ley 14.192, en 2011- se puede decir que contamos formalmente con un código de amparo constitucional definido en nuestra provincia.

Enmarcado en la faz eminentemente práctica que propone el conjunto de esta obra colectiva para servir de guía de trabajo a colegas, este capítulo intentará realizar un diagnóstico concreto de la actualidad del proceso de amparo para los bonaerenses, con foco principalmente en la visión que del instituto se tiene en el fuero contencioso-administrativo, máxime atendiendo a que en esa jurisdicción se dirimen virtualmente todos los amparos contra la autoridad pública. Se buscará entonces auscultar en la funcionalidad del amparo para la sociedad (para qué se lo utiliza actualmente) y graficar la respuesta jurisdiccional cotidiana a su planteo (jurisprudencia formal y sustancial sobre la viabilidad del instituto), pero todo ello no impedirá evaluar sistémicamente el cumplimiento último de la voluntad constitucional y aventurar nuevos caminos para la garantía procesal por antonomasia.

Vale anticipar que la hipótesis que guía esta investigación refiere a la insuficiencia del amparo per se para cumplir con la manda constitucional de ser un puente de acceso inmediato a la Justicia para los ciudadanos, además de resaltar la necesidad de establecer un fuero constitucional especial para su tratamiento recursivo.

I.- Aclaraciones previas: relevancia del instituto, metodología, focalización temporal

No es la intención de este trabajo ahondar en el análisis detallado de los orígenes pretorianos del amparo desde el gran *leading case* argentino “Siri” (CSJN 1957), ni tampoco recordar el periplo reglamentario y jurisprudencial mayormente deformante que debió atravesar tanto en el orden federal como en el provincial antes de lograr su consagración en el texto constitucional (en ambos casos, con las reformas de 1994). Son pocos pero logrados los trabajos realizados sobre el instituto con foco en nuestra realidad bonaerense, mereciendo destacarse una investigación de campo que prolijamente detallara números y performances de las acciones de amparo iniciadas en períodos concretos antes de la entrada de la nueva norma reglamentaria del instituto, sirviendo entonces de referencia doctrinaria obligada (citar).

Respecto a la reglamentación legislativa del instituto, fue monitoreada siempre académicamente (ver particularmente el proyecto legislativo de modificación de la ley de Amparo, elaborado en el seno de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, referenciado en la Legislatura con el Expte. D-1539/08-09), y en lo particular también este autor ha alertado en sendos artículos sobre las deficiencias originales de la ley 13.928 y principalmente de su veto inicial cuasi total (“La fugacidad del nuevo amparo bonaerense”, *ElDial.com* del 15/4/2009), como también de las correcciones y los desafíos que imprimieron su ampliación posterior con la ley 14.192 (“La reinvencción del amparo bonaerense”, *LLBA* 2011 mayo, 355”).

Metodológicamente se ha optado por centralizar el enfoque estadístico general de la Provincia en un lapso anual (el año 2014, último con registros completos), para focalizar luego en un ámbito determinado (el fuero contencioso administrativo platense), recabando datos concretos por muestreo casuístico en tribunales, relevamiento informativo oficial o entrevistas a operadores jurídicos (magistrados, letrados, consultorías jurídicas barriales).

II.- Particularidades bonaerenses

La realidad del instituto del amparo en nuestra Provincia obliga a referir previamente elementos distintivos de su homónimo nacional, a saber:

a) Parámetros normativos modernos

Si bien el proceso de amparo bonaerense reconoce lógicamente el origen común y la esencia de garantía procesal que le imprime el artículo 43 de la Constitución Nacional, suma a su vez condimentos específicos que le imprime su consagración en el artículo 20.2 de la Carta Magna provincial (principalmente en cuanto universaliza la competencia y faculta ampliamente al juez en lo formal), correspondiéndole además la influencia de otros elementos distintivos del sistema local, tales como la manda expresa de la “tutela judicial efectiva” (art. 15 CPBA, garantizando acceso jurisdiccional real y efectivo a TODA la ciudadanía), símbolo hermenéutico que debe guiar la respuesta jurisdiccional rápida e inmediata a planteos concretos.

A ello cabrá naturalmente agregar la impronta novedosa que ha revolucionado reglamentariamente la nueva ley de amparo (13.928) y que ha recogido la evolución del instituto en este cincuentenario de vigencia, mientras que su par nacional (la ley 16.986) de hace 4 décadas, también conocida como del “desamparo” por las limitaciones que impuso a la entonces nóvel garantía pretorianata anacronías casi fulminantes tras la consagración constitucional y el desarrollo jurisprudencial en todo este lapso. Inevitablemente, en materia de una instrumentación clara y unívoca de la garantía constitucional más general, correspondería la inmediata puesta en vigencia de un nuevo protocolo legal en el orden federal que contemple la actualidad y el futuro inmediato del amparo, como ya se ha realizado en varios órdenes provinciales (como el bonaerense).

b) La diáspora inicial

Ante los naturales conflictos de competencia que se plantearon en numerosos casos de gravedad institucional (frenos cautelares a grandes licitaciones públicas, revisión de procesos electorales, etc.), y cierta ambigüedad reglamentaria respecto a lo que debe

entenderse por el término constitucional de “cualquier juez” (art. 20.2 CPBA), ha sido la Suprema Corte de Justicia provincial quien ha establecido en su potestad de superintendencia que las acciones de amparo deben ser diferenciadas ab initio del resto de las demandas por medio de la confección de un formulario de ingreso especial, debiendo ser sorteada por la Receptoría de Expedientes su adjudicación entre todos los juzgados y tribunales de instancia única de todos los fueros del departamento judicial en cuestión, incluyéndose a los jueces de paz de cada Partido en la medida de su competencia territorial (Resol. SCBA 1358/2006, texto según Resol. 1794/06), previéndose como único supuesto de excepción a dicho sorteo, la afectación de derechos de varias personas por un mismo hecho, acto u omisión, para lo cual el accionante, debe consignarlo en la planilla respectiva (art. 3, ley 13928), y entenderá el que hubiera prevenido.

Cabe reseñar que han existido cuestionamientos a ese esquema de adjudicación competencial (vale citar la postura explícita del Juez Contencioso Administrativo N°1 de La Plata, por caso, que decretó reiteradamente la inconstitucionalidad de la reglamentación de la Corte provincial, aunque luego fuera revocado), principalmente en tanto impide la atribución de un fuero especializado por el amparista y lo obliga a exponer sus urgencias ante un juez posiblemente lego en el tema específico planteado. El criterio de asignación universal fijado por la Corte bonaerense ha sido, al menos para la primera instancia, de que todo juez está preparado para entender sobre la Constitución: “corresponde destacar que el carácter manifiesto o palmario que debe reunir la conducta u omisión lesivas para ser ventiladas en el proceso de amparo, posibilita a todo juez resolver eficazmente la contienda, sin exigir, una profunda especialización material, como sería menester para abordar cuestiones complejas propias de una determinada rama del derecho” (SCBA LP B 73313 RSI-500-14 I 22/10/2014).

c) La consolidación solapada de una casación constitucional

Al esquema centrífugo de asignación inicial de competencia escogido por la máxima autoridad judicial bonaerense, se contrapone el particular sistema centrípeto de revisión que previó el propio legislador para todos los amparos que versen sobre cuestionamientos al Estado o sus entes descentralizados (art. 17 bis de la ley 13.928), que necesariamente -sin importar cuál fue el fuero que previno liminarmente en el amparo- deben conocer en exclusividad las cámaras de apelación contencioso-administrativas creadas por la ley 12.008.

Así lo ha explicado la Corte bonaerense, al establecer que el único supuesto previsto en nuestro ordenamiento jurídico en el cual una Cámara del fuero Contencioso Administrativo es llamada a conocer en grado de apelación de los recursos deducidos contra resoluciones de juzgados o tribunales de otros fueros es en la acción de amparo, siempre que en el marco de dicho proceso se cuestionen acciones u omisiones, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, regidas por el Derecho Administrativo (SCBA, LP B 72532 I, 2013).

Y esta centralización es aún mayor -tornándose virtualmente en una unificación- si se tiene presente la persistencia de una norma procesal anacrónica (art. 30 Dec.Ley 7543,

Ley Orgánica de la Fiscalía de Estado, defendida constitucionalmente por la SCBA desde su doctrina en el caso “Quesada” L. 43.934, sent. del 27-10-1992), que justifica la derivación al Departamento Judicial de La Plata de toda acción -amparo o no- que se interponga contra la Provincia. Si bien nos consta que la Fiscalía de Estado ha moderado la oposición de excepciones de incompetencia por esta norma, dicha postura procesal es meramente discrecional y estratégica, además de ser muchos los Juzgados que evitan su competencia inicial por toda la Provincia recurriendo a su vigencia (aunque ha sido la propia Suprema Corte de Justicia la que ha recordado que dicha competencia privilegiada del Fisco no debe ser decretada oficiosamente, por ser territorial y por ende prorrogable, vide SCBA LP RI 118887 I 06/05/2015).

En tiempos donde hay delegados fiscales en todos los departamentos judiciales bonaerenses y comunicación electrónica inmediata de las resoluciones, carece de sentido una norma de corte unitarista e innecesariamente centrípeta, claramente inconstitucional desde la plena vigencia de la garantía de tutela judicial efectiva (basta para graficarla imaginar las complicaciones de traslado que todo recurso ordinario supone para un amparista en la sureña Carmen de Patagones por una obligación del Estado, aún municipal, debiendo constituir domicilio a casi mil kilómetros de su domicilio y la violación constitucional denunciada...). Como primer indicio de cambio en este sentido, ya existen fallos (y por ende, doctrina legal) respecto a la inconstitucionalidad de dicha norma de competencia centralizada cuando se afecta el acceso a la jurisdicción en una acción de indemnización por daño ambiental (SCBA LP C 94669 S 25/09/2013).

Pero aún sin esa norma competencial deformante, debe recordarse que suele radicarse *per se* directamente en La Plata todo planteo de revisión administrativa, en tanto capital provincial y sede de origen de los actos administrativos provincial más relevantes que puedan ser cuestionados. En lo concreto, esa norma genera que con sólo dos jueces de alzada ordinaria (la mayoría de la única cámara de apelación contencioso administrativo platense), se cuente con una formidable herramienta de control constitucional en los casos judiciales que más le interesan al poder político provincial, constituyendo subrepticamente una verdadera (e institucionalmente patológica) instancia de casación que sirve para rápidamente invalidar cualquier cautelar o sentencia de amparo que pueda contrariar a los intereses del Gobierno de turno. Tal centralización del control constitucional en una provincia tan grande es peligroso que sea realizado en una instancia ordinaria, más aún cuando así se ha diseñado elípticamente a través de un sistema de reenvíos procesales.

Debiera darse una coherencia al sistema, respetando la competencia natural de revisión de cada fuero de acuerdo a la naturaleza de la pretensión amparista, o -al menos- transparentando la creación de un órgano especial de casación constitucional en caso de mantenerse el sistema de diáspora inicial para los amparos.

d) El tratamiento especial para amparos colectivos

Las últimas reglamentaciones al proceso de amparo han terminado cumpliendo la manda constitucional de ampliar la legitimidad colectiva para pretensiones de interés común de grupos sociales, tendiendo a evitar tanto la multiplicación innecesaria de planteos

similares como a unificar la respuesta jurisdiccional ante los mismos (un amplio encuadre de la situación se grafica en Giannini, Leandro J., *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*, Procesos colectivos, Eduardo Oteiza -Coordinador-, *Asociación Argentina de Derecho Procesal*, AAVV, Rubinzal-Culzoni Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2006, p. 179).

Finalmente, la experiencia masiva de los amparos por el “corralito financiero” que colapsó los tribunales argentinos durante el principio del siglo XXI dejó un legado positivo al menos. En el ámbito bonaerense, se ha optado reglamentariamente por establecer un esquema de publicidad de las acciones colectivas, que la SCBA recientemente ha implementado por medio de un novísimo Registro en su órbita, obligando a los juzgados a que denuncien y se informen al mismo previamente toda acción de este tenor, para evitar innecesarias tramitaciones simultáneas o el escándalo de sentencias contradictorias sobre el mismo tema.

Es así que la Acordada SCBA 3660/13 reglamentó el artículo 21 de la Ley 13.928, creando el Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva, en el que deben registrarse los procesos de dicha naturaleza, así como también diversos datos de interés de cada causa y las sentencias que en consecuencia se dicten en los procesos tramitados en esta provincia que resulten de incidencia colectiva aun cuando no constituyan amparos propiamente dichos, sino otro tipo de litigios, con exclusión de los habeas corpus por agravamiento de las condiciones de detención que deben anotarse en el Registro creado al efecto por la Acordada 3415.

e) El patrocinio letrado obligatorio

Al igual que en la mayoría de las provincias, en el ámbito bonaerense es imprescindible la firma constante de un profesional jurídico matriculado en alguno de los colegios departamentales (ley 5177 y arts. 56 y 57 CPCCBA). Este patrocinio obligatorio ha sido defendido en su constitucionalidad en innumerables ocasiones (v.g., SCBA causa L. 60.919, sent. 28/4/98), no solamente por una cuestión de autodefensa corporativa del mundo abogadil -como podrían cuestionarnos los legos- sino principalmente por la especificidad del proceso judicial, que impone conocimientos previos de normas y valores para facilitar y agilizar la tramitación con garantía de debida defensa de todos los involucrados.

Anticipo que considero que esa obligatoriedad debe ser revisada particularmente para el proceso de amparo. Es que si el objeto de esta garantía especialísima y expedita es justamente facilitar el acceso universal a la justicia ante la denuncia urgente de un peligro constitucional, ante la imperiosa mirada que debe dirigirse a las clases mas bajas y alejadas de las formalidades jurídicas (radicadas usualmente en barrios y zonas donde no abundan los abogados), se concluirá que corresponderá principalmente removerse ante la urgencia la necesidad de que accedan a un patrocinio rentado, o deban movilizarse trabajosamente a los tribunales céntricos en horarios hábiles matinales (perdiendo jornadas de labor vitales para el sostenimiento de sus familias) para pedir turnos de atención ante funcionarios agobiados de labor para acceder a una atención jurídica gratuita. Así como hemos visto que se ha optado por universalizar el tratamiento jurisdiccional

de todo amparo en cualquier fuero, prescindiendo de conocimientos previos específicos que escapen a la visualización concreta de un peligro constitucional, también debe relacionarse en estos procesos urgentes el requerimiento obligatorio de una firma letrada para explicar lo que debiera ser obvio (una violación constitucional “manifiesta”), debiendo en su caso ser el juez quien corra vista al defensor oficial de toda demanda prima facie viable de amparo, para que la mejore o enmarque adecuadamente y luego controle su seguimiento (plazos, recursos, etc), siempre luego de entrevistar al amparista y acceder o no a su requerimiento cautelar inicial.

Lejos de proteger en demasía el mercado profesional, en esta temática tan urgente y particularmente respecto de sectores más vulnerables de la sociedad, debe evolucionarse a allanar requisitos que ralenticen o encarezcan las peticiones de emergencia jurídica, facilitando realmente el acceso a la protección judicial.

f) El rigor formal ante las denuncias constitucionales

La norma reglamentaria -a diferencia de su antecedente constitucional, naturalmente de mayor jerarquía y que impone el carácter expedito y rápido del proceso- ha determinado un cúmulo de recaudos que los juzgados usualmente exigen a rajatabla para dar curso a pretensiones visualmente urgentes, a saber: legitimación, carácter manifiesto del peligro o violación, existencia de otras vías más idóneas, etc. Amén de ello, le caben actualmente al proceso de amparo el sinnúmero de requisitos formales que debe seguir todo juicio bonaerense (por ejemplo, el respeto de pautas exegéticas en materia de presentaciones: además de encabezados y datos identificatorios específicos, otros recaudos más detallísticos, como el tipo de hoja, márgenes, color de tinta, y muchos etcéteras, incluyendo naturalmente el respeto de plazos y de tratamiento al órgano jurisdiccional), exigencias de forma que fuerzan a la ya referida obligatoriedad actual del patrocinio letrado.

Ya se ha dicho que el constituyente ha dotado ampliamente al juez a través de la facultad de moderar o ajustar los requerimientos formales (art. 20.2), pero lo cierto es que usualmente se exige a los justiciables los mismos recaudos rituales que en procesos ordinarios, sin distinguir el carácter excepcional de este proceso constitucional.

f) La descompresión: creación de vías alternativas eficaces

El reconocimiento legal de otros canales específicos para reclamos concretos en relación a pretensiones nacidas en relaciones de consumo o de peticiones administrativas previas ha terminado generando vías alternativas y preferentes para cuestiones que antes abultaban las estadísticas de los procesos de amparos.

Así, la ley 13.133 (código provincial de implementación de los derechos de defensa del consumidor) en su versión actual, prevé una serie de procedimientos que -desde que se ha descentralizado en su tramitación previa en todos los municipios bonaerenses- se ha convertido en una herramienta eficaz para monitorear los abusos que frecuentemente ocasionan las modernas y despersonalizadas relaciones de consumo para con los ciudadanos. Particularmente, las instancias de mediación obligatoria y las recientes vías directas de indemnización civiles previstas para reparar los perjuicios acontecidos en las contrataciones han contenido buena parte de las urgencias individuales que se presentan a diario y masivamente por deficientes prestaciones o abusivas condiciones imponen

los nuevos poderosos (detentadores del poder económico) a los consumidores. En los hechos, la utilidad del amparo judicial en materia de consumo ha quedado entonces como una herramienta de excepción para situaciones límite (principalmente las que exigen una prestación de emergencia liminar) o para planteos colectivos (impugnación de aumentos de tarifas, implementación unilateral de nuevas condiciones contractuales, etc.). Con relación al mundo del derecho administrativo (relación con el Estado provincial o los municipales y entes descentralizados), la progresiva utilización de las pretensiones especiales previstas por el código procesal bonaerense en lo contencioso administrativo - ley 12008 (demandas cautelares o de mera certeza, arts. 20 a 22 y 25), tienen la ventaja de afincar peticiones urgentes directamente en el fuero contencioso-administrativo, principalmente con la ventaja de la especificidad del juzgador, acostumbrado a lidiar con el poder político.

III.- La realidad del instituto: mapa casuístico de planteos y respuestas

Como se ha anticipado, metodológicamente se ha optado por rastrear la casuística en materia de procesos de amparo por medio de un relevamiento cuantitativo en los registros provinciales (adjuntándose en apéndice los listados estadísticos brindados por la Suprema Corte de Justicia a través de sus dependencias específicas), para luego ahondar en la composición cualitativa en determinados juzgados y tribunales (fuero contencioso-administrativo platense) y en un período temporal acotado (año 2014), al no contar ya con estadísticas generales que brindaba antes el poder judicial provincial. De esta compulsa han surgido datos de interés para efectuar un mapeo de la actualidad del instituto en nuestro sistema judicial.

También se ha procedido a reforzar el trabajo de campo mediante entrevistas a magistrados y funcionarios actuales del fuero contencioso administrativo, defensores oficiales, integrantes de la consultorías gratuitas y abogados de la matrícula, todo ello para obtener de primera fuente la visión que sobre este proceso tan particular tienen los principales operadores jurídicos.

1) Un quantum deficiente: uso restringido de una herramienta fundamental

Durante el año 2014 se registró el inicio de menos dos mil amparos en todo el poder judicial bonaerense (más específicamente se iniciaron 1.968 demandas de amparo, según cuadro adjunto de la Secretaría de Planificación de la SCBA). En términos cuantitativos para una provincia de 16 millones de habitantes, ello importa una proporción de sólo 1 proceso de amparo cada 8 mil ciudadanos (1/8000). Además, analizando las estadísticas de hace veinte años, se advierte que apenas se ha duplicado el inicio de causas por esta vía, pese a que en el interín el instituto se ha constitucionalizado y su difusión pública ha sido exponencial, principalmente tras la experiencia masiva contra el corralito financiero de principios del siglo XXI.

La imagen que surge de este uso restringido es de una sub-utilización de esta herramienta fundamental, quizás por su desconocimiento específico de su naturaleza o quizás por desconfianza sobre su efectividad procesal, o la aparición de nuevas vías procesales más idóneas (como las instancias de defensa del consumidor o las acciones directas del fuero contencioso administrativo). Lo cierto, igualmente, el mero recorrido por barriadas

marginales del conurbano bonaerense o las villas de emergencia presentes en casi todas las localidades de la provincia, evidencian que derechos fundamentales manifiestamente postergados existen, y que ese sector tan relevante de nuestra población no accede a la protección jurisdiccional ni siquiera por esta vía constitucionalmente prevista para ello.

2) Lógica primacía en fueros tradicionales

Dado que el sistema de asignación rotativa y por sorteo dispuesto por la Suprema Corte bonaerense queda delimitado por el quantum de juzgados y tribunales de cada fuero, lógicamente son entonces los fueros civil y comercial (con casi el 40% de las radicaciones de nuevos amparos durante 2014) y penal (con un porcentaje apenas inferior), los mayores adjudicatarios de este tipo de acciones, correspondiendo sólo el 4,5% (apenas 90 casos) a la asignación a los juzgados contencioso-administrativos (ejemplo inevitable es la asignación a ese fuero de los nuevos amparos a nivel platense, con sólo 22 casos). Paradójicamente, de la búsqueda por muestreo de la naturaleza de los casos asignados a otros fueros, más del 50% de los casos de amparos hubiesen correspondido al fuero contencioso administrativo.

En este caso, se advierte que el conocimiento de requerimientos urgentes en materia de control de la actividad del Estado recae casi constantemente en jueces que no están acostumbrados a lidiar con el poder político, lo cual puede quizás explicar que la tasa de rechazos formales de los amparo sea tan alta en esos juzgados (estadísticas de rechazos in limine), a los cuales -como han reconocido *sotto voce* alguno de sus titulares- francamente incomoda este tipo de procesos y las decisiones a las que los somete. No es menor resaltar que el fuero penal (donde recaen más de un tercio de los amparos iniciados), suele ser campeón de las formalidades, como evidencia un muestreo de causas realizada en algunos de los juzgados de garantías y correccionales.

Valga como ejemplo lo acaecido en la causa N°17082 CCALP “BOHORQUEZ JORGE ANTONIO C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO” (14/4/2015), donde la Cámara Contencioso Administrativa platense debió revocar el rechazo liminar del amparo determinado por la Justicia de Responsabilidad Juvenil, que había considerado que la petición de protección sanitaria de un trabajador irregular del Estado provincial no pasaba el test de admisibilidad por marrar el tenor de sus pretensiones (indefinición del sector demandado, del conjunto de pretensiones, etc). La CCALP resaltó que esas imprecisiones en la demanda no pueden franquear el amparo al derecho de la salud y de la vida del accionante, por lo cual ordenó devolver las actuaciones al Juzgado de origen para que de curso al proceso de amparo.

Esta postura formalista de rechazar por defectos procesales un pedido jurisdiccional urgente, evidencia prima facie un desconocimiento del valor constitucional de esta herramienta y el temor reverencial a asumir una actitud contestataria frente al poder político que luego decidirá permanencias y/o ascensos en los cargos. Nuevamente se presenta el dilema práctico que ocasiona al justiciable el sistema centrífugo de asignación de competencias, pues sus chances de un análisis adecuado de la legitimidad de la pretensión constitucional urgente queda fuertemente condicionada por una asignación fortuita.

3) Unitarismo procesal: la preeminente radicación capital

De acuerdo a las cifras oficiales, uno de cada cuatro amparos en el 2014 fue iniciado en sólo uno de sus 19 departamentos judiciales: el de su capital, La Plata. Su índice cuantitativo se refleja en el inicio de 1 proceso de amparo cada 2.500 habitantes (tasa que multiplica por diez el mismo índice pero de los departamentos judiciales más poblados), cifra que se explica principalmente en el domicilio legal del demandado estrella, como lo es el Estado bonaerense en todas sus formas y el de sus organismos descentralizados. También quizás por ser el foro platense el de mayor índice de abogados por población (facilitando el conocimiento y el uso de esta herramienta procesal), y por la cercanía física de los tribunales.

Esta incidencia capitalina se potencia aún más en el análisis de la participación de su única Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo en la mitad del total de las causas ingresadas durante 2014. Nuevamente resaltamos: sólo dos jueces de alzada ordinaria -pues con ello basta para un fallo mayoritario- tienen imperio sobre más de la mitad de las causas constitucionales estratégicas que involucran al fisco provincial, con todo lo que ello importa, principalmente en cuanto al funcionamiento republicano del control judicial de la actividad estatal y la fijación de precedentes concretos respecto cuestiones políticamente sensibles (vale recordar que el acceso extraordinario a la Suprema Corte de Justicia, además de restringido por vallas formales, suele ser tardío para cuestiones urgentes).

La fuerte concentración de los amparos en sólo uno de sus casi 20 departamentos judiciales, sumado a la ya denunciada infla-utilización de una herramienta fundamental del control constitucional para una provincia tan vasta como poblada, habla a las luces de la necesidad de rediseñar el esquema procesal para que las bocas de acceso a la jurisdicción se descentralicen realmente y acerquen la Justicia constitucional a quienes más la precisan.

4) El podio del uso: amparo por cobertura sanitaria, lejos

Desgranando por naturaleza de las peticiones involucradas (y descartando liminarmente los amparos por mora administrativa -lamentablemente frecuentes ante la desidia estatal pero también ante los tan reiterados casos de “cajoneo” burocrático ante peticiones incómodas a la autoridad- pero que no constituyen específicamente procesos de amparo constitucional), debe resaltarse que indudablemente el podio de mayor cantidad de amparos lo ocupan en todos los fueros las acciones fundamentadas en el derecho constitucional a la salud, y principalmente destinadas a obtener un respaldo judicial para obtener una prestación sanitaria excepcional cuya cobertura liminarmente el sistema de salud (público o privado) le retacean o directamente le niegan. De tal forma, son este tipo de peticiones urgentes y de innegable relevancia las que copan mayormente el ámbito de los amparos, existiendo una tendencia profesional y hasta social ya instalada de utilizar la vía del amparo judicial para cuestionar toda denegatoria de obras sociales o ante el diagnóstico de una enfermedad de complejidad que posea un tratamiento marcadamente oneroso, dosis periódicas de medicación costosísima o gravosas intervenciones quirúrgicas.

De tal forma, es la Provincia de Buenos Aires (directamente o a través de su obra social para empleados estatales, IOMA) quien usualmente resulta demandada en una mayoría de este tipo de acciones, muchas de ellas motivadas lógicamente en una negativa lacónica y poco informativa para con ciudadanos o afiliados sumergidos en la natural desesperación de afrontar un desafío médico complejo y comúnmente inalcanzable desde lo económico. Pero también, en muchas otras, es demandado por reflejo y por la recepción mayormente favorable que este tipo de reclamos tiene ante un reclamo cautelar urgente y amparado en un derecho crítico como lo es el de la salud. Lo cierto es que, a tenor de lo expone usualmente la propia Provincia, buena parte de estas peticiones exceden la lógica de todo sistema de salud pública, y muchas veces -siempre dentro de la desesperación entendible pero no necesariamente válida de los urgidos- es improcedente, pues se peticionan tratamientos en ámbitos privados o en el extranjero que son compatiblemente ofrecidos en el ámbito local.

Es que, ante la reiteración de este tipo de planteos de naturaleza exclusivamente médico-sanitaria, quizás sea necesario crear una comisión administrativa previa de revisión de las decisiones finales de los sistemas de salud (público o privado) dentro del Ministerio de Salud provincial, por caso, para evitar que interpielen a la Justicia casos que perfectamente pudieron ser más rápidamente resueltos en el ámbito específico. Naturalmente habrá que analizar los plazos de respuesta y la eficiencia de ese sistema de revisión médica, pero para ello siempre estará el amparo constitucional.

Desde el mundo sanitarista se ha alertado sobre la inequidad que está provocando la permanente judicialización de toda cobertura prestacional, en tanto “no es saludable que las Obras Sociales se encuentren sometidas a exigencias judiciales que sobrepasan los objetivos y obligaciones para las cuales fueron estatuidas”, resultando “conveniente que la Justicia recurriera a otras instancias que ampliaran su campo de información para arribar a una decisión equilibrada entre los principios y las consecuencias de la justicia sanitaria”, correspondiendo que “el Estado enriqueciera normativamente y presupuestariamente las instancias que instaurasen conflictos de jurisdicción y responsabilidad prestacional”¹.

5) Doctrina legal: la revisión extraordinaria en la materia

La instancia suprema de revisión para este tipo de procesos sigue siendo muy limitada, puesto que históricamente SCBA no considera definitivas las sentencias de amparo como regla, con escasas excepciones principalmente fundadas en las particularidades de cada caso para el eventual replanteo de la cuestión justiciable (SCBA LP, Ac 61295, 1996; SCBA LP A 73604 RSI-208-15, 2015), debiendo destacarse que ha accedido a flexibilizar su criterio restrictivo cuando se trata de amparos relativos al derecho de salud (SCBA LP C, 114125, 2012, “Trinidad, Ismael c/Galeno Argentina S.A. s/Amparo”).

Es relevante también el reciente respaldo del principal tribunal bonaerense a la vía del

¹ Med. Liliana Ricciardi, Equilibrio distributivo de recursos en las Obras Sociales: cuando la Justicia Sanitaria puede desencadenar desigualdades. En línea en: revistamedicos.com.ar/numero35/pagina24.htm

amparo para cumplir con el recaudo del acceso a la información pública (garantizado por la ley 12.475), como herramienta para revisar el deber administrativo de dar publicidad a sus actos, principalmente reflejado en la denegatoria arbitraria a habilitar información pública a una ONG que indagó por la cantidad efectiva de días de clase brindados en un año escolar plagado de huelgas docentes (SCBA LP A 70571 RSD-400-14 S 29/12/2014, “Asociación por los Derechos Civiles c/ Dirección General de Cultura y Educación s/ Amparo”).

6) Una herramienta excluyente: origen socioeconómico de los planteos

Existen algunos números duros que permiten divisar el origen social de los planteos utilizados por la vía rápida del amparo: son muy escasos los iniciados en los distritos más populosos y con porcentaje de población más postergada. El ejemplo obligado es La Matanza, que con sus más de dos millones de habitantes con una innegable proporción bajo niveles de pobreza, apenas presentó 87 amparos, o sea una tasa de solo 1 proceso cada 23 mil habitantes (1/23000), tasa similar a la de Quilmes, Florencio Varela y Berazategui, con apenas 57 amparos para casi 1 millón y medio de habitantes. También es baja la incidencia del amparo en el departamento judicial de Lomas de Zamora que aunque eleva esa tasa a 1 amparo iniciado cada 15 mil habitantes (1/15000), siempre está muy lejano de las estadísticas de regiones menos pobladas pero más profesionalizadas (San Nicolás presenta una tasa de 1 amparo cada 5 mil habitantes, Azul presenta 101 amparos iniciados durante 2014, a razón de 1 cada 4 mil habitantes; Dolores baja esa tasa a 1 cada 3 mil habitantes, al igual que Mar del Plata).

La naturaleza de las cuestiones debatidas por el amparo también evidencian que no es la vía utilizada por sectores económica o socialmente postergados para dirimir sus conflictos: la composición social argentina (con un tercio de su población rondando la pobreza) no se refleja en la de los amparistas, que -de acuerdo a lo recabado en entrevistas con magistrados- son mayoritariamente ciudadanos con acceso franco a la justicia (clases medias y alta). Tampoco se respeta -como en casi ninguna estadística judicial- el escenario de conflictos que plantea la pobreza argentina. Así, por ejemplo, el mapa de consultas que reciben los consultorios gratuitos zonales ubicados en la periferia marginal platense (básicamente centrados en urgencias de regularización dominial, cuestiones de familia o abuso de la autoridad), no se traslada para ellos en la casi nunca lograda judicialización de dichas inquietudes, menos aún por la vía especialísima del amparo judicial para urgencias constitucionales.

Cabe señalar, como alerta estadístico, que en nuestra provincia la mayor cantidad de homicidios dolosos no son originados en ocasión de robo (como pareciera ser el temor generalizado con sólo hojear los periódicos del día), sino por irresueltas tensiones generadas por conflictos familiares, dominiales y vecinales no armonizados oportunamente por la jurisdicción. Esto no es para nada un dato menor: pareciera ser que facilitar un acceso oportuno a la jurisdicción a sectores amplios pero postergados socialmente podría ahorrar muchas más vidas (y fomentar la pacificación de la conflictividad latente que todos respiramos) que seguir apostando a poblar de policías las veredas bonaerenses...

7) La actualidad de los amparos colectivos

En su primer semestre de funcionamiento efectivo, el Registro aún no cuenta con una base de datos accesible públicamente (ni siquiera para magistrados a través del sistema Augusta de la SCBA), pero sí ha respondido satisfactoriamente al pedido de información que le hemos formalizado, de lo que da cuenta el informe anexo y que gráfica un tímido inicio del proceso de registro de procesos colectivos, dentro de los cuales sorprende que el amparo no sea la vía más abarcativa.

En este punto debe destacarse que, pese a su representación procesal promiscua y amplia generada por el propio texto constitucional, el Defensor del Pueblo bonaerense apenas ha utilizado esta vía (en el ya referido amparo por huelga docente): de su cuarto informe anual 2013/2014 obrante en su portal de internet se desprende claramente que esa resistencia a utilizar la vía judicial por parte de la Defensoría del Pueblo provincial obedeció principalmente a una toma de posición del primer funcionario designado, quien hizo explícito anteriormente el preferir la solución política de los conflictos a su judicialización: adviértase que los únicos amparos corresponden a acciones que no correspondía resolverse la CCALP (CAUSA N° 14760 CCALP “DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ O.S.E.C.A.C OBRA SOCIAL DE EMP. DE COM. Y EMP. AFINES S/ AMPARO, 12/9/13) por no comprenderse en revisiones de actos administrativos (art. 17 bis ley 13928).

Esta claro que en materia de amparos colectivos debiera propenderse la intervención obligada del Defensor del Pueblo (o de los Defensores Ciudadanos, en materia municipal), puesto que su rol constitucional como guardianes de los derechos de todos justifica su imperiosa presencia en procesos genéricos.

8) Una yapa: tratamiento en la prensa

Los medios periodísticos bonaerenses suelen visibilizar la relevancia pública de algunos conflictos que pretenden canalizarse por vía de amparos, principalmente cuando los mismos poseen una trascendencia social o involucran temas de sensibilidad pública.

Su visión de la intervención judicial en tales casos fluctúa entonces desde la objetividad del espectador (como ocurrió en la decisión judicial ante el amparo para el restablecimiento de las clases en las escuelas públicas bonaerenses), hasta la toma pública de posición respecto de una de las partes (en el reciente caso de la ocupación de terrenos en la localidad de Abasto, que derivara posteriormente en una norma de expropiación para la construcción de un barrio para los ocupantes), pasando por la intervención judicial del esquema provincial de salud pública ante sus condiciones indignantes. Referencia de casos:

- JCA 1 LP. *Intervención Judicial del Hospital Neuropsiquiátrico “Alejandro Korn” de Melchor Romero 31147- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) c/ Provincia de Buenos Aires sobre amparo*. La Plata, 27 de Noviembre de 2014.- Amparo colectivo con cautelar previa. En línea en: <http://www.telam.com.ar/movil/notas/201411/87039-la-justicia-intervino-neuropsiquiatrico-de-melchor-romero-por-denuncia-del-cels.html>; <http://www.otroscircuitos.com.ar/ordenan-al-gobierno-de-scioli-crear-un-servicio-publico-de-salud-mental/>

- Amparo por paro docente marzo 2014: *Defensor del pueblo de la Provincia de Buenos Aires contra Sindicato unificado de trabajadores de la Educación de Buenos Aires y otros s/amparo*. En trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 del Departamento Judicial de La Plata,. En línea en: www.telam.com.ar/movil/notas/201403/56254-la-defensoria-presento-un-amparo-por-el-conflicto-docente.html
- Judicialización de la ocupación de terrenos fiscales en Abasto (debe destacarse que se utilizó una vía administrativa supletoria al amparo constitucional). En línea en: <http://movil.eldia.com/la-ciudad/vence-el-plazo-legal-y-un-juez-busca-frenar-desalojo-en-abasto-54232>

IV.- El fuero contencioso-administrativo y el Estado demandado

Dentro del diagnóstico general de la actualidad del amparo en la provincia, es oportuno focalizar la realidad de esta herramienta dentro del todavía novel fuero contencioso-administrativo. Una recorrida por los escasos procesos de este tipo iniciados durante 2014 que fueron asignados por sorteo a los juzgados del foro (recordemos que menos de un 5% le corresponden por el quantum de órganos respecto a la inmensidad de los fueros preexistentes), se advierte una repetición de las escalas cualitativas contempladas en las estadísticas generales para la provincia, con clara predominancia de los amparos por cobertura sanitaria. En este punto es imperioso recalcar en la creciente utilización por los justiciables de vías alternativas que brinda el código contencioso administrativo local (pretensiones de revisión administrativa con cautelares previas, art. 25 CCABA), para asegurar la competencia específica y la intervención de jueces habituados a intervenir en conflictos con el aparato estatal.

Asimismo, realizando una suerte de tomografía axial de la actividad de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo platense durante el año 2014 (cuya actividad respecto a los amparos se magnifica por ser canal de revisión obligado en la mayoría de los casos), puede avizorarse que le ha tocado intervenir en cuestiones propias de la agenda política (al resolver por ejemplo el dictado de una medida precautelar en el conflicto docente que paralizó el inicio de clases, 22/3/2014, causa Nro. 22818 *Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/ Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de la provincia de Buenos Aires y otros s/ Amparo*), o al tratar la constitucionalidad de los ajustes tarifarios del servicio público de agua potable (causa N° 13419 CCALP *Negrelli Oscar Rodolfo y otro/a c/Poder Ejecutivo y otro/a sobre amparo* 22/12/2012).

En un apéndice final hemos volcado los principales casos resueltos el último año por la CCALP, donde se advertirá un favorable giro de respaldo a la utilización de esta vía excepcional, cuando hace una década (en el inicio de funcionamiento del fuero) era inversamente proporcional.

V.- La evolución del amparo constitucional: el nuevo carril de emergencias

Los apuntes reseñados de la actualidad del amparo en el mundo jurídico bonaerense (con particular detenimiento en el foro contencioso-administrativo), evidencian que esta garantía constitucional se encuentra en un marcado déficit operativo y conceptual. Primeramente, ahondando la efectividad de esta herramienta imprescindible, se advierte que -procesalmente- las necesidades ciudadanas actuales exigen un sistema de

contención más cercano, más dinámico y más inmediato incluso al previsto revolucionariamente en su momento por el amparo, pergeñado jurisprudencialmente hace ya más de medio siglo. Entiendo que las demandas sociales actuales, principalmente de sectores inmensos de la sociedad que están distanciados por motivos económicos, políticos y hasta culturales del acceso real al sistema judicial y que deben ser contemplados para reducir la conflictividad social y facilitar la integración de todo el juego social bajo un único reglamento. Proponemos entonces una agenda de reformas procesales y también culturales para permitir el cumplimiento acabado de un sistema de protección constitucional inmediato y efectivo.

a) Universalizar la “tutela judicial efectiva”: servicio de emergencias jurídicas

Partiendo de la premisa sobre que el sistema constitucional argentino jamás podrá considerarse en pleno funcionamiento hasta que todos los sectores de su población accedan a un canal posible de atención y respeto de sus derechos fundamentales vulnerados o ignorados, la consagrada revolución conceptual que hace medio siglo importó la irrupción del amparo sólo podrá ser completada en la medida que se universalice el conocimiento adecuado y oportuno de las urgencias constitucionales que puede y debe canalizar.

Y no estamos hablando aquí de una utópica -aunque naturalmente necesaria- difusión cultural de los contenidos de derecho constitucional por toda la población, para que conozcan sus herramientas y cómo utilizarlas. Mucho más práctico e inmediato será brindarles un canal efectivo para que oriente rápida y efectivamente sus denuncias.

Para ello podría generarse un sistema universal de captación de alerta constitucional que recepte y oriente a aquellas pretensiones dignas del inicio de un proceso de amparo constitucional -rescatando su esencia de herramienta extraordinaria ante violaciones constitucionales actuales o inminentes-. Con eso debiera descentralizarse al máximo el canal de llegada a toda la ciudadanía, mediante un esquema tecnológico de pre-atención con imperiosa supervisión de magistrados ad hoc, que permita -por fin- cumplir con la manda constitucional de la “tutela judicial efectiva”.

En este sentido, es hora de asimilar esquemas de contención de emergencias ya instalados como ocurre en materia sanitaria (urgencias médicas, teléfono 107) y de seguridad (el famoso servicio 911), mediante la creación y la universalización de un sistema de recepción de contingencias jurídicas y su inmediata resolución (en caso de urgencias constitucionales) o derivación adecuada a sistemas de contención y/o asesoramiento jurídico en el resto de los casos. Esto es mucho menos utópico de lo que liminarmente pudiera parecer: actualmente ya existen líneas permanentes y efectivas de atención para cuestiones jurídicas puntuales (a lo ya referido para delitos generales, se suman en determinados lugares los centros de atención a denuncias de violencia doméstica -línea 137-, de ayuda al niño -102-, de atención a los abusos policiales, de atención al suicida -135-, entre otros números de emergencias). Expandir el canal de ingreso de estas denuncias constitucionales a simples enlaces vía internet (actualmente de acceso casi universal en nuestra provincia a través de los teléfonos celulares) y por todo otro formato apto

y amigable con la modernidad tecnológica, facilitará la interacción con una ciudadanía actualmente lejana a la jurisdicción.

Este sistema continuo de “alerta constitucional” que se propone permitiría que operadores jurídicos permanentes puedan canalizar todas las denuncias de violaciones de derechos -con una visión mucho más amplia que la de las meras contingencias policiales- y faciliten a un magistrado supervisor toda cuestión constitucional que no admita demoras para que tome incluso medidas inmediatas de preservación y protección de derechos, generando en simultáneo el proceso judicial pertinente (amparo, por caso). Incluso, para casos donde la urgencia lo amerite, puede hasta preverse el traslado de la jurisdicción al sitio de denunciante (una suerte de tribunal a domicilio) para verificar la legitimidad del reclamo constitucional y brindar una respuesta oportuna.

Este nuevo sistema universal de contención jurídica inmediata importará necesariamente una apuesta estatal definitiva a velar por la redistribución jurídica de valores constitucionales, a armonizar el quiebre social entre sectores y a facilitar un esquema de justicia accesible virtualmente sólo para los que menos necesidades padecen.

b) Liberar todos los requisitos formales de inicio

En el principal fallo histórico argentino (el caso “Ángel Siri” de 1957), la Corte Federal rompió el molde previo y revolucionó el tradicional apego al quietismo de nuestro mundo jurídico, al interpretar que “los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho **e imponen a los jueces el deber de asegurarlas**”.

Desde aquél fallo señero que cuestionó a todos los tribunales ordinarios precedentes que omitieron la cobertura inmediata de un derecho constitucional manifiestamente vulnerado bajo exigencias formales ciertas pero inoponibles a la urgencia de lo importante (urgencia+importancia), todo lo que se ha hecho legislativa y judicialmente pareciera estar destinado a construir nuevos requisitos rituales para acceder a la tutela judicial inmediata. Es hora entonces de rescatar nuevamente la esencia de la doctrina del fallo “Siri” y proclamar -y exigir- se liberen todos los recaudos procesales para la procedencia realmente expedita de toda denuncia de incumplimiento constitucional manifiesto, entendiendo por fin que el formato de la petición no puede nunca condicionar la relevancia de su contenido, al cual el juez recepcionante deberá necesariamente encauzar. Eso necesariamente se desprende de la doctrina legal vigente en nuestro medio, en tanto “los recaudos procesales tienen por fin cuidar ciertas exigencias de orden externo, pero no para que los derechos se vean vulnerados sino -por el contrario- para que su realización resulte en todos los casos favorecida. De otro modo ese orden deviene en ritualismo, es decir, en una forma vacía de contenido ético y no debe olvidarse que el derecho no es una forma: es un contenido” (SCBA LP Rc 119134 I 24/09/2014).

Así, deberá establecerse expresamente que NO es obligatorio patrocinio jurídico alguno para denunciar una violación constitucional manifiesta, bastando la simple presentación de un reclamante que mínimamente explice su urgencia ante un juzgado (por escrito, oral o telefónicamente, etc), para que el magistrado a cargo sea quien deba recepcionar

y encauzar su denuncia, decretando él mismo las formalidades inmediatas del caso, como sea que urgentemente sea asesorado -en forma gratuita- por el defensor oficial (y al Defensor del Pueblo, en caso de ser un reclamo de alcance colectivo), además de dictar en su caso las medidas precautorias de preservación de derechos que correspondan. Es que en el amparo, a diferencia de otro tipo de procesos donde debe reinar la bilateralidad, es necesario imponer la actuación de oficio, como la que rige -o debiera regir- en todo proceso penal. La denuncia de una violación flagrante de un derecho constitucional no puede sino generar un involucramiento de la autoridad judicial que determine un estado de situación que debe ser superado, pues no solo está en juego la denuncia del amparista, sino la vigencia del propio estado de Derecho como tal.

Claro que será el magistrado quien deba liminarmente diferenciar el tipo de denuncia para visualizar si en el caso se da un supuesto de flagrancia o inminencia de violación constitucional digno de un proceso de amparo, o deberá derivar su atención por canales ordinarios (nunca ordenando el archivo directo). También deberá sancionarse el abuso de esta vía institucional por denunciantes temerarios o notoriamente tergiversadores de hechos. Pero la apertura total de las formas de inicio del amparo y la imposición de su impulso oficioso brindarán al mismo finalmente la funcionalidad para el cual fue erigido como herramienta constitucional de protección inmediata y efectiva del imperio constitucional.

Por ello, en lugar de generar un código procesal del amparo, es imperioso reformularlo en un esquema procedimental simplísimo, un protocolo básico y elemental de actuación, de redacción mínima e interpretación unívoca.

c) Empoderar al juez del amparo

De entrevistas mantenidas con funcionarios judiciales consultados, fueron varios los que refirieron a diversos supuestos de incomodidad provocados por su competencia asignada para resolver asuntos álgidos con el poder político (intervenir en un proceso licitatorio de obra pública, o en el desarrollo electoral en un conocido sindicato, por caso), lo cual había fomentado un análisis formal meticuloso para evadir una situación de figuración indeseada, y hasta el rechazo in límine de la pretensión molesta. Estas confesiones evidencian desde lo objetivo, superando una visión crítica subjetiva inicial, un síntoma innegable a la luz de buena parte de los casos institucionalmente relevados: los casos institucionalmente relevantes traídos a la justicia suelen causar urticaria a los juzgados menos acostumbrados a enfrentarse a la autoridad.

Puede así sostenerse que el conocimiento pleno de la relevancia estratégica del amparo es la mejor forma de evitar que los magistrados ordinarios sigan incomodándose con su competencia sorteada para tramitar procesos de amparo que los enfrenten directamente al poder político o económico, fomentando una actitud reticente (y en el fondo temerosa) para cumplir con el mandato de tutela constitucional indiferente a la condición de las partes, es necesario dotarlos de responsabilidades concretas que los alejen de las represalias del poder. Dotarlos de un examen uniforme de admisibilidad (triage) y brindar un protocolo simple que obligue a evitar las formas como excusa de decisiones jurisdiccionales oportunas.

Es importante para ello destacar que el juez al que le corresponde tramitar un amparo constitucional no es un lejano árbitro sentado en una elevada silla distante de las partes para impartir criterios en un juego bilateral. En un proceso especial y siempre de interés institucional como es el amparo, el juez debe ser necesariamente un personaje central de esta película en la que se pone en jaque el imperio mismo de la norma fundamental del sistema político del país, haciendo inicialmente también de fiscal para impulsar y eventualmente reencauzar pretensiones inicialmente viables aunque defectuosas. Debiera ser más enfática la norma procesal en este sentido, descartando la opción liviana (y frecuentemente utilizada) del rechazo liminar por cuestiones formales, estableciendo la obligación del magistrado de reencaminar la pretensión defectuosa, o en el peor de los casos de derivarla al tipo de proceso pertinente, mas nunca descartarla.

También sería vital una jurisprudencia más enfática en los modos para analizar las pretensiones de amparo (lo cual podría lograrse mediante una especialización mediante una instancia de casación constitucional), como lo fue en su momento la doctrina “Siri” cuya esencia fue una evidente autocrítica al sistema judicial formalista que olvidaba su rol principal de guardián de la Constitución, más allá de rútilos y ritos. En este sentido, de mantenerse un esquema difuso de asignación de amparos, inevitablemente deberá capacitarse a los magistrados para resaltar las diferencias estructurales que tiene este proceso constitucional y fomentar una actitud mucho más proactiva que en el resto de los procesos usualmente competentes de cada fuero. También debiera establecerse un sistema de monitoreo particular sobre los amparos constitucionales (atento la relevancia de su existencia) para extraer conclusiones tendientes a facilitar su recepción.

d) Uniformar el examen de la emergencia: hacia un triage constitucional

Se ha expuesto la necesidad de evitar la ordinarización del amparo por medio de su utilización masiva para temáticas ordinarias, pero a la vez incurrir en el cómodo recurso del rechazo formal sistemático, y para ello debiera utilizarse un examen liminar objetivo análogo al de la técnica médica emergentológica: el procedimiento de *triage*.

Este ha sido definido médicamente con ese vocablo francés que significa clasificar o elegir, y constituye el proceso con el que se selecciona a las personas a partir de su necesidad de recibir tratamiento médico inmediato cuando los recursos disponibles son limitados, estableciendo por medio de un protocolo rápido un esquema de prioridades para la atención de acuerdo a la gravedad de los síntomas.

Dentro de la analogía propuesta para el caso de las emergencias jurídicas (ello atiende exactamente el amparo constitucional), es válida la ayuda que nos brinda el jefe de guardia de uno de los principales de los principales hospitales argentinos para graficar violentamente la relevancia de ser metódicos en el uso y la interpretación del amparo como herramienta excepcional pero única eficiente para salvaguardar derechos de primer orden en riesgo manifiesto (En línea en: [//ar.selecciones.com/contenido/a1102_50-secreto-de-la-sala-de-guardia](http://ar.selecciones.com/contenido/a1102_50-secreto-de-la-sala-de-guardia))

Una forma rápida de categorizar el riesgo de la consulta del paciente es a través del triage, un sistema muy intuitivo que no busca realizar un diagnóstico. Y ante la duda, le damos a esta categorización un nivel de gravedad superior; es decir, considera siempre la posibi-

lidad de la equivocación a favor del paciente” (Hugo Peralta, especialista en emergencias, Hospital Italiano, Buenos Aires)

De igual forma deberá el primer juez del amparo clasificar rápidamente si en la pretensión bajo su análisis inicial se encuentra comprendida una denuncia de violación manifiesta o inminente de un derecho constitucional, como la prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional o 20.2 de la provincial, para brindarle entonces el procedimiento de atención preferente y expedito del amparo, o derivarla a un proceso no prioritario y prima facie específico, pero siempre con preferencia en la oportuna protección del pretense amparista.

Es por ello que la sintomatología del triage constitucional que debe realizarse la prescribe nuestro constituyente:

1º) Flagrancia: se configura en el caso una violación jurídica manifiesta o el peligro inminente?

2º) Importancia: el bien jurídico tutelado por la denuncia constituye un derecho legítimo del denunciante o una prerrogativa cívica de interés general?

3º) Emergencia: finalmente, el imperio constitucional podría ciertamente perderse de derivarse la petición jurisdiccional a otros canales ordinarios?

La respuesta positiva a estos tres puntos validaría automáticamente la procedencia del amparo iniciado. Este examen liminar tiende a reforzar la idea fuerza de un amparo constitucional que sólo debe utilizarse para emergencias jurídicas importantes, por lo que es misión del juez atender en forma inmediata a este testeo liminar de la relevancia, la flagrancia y la urgencia de la denuncia traída, para canalizarla de inmediato por esta vía especial o derivarla a otras ordinarias.

e) Creación de un Tribunal de Casación Constitucional (explícito)

Dentro del esquema de especialidad y excepcionalidad que merece el amparo, pareciera conveniente consolidar una instancia también diferenciada para la atención de recursos y planteos impugnatorios que contenga la gravedad jurídica y las consecuencias institucionales que toda decisión en este tipo de procesos (mayormente contra el Estado, como históricamente ha sido) siempre entrañan.

Para ello debiera dejarse de lado la unificación fáctica solapada en un tribunal de alzada ordinario, como ocurre con el ya referido artículo 19 de la ley 13.928, y crear una instancia especial de casación constitucional, con jueces evaluados y designados para tal fin particular y relevante, y con funciones de revisión oportuna tanto de recursos en todos los amparos.

En un esquema de casación judicial por materia similar al ya aplicado para el fuero penal, la instancia aportaría especialidad a un campo de relevancia institucional innegable y permitiría unificar criterios en la variedad de todos los juzgados y tribunales de primera instancia bonaerenses, todo ello sin perjuicio de los escasos planteos que puedan merecer una revisión extraordinaria final ante la Suprema Corte de Justicia provincial.

f) Abordar el tema médico: erigir un Consejo Provincial de Medicina Compleja

Como ya se ha visto, las estadísticas bonaerenses sobre amparos iniciados (lo cual pareciera también repetirse en el ámbito federal) evidencian un absoluto predominio de las

impugnaciones al sistema sanitario para cubrir intervenciones o tratamientos onerosos como la causa principal de inicio de procesos de amparo constitucional. Esto enrostra necesariamente un síntoma relativo a la insuficiencia de los mecanismos de revisión (y de información) existentes en el sistema de salud pública y privada para con los pacientes y sus familias. Pareciera conveniente operar sobre esa causa puntual, no ya para descomprimir la vía recurrente para esos temas del amparo constitucional, sino ya para brindar una solución adecuada a un problema focalizado, lo cual podría materializarse mediante la creación normativa de una instancia técnico-administrativa inmediata que revise las decisiones médicas finales respecto a tratamientos médicos complejos y/o decisiones de las obras sociales o aseguradoras de salud relativas a prestaciones requeridas para con sus afiliados.

Los magistrados entrevistados para este trabajo coincidieron en señalar no sólo la cantidad de este tipo de peticiones que llegaban por vía de amparo (o pretensiones cautelares autónomas), sino a las limitaciones técnicas que tienen para discernir médicamente la legitimidad de la denuncia, lo cual siempre obligaba a que formaran un criterio científico ligero sobre materias claramente ajenas al dominio de un juez abogado, o a la necesaria intervención de un perito médico para asesorar sobre lo decidido por las instancias hospitalarias previas.

Ante ello, la creación reglamentaria de un consejo técnico-médico que pueda analizar, verificar y resolver prontamente sobre pretensiones de revisión de denegatorias iniciales podría racionalizar las denegatorias iniciales sobre materias siempre tan urgentes como ignotas para la mayoría de los pacientes. La ignorancia que rodea frecuentemente a las decisiones médicas, sumadas a las consecuencias que las mismas pueden acarrear directamente a la vida de los involucrados, amerita dotar de instancias previas a la judicial para fiscalizar el correcto tratamiento sugerido. Racionalizar e informar adecuadamente sobre la mejor respuesta sanitaria indudablemente posibilitará reducir la litigiosidad en este rubro, además de permitir dirimir en el ámbito adecuado y en tiempo real las consultas y disensos que en esencia son estrictamente médicos.

La conformación de este Consejo Provincial de Medicina Compleja debiera respetar necesariamente prestigiosos profesionales de las especialidades más habituales, y al menos un secretario letrado para brindar dinamismo y oportunidad a respuestas finales que deberán estar estipuladas en plazos mínimos, para evitar que se torne una instancia inoperativa por letargo en una materia donde hasta lo urgente suele ser tardío.

VI.- Colofón: A mitad de camino

Se ha intentado elaborar un diagnóstico de la realidad contemporánea del instituto de amparo constitucional en función a datos concretos y a aportes subjetivos de sus operadores jurídicos cotidianos, principalmente con foco en el fuero contencioso-administrativo, resultando de este trabajo algunas conclusiones que pretenden sugerir una evolución de la garantía constitucional por antonomasia.

Primeramente se ha verificado que el amparo se usa poco en el ámbito bonaerense y, dentro de esa escasez instrumental, además se utiliza concentrado en el distrito capital, mayoritariamente en los fueros tradicionales (civil y penal) y principalmente para una

materia específica (revisión de cobertura sanitaria) que debiera abordarse más eficiente y autónomamente por medio de una instancia técnico-administrativa previa.

También se constata que tras la ecuménica dispersión de amparos diseñada para la primera instancia, se configura en los hechos la existencia de una cámara de control de constitucionalidad virtualmente única (la contencioso-administrativa platense), que por vía de reenvíos periféricos termina concentrando en solo dos jueces de alzada ordinarios la casación de todos los temas urgentes relacionados a la actividad estatal (provincial o municipal). Se ha ponderado que -máxime en materia de la principal garantía de derechos- es imperioso legitimar y transparentar esta situación, generando una instancia de casación constitucional explícita, con magistrados designados especialmente para esa tarea, y que concentre una mirada especializada y pronta en temas de máximo interés institucional.

Pero el principal acento del presente trabajo lo configura la patente denuncia sobre la limitada accesibilidad a la justicia respecto a la mayor parte de los conflictos jurídicos patentes que tiene una inmensa proporción de la sociedad argentina (y bonaerense en particular). El amparo no se presenta para sectores sociales postergados (los alejados, los pobres o los legos) como una herramienta visible ni apta para requerir una intervención judicial inmediata ante urgencias constitucionales (derechos fundamentales manifestamente vulnerados, prestaciones estatales mínimas ausentes, etc.).

En este sentido, se proclama la necesidad de revolucionar la relación de la justicia con esa parte enorme de la sociedad (hoy fácticamente excluidos de la solución racional de sus problemas constitucionales), aprovechando los nuevos canales tecnológicos para brindar un sistema de alerta temprana de denuncias jurídicas (un 911 jurídico) donde puedan brindarse medidas urgentes inmediatas y derivarse los casos que tipifiquen en el proceso de amparo liberando de requisitos y formalidades (como el patrocinio letrado obligatorio, la modalidad escrita de la demanda inicial, etc.), y permitiendo una reacción liminar pronta, sin perjuicio del posterior asesoramiento letrado oficioso que se brinde al amparista para modelar su demanda.

Dentro de la reinención del instituto central de la constitucionalidad que ha caído en una pendiente de utilización, se ha destacado la necesidad de simplificar el análisis liminar de su procedencia por medio de un protocolo de *triage* constitucional, para tipificar unívocamente los recaudos específicos de este instituto. Claro que reforzar la responsabilidad y el imperio judicial que involucran este tipo de acciones mediante la capacitación constante de los jueces para involucrarlos en la que debiera ser su función más relevante (la defensa de la vigencia real y concreta de la Constitución), evitando temores y ritualismos, constituirá un empoderamiento de la potestad judicial.

Pero, en definitiva, es el llamado a abandonar formalismos para convertir al proceso de amparo constitucional en el canal expedito y eficiente frente a toda alerta temprana de un conflicto constitucional patente que motivó su irrupción revolucionaria en el mundo jurídico argentino hace casi 60 años, y que hoy precisa que se resignifique mediante su ofrecimiento a sectores argentinos postergados que precisan de la necesaria integración al sistema constitucional mediante la intervención (real o potencial) de la justicia para

alertar al Estado de sus urgencias ineludibles. En la medida que el amparo se constituya en el abrazo constitucional a los más débiles, el abrigo de nuestra Carta Magna llegará a todos los argentinos.

Julian Portela

Profesor Adjunto de Derecho Constitucional (Comisión 10) - FCJS UNLP

Apéndice de jurisprudencia CCALP

1) Amparos relativos al derecho de salud:

CAUSA N° 17060 CCALP “DI TOMASO JACQUELINE VANESA C/ OSDE ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS S/ AMPARO” (14/4/15), se confirma fallo del JCA 1 LZ que hizo lugar al amparo peticionado para ordenar al sistema médico privado de un menor respecto de un tratamiento terapéutico determinado.

CAUSA N° 17059 CCALP “SCHNACK ENRIQUE JORGE C/ I.O.M.A. INSTITUTO DE OBRA MEDICA ASISTENCIAL S/AMPARO” (9/4/15), confirmando medida cautelar decretada por el TTrabajo 3 LP en el marco de un amparo para obtener un tratamiento especial de radioterapia que la obra social estatal no considera cubierta por la misma. CAUSA N° 16434 CCALP “SAN MARTIN ELBA NORA C/ IOMA- INSTITUTO OBRA MEDICO ASISTENCIAL S/AMPARO (28/10/14), donde también confirma adecuada la orden impuesta por el JCC 9 LP para que el sistema estatal de salud cubra una prestación médica que resistía por excesivamente gravosa. EXISTEN DECENAS DE FALLOS SIMILARES ORDENANDO COBERTURAS CONTRA EL IOMA Y OTROS TANTOS CONTRA OBRAS SOCIALES Y SEGUROS PRIVADOS.

CAUSA N° 14916 CCALP “TABAREZ CELIA SOLEDAD y otro/a C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES y otro/a S/AMPARO” (31/10/13): confirmó el fallo cautelar del TT4 LP que había reconocido el derecho de la amparista a lograr cobertura integral de la Obra Social estatal bonaerense (IOMA) en un tratamiento de fertilización asistida. Sólido antecedente a la posterior la ley general bonaerense de cobertura estatal en la materias.

2) Amparo derechos de trabajadores:

CAUSA N° 16462 CCALP “DAGNINO MARIA ISABEL C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/AMPARO” (4/11/2014): Revoca fallo de JCC 27 LP que desestimó formalmente por extemporánea pretensión amparista interpuesta contra determinación de la Dirección Gral de Escuelas PBA de imposibilitar continuación de ejercicio docente de una persona por edad avanzada. Similar resolución en CAUSA N° 15413 CCALP “CANTO ALDO HECTOR C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/ AMPARO” (3/4/14), al revocar fallo del JCC 7 LP por idéntica objeción liminar y materia de fondo, resaltando también el equívoco de contar los plazos de caducidad del amparo no como “hábles judiciales” como corresponde. CAUSA N° 16107 CCALP “JUNGES, JULIA C/ MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO” (31/3/15), se revoca el fallo del JCriminal 8 LZ, que había convalidado la reglamentación del Miniserio de Salud que obligaba a la exigencia de carta de ciudadanía a una médica que venía desempeñándose hacía años en un nosocomio público bonaerense. Para la CCALP, dicho recaudo reglamen-

tario es inaplicable por inconstitucional al ser repugnante a la veda de discriminación por nacionalidad.

CAUSA N° 16213 CCALP “LEUZZI NATALIO DOMINGO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/AMPARO” (23/09/14), confirma rechazo in limine del JCC 18 LP de pretensión de amparo que cuestionó la postergación del despacho de su pedido de pase a retiro activo mientras dure la emergencia en materia de seguridad provincial. Limitó la extensión de costas.

CAUSA N° 16786 CCALP “DEL DAGO ROCIO C/ MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO” (12/2/15), se confirma rechazo del JGarantías 4 LP del pedido cautelar de la amparista de designación en un cargo penitenciario para el cual estaba postulada y cuya demora en resolución la haría excederse en el límite de edad estatutaria para acceder a él. CAUSA N° 14741 CCALP “ROJAS EBERT MARTIN C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO” (12/9/13) al revocar cautelar del TCriminal 1 LP que había ordenado el pago de haberes durante la tramitación de una impugnación de sanción administrativa;

CAUSA N° 14323 CCALP “ZANIN MILISA KARINA C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/AMPARO” (25/6/13), revocó mayormente la orden del JFamilia 1 LP al Estado provincial de incorporar a planta laboral a una persona con una discapacidad que aguardaba desde hacía años tras su registro en el sistema de colocación laboral selectiva para personas con discapacidad (SECLAS).

3) Cuestiones políticas

CAUSA N° 16470 CCALP “MUNICIPALIDAD DE TIGRE C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO POR MORA” (16/12/14), donde se confirmó el carácter abstracto determinado por el JCA 1 LP respecto a la pretensión de amparo por mora (art 76 CPCA) para obtener el acogimiento de obras hidráulicas pendientes en un municipio de manifiesto carácter opositor al oficialismo provincial. La Cámara evita profundizar sobre el análisis de alguna resistencia ideológica infundada, ante las circunstancias de algún tipo de respuesta, sin evaluar su efectividad.

4) Revisiones administrativas:

CAUSA N° 15241 CCALP “TEIXEIRA DE MOURA MARIA ADELAIDA C/ MUNICIPALIDAD DE LA PLATA S/AMPARO” (16/12/14), confirmando JCA 3 LP de rechazar el amparo pretendido por la actora para que se revise urgentemente la revocación de tres licencias de taxis de su propiedad por irregularidades, fundamentando el rechazo en el carácter subsidiario del trámite procesal del amparo (art.20 inc. 2 CPBA y art.2 ley 13.928; t. seg. ley 14.192) que exige, de manera inequívoca, la justificación de la ineficacia del sistema procesal en su conjunto para dar respuesta al objeto perseguido.

CAUSA N° 16572 CCALP “BENEDETTI HECTOR OMAR C/ MUNICIPALIDAD DE LA PLATA S/ AMPARO” (18/11/14), confirmando rechazo de amparo del JCorreccional 3LP, destinado a revisar la denegatoria de renovación de licencia de conducir a quien cuenta con antecedentes penales.

CAUSA N° 14331 CCALP “MASI NICOLAS ALBERTO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/ AMPARO” (18/6/13), se confirmó el rechazo

in limine del JCC 20 LP respecto a una acción interpuesta por un policía para impugnar una resolución del Ministerio de Seguridad PBA que dispuso inhibir el uso de elementos disuasivos (principalmente balas de goma) en el personal afectado a espectáculos futbolísticos, por exponer al personal policial al riesgo respecto a violentos. El argumento del rechazo fue la escasa identificación de la resolución impugnada y de los argumentos expuestos.

5) Servicios públicos:

CAUSA Nº 14241-M CCALP “ANAGRAFE ROLANDO C/ ABSA S/ AMPARO” (11/11/14), revoca la sentencia del JGarantias del Joven LP, que denegó la solicitud del amparista, haciendo lugar parcialmente al pedido del actor de que la prestataria del servicio de agua y cloacas restituya el servicio suspendido al actor por falta de pago y evalúe sus recaudos para acceder a una tarifa de tipo social.

CAUSA Nº 15952 CCALP “NAZAR MIGUEL ANGEL C/ AGUAS BONAERENSES S.A. Y OTRO/A S/AMPARO” (12/8/14), en este caso, en cambio, justificó la potestad de la prestataria de reducir (no cortar totalmente) el servicio a un cliente que no mostró ni voluntad de pago ni imposibilidad manifiesta del mismo, revocando un fallo del TTrabajo 4 LP.

6) Acceso a la información pública:

CAUSA Nº 16655 CCALP “ASOCIACION INQUIETUDES CIUDADANAS C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO” (9/12/2014): Confirma fallo de JCA 2 LP sobre pedido de información ambiental (ley 25831) sobre datos actuales del Registro Provincial de Urbanizaciones Privadas.

7) Amparos ambientales:

CAUSA Nº 15895 CCALP “ZOOLOGICO DE FLORENCIO VARELA S.A C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/AMPARO” (15/7/14), confirma el rechazo in limine del JCC 4 LP, por el cual la firma explotadora del zoológico reclama se garantice el libre acceso al mismo respecto de bloqueos y piquetes de ONGs ambientalistas. El rechazo se fundamenta principalmente en la ausencia de acreditación de extremos para evitar vías ordinarias.

8) Cuestiones tributarias y fiscales

CAUSA Nº 16400 CCALP “PACHO ALBERTO CRISTIAN C/ ARBA (FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES) Y OTRO/A S/AMPARO” (11/11/2014): confirmó sentencia receptora del amparo dictada por JCC 9 LP, que determinó la inaplicabilidad al caso tanto para la norma del artículo 13 bis del Código Fiscal –actual art. 14, Cód. Fiscal, conf. texto Res. M.E. 39/11-, como para las disposiciones normativas serie “B” nº 49/07 y nº 61/07, hizo lugar a la acción de amparo promovida y dejó sin efecto las medidas dispuestas por la autoridad administrativa -ARBA- en aplicación de esos reglamentos, determinando, asimismo, la libre disponibilidad de la suma retenida por un tercero deudor del actor;

CAUSA Nº 16693 CCALP “BANCO DE SERVICIOS Y TRANSACCIONES S.A C/ MUNICIPALIDAD DE LOMAS DE ZAMORA S/ AMPARO” (11/12/14), confirma el rechazo in limine formulado por el TribOralCriminal 6 LZ respecto a un pedido de

revisión realizado por una firma por un proceso de fiscalización impositiva respecto a la obligación fiscal correspondiente a la Tasa de Salud, Seguridad e Higiene, Publicidad y Propaganda, Ocupación y Servicios Varios, principalmente por no haberse agotado las vías de revisión contencioso administrativas que se consideran aptas.

9) Cuestiones procedimentales

CAUSA N° 16236 CCALP “RODRIGUEZ MIGUEL ANGEL C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/AMPARO” (25/9/14): rechazó la elevación que había realizado el JCC 27 LP por cuestiones ajenas al art. 17bis de ley 13928 (en el caso, una recusación);

CAUSA N° 15882 CCALP “GALLE DANIEL C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/AMPARO” (8/7/2014), confirma el pronunciamiento del JFamilia 3 LP que denegó formalmente la procedencia de un amparo destinado a revisar otra decisión judicial -esquivando la garantía del juez natural- tratándose de una denegatoria (en el marco de un proceso judicial penal) de obtener grabaciones de las audiencias por parte de un particular damnificado;

CAUSA N° 14863 CCALP “ARBUATTI MARCELO DANIEL C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO S/ AMPARO”(10/10/13), confirma el rechazo in limine del JRespJuv 1 LP respecto a la pretensión de lograr la revocación judicial por vía de amparo de infracciones de tránsito que juzga ilegalmente decretadas y que impiden su renovación de la licencia de conducir. Se cuestiona particularmente la unificación por una vía excepcional de la impugnación de múltiples infracciones viales que pueden ser cuestionadas en vías ordinarias.

CAUSA N° 14836 CCALP “MELGAR EDUARDO JOSE MARIA C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES y otro/a S/AMPARO” (01/10/13), la CCALP revoca fallo del JCC 5 LP que había hecho lugar a la acción de amparo para lograr el pago de haberes adeudados hasta la sanción expulsiva; considera para ello la existencia de mejores vías indemnizatorias que el amparo.

CAUSA N° 15822 CCALP “CONRAD MARCELO LUIS C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/AMPARO (11/12/14): Se revocó fallo de JCC 27 LP que había receptado el reclamo amparista de lograr un subsidio especial previsto para agentes de seguridad heridos en servicio (ley 13.985) pese a que se tramitaba a la vez una acción laboral de indemnización integral. La CCALP entendió que el actor no evidenció en su demanda la contundencia de su postura reclamante ni la inoperatividad de vías alternativas.

CAUSA N° 15388 CCALP “RICCILLO PABLO MIGUEL C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/ AMPARO” (29/4/14), respecto al RIL intentado, determinó que en materia de amparo, en principio, no son susceptibles de recursos extraordinarios por no revestir el carácter de definitivas en los términos de los arts. 278 y conchs. del C.P.C.C.(doctr. S.C.B.A. Ac. 34687, “Molledo”, res. del 12-2-91; Ac. 49992, “Rovere”, res. 14-6-94; Ac. 64266 “Ostrowski”, res. del 1-10-96, Ac. 90299, res. del 31-3-04, arts. 278, 281 inc. 1°, C.P.C.C., 25 de la Ley N° 13.928).

10) Prestaciones del Estado

CAUSA Nº 15373 CCALP “MONTIEL CINTIA ANABELA C/ MUNICIPALIDAD DE SAN VICENTE S/ AMPARO” (13/5/14), confirma fallo del TTrabajo 4 LP que hizo lugar al amparo ordenando al Municipio que cubra necesidades alimenticias y médicas especiales a una niña de dos años. La CCALP recordó que la cuestión de autos, de índole social asistencial y, por ende, de compromiso a los derechos humanos, en relación a un caso concreto presenta semejanza con los tratados en las causas “Arce” (Nº 11.525, sent. del 1-III-11), “Correa” (Nº 12.373, sent. del 10-XI-11), de consuno con la inteligencia que ha guiado varios fallos de la Suprema Corte provincial sobre temas análogos (conf. causas A.70.717, “Portillo”, sent. del 14-VI-10; A.70.738, “Cruz”, sent. del 14-VII-10).

CAUSA Nº 14139 CCALP “CORREA STELLA MARIS C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO (21/5/13): se hace lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora (que padece neuropatía hereditaria) respecto del rechazo dictado por el JCC 27 LP, y por ende condenando al Fisco a expedirse concretamente acerca del reclamo de la amparista, puntualizando, en su caso, los óbices y/o las medidas factibles que, en el marco del régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas. Todo ello en el marco de la doctrina amparista bonaerense respecto a que “el acceso a la justicia en amparo de beneficios enmarcados en el ámbito de la asistencia social, u otros inherentes a los denominados derechos sociales, económicos y culturales, no inhibe la intervención de los jueces bajo la mira de tratarse de situaciones que sólo podrían ser atendidas por los otros poderes estatales, sino que, antes bien y al contrario, el caso concreto suscita el ejercicio de esta función” (conf. arts. 15, 20 inc. 2º, 36 y concs., Const. Prov.; arts. 18, 75 incs. 22º y 23º, 116 y concs. Const. Nac.; CSJN causa R-1148.XLI, “Rodríguez”, sent. 7-III-05; en sentido análogo, SCBA Ac. 98.260, sent. 12-VII-

Dilemas e incidencias de la cosa juzgada expansiva en clave de efectividad de los Procesos Colectivos en Argentina

Por Diego Exequiel Valenzuela

I).- Introducción

Es sabido que la realidad social se desarrolla a una velocidad asombrosa, máxime en los últimos tiempos a raíz de los desarrollos tecnológicos, lo que ha conllevado a configurar una especie de utopía para los ordenamientos jurídicos clásicos, que pretenden acompañar esos hechos. En este marco es que aparecen en escena los denominados Procesos Colectivos -los que especialmente a raíz de diversos sucesos de notoria trascendencia social- han generado un despertar acerca de su necesidad de regulación y de los distintos aspectos que los constituyen, en contraposición con los tradicionales procesos individuales o litisconsorciales.

El foco de análisis se centrará sobre el último eslabón de la cadena constitutivo del proceso judicial, es decir, la sentencia y el grado de alcance que se le haya adjudicado, en relación a los sujetos representados o no en el marco de un litigio colectivo, y asimismo, como ello incide en mayor o menor medida, en una adecuada protección de los derechos y garantías en juego y su correspondiente eficacia como instrumento de justicia.

En relación a ello, se ponderará principalmente, lo resuelto en el caso “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (Expte. N° FLP 8399/2016/CS1), por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), la cual por unanimidad, decidió confirmar parcialmente la sentencia apelada, y declarar la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 emitidas por el Ministerio de Energía y Minería de la Nación (en lo sucesivo, MINE), delimitando los alcances de su decisión al colectivo de usuarios residenciales, por considerar que no se encuentra plenamente justificado, una afectación al acceso a la justicia para los usuarios “no residenciales” del servicio de gas, por los cuales la parte actora se arrogaba su representación colectiva.

Esta última referencia, será motivo ineludible de tratamiento, máxime cuando se comprende que tal decisión corrompe el verdadero sentido y finalidad que hacen a los Procesos Colectivos, configurándose de tal manera, cierta regresión en materia de derechos de incidencia colectiva y su real tutela judicial efectiva.

En suma, la idea es reflexionar en conjunto, y de manera sistemática, la trascendencia que importan esta clase de procesos y como su correcta evolución en el derecho argentino -en particular, respecto de los efectos subjetivos de la cosa juzgada- pueden contribuir decididamente a mejorar el servicio de justicia y las necesidades que demanda la sociedad.

II).- Situación en Argentina y la necesidad de repensar el instituto de la cosa juzgada en clave colectiva

La idea de los Procesos Colectivos, como vía idónea para canalizar la protección de distintas categorías de derechos, tales como los derechos o interés difusos, de incidencia colectiva en relación a bienes colectivos, y derechos individuales homogéneos, han im-

plicado una verdadera “revolución” para los distintos mecanismos de los que se sirve el aparato judicial, derivando en una menester evaluación sobre el nivel de efectividad que ellos importan.

Desde la perspectiva histórica, la explosión producida por la expansión de las sociedades industriales modernas ha hecho nacer en forma vertiginosa un nuevo derecho –tanto sustancial como procesal– que debió salir al cruce a novedosas situaciones que la era tecnocrática puso en primera plana, obligando a repensar varias instituciones y principios, como por ejemplo la legitimación, los alcances de la cosa juzgada, etc., que tuvieron origen en la concepción ultra individualista del siglo decimonónico (Morello et al, 1983:207).

En este sentido, cuando se encuentra lesionado o amenazado de lesión un derecho de incidencia colectiva, su protección demanda de un modelo de proceso diferente al individual que facilite el acceso a la justicia de quienes pretenden la tutela (Sbdar, 2012:351). Este panorama descripto, ha propiciado que desde hace ya hace un tiempo, los procesos colectivos obtuvieran un lugar de interés preferencial en la agenda académica y política de nuestro país, especialmente debido a las consecuencias que la promoción de procesos colectivos puede generar en el balance económico-financiero de las grandes empresas y al hecho que por medio de estas acciones se puede lograr un importante y profundo control de constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas implementadas mediante leyes y actos administrativos por parte de distintas autoridades de gobierno (Gianni et al, 2016).

En este camino, la experiencia del derecho comparado ha sido y es de un valor incommensurable, fundamentalmente en lo que respecta a ciertos puntos neurálgicos como la cuestión de la legitimación colectiva, de la representación adecuada y los efectos subjetivos de la cosa juzgada. En este contexto sus innovaciones plasmadas en diversas legislaciones, representan un faro de luz, el cual sin vacilar ha de guiarnos. Particularmente, me refiero a la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos, la cual establece una serie detallada de prerequisites, a fin de declarar la admisibilidad de una class action (acción de clase), por los cuales quien o quienes pretendan interponer una acción de este tipo, deberán someterse a esta especie de test colectivo, y una vez superado el mismo, se tramitará el proceso respectivo.

Es importante acotar que la tutela de los intereses colectivos tuvo como fuente mediata el modelo brasileño, que fue paulatinamente desarrollándose en ese ámbito territorial, concretamente a partir del año 1965 con la vigencia de la Ley de Acción Popular (Ley 4717), y posteriormente con la Ley 7347 que regula la llamada Acción Pública. Más tarde se sancionaría, la Ley 8078 (del 11/9/1990) llamada Código de Defensa del Consumidor, donde en su art. 8.1 señala que la defensa de los intereses o derechos de los consumidores y de las víctimas puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo (Hitters, 2005:752).

En virtud de este análisis, merece una destacada mención el Anteproyecto y posteriormente, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004), el cual ha recogido mucho de los avances, experiencias y propuestas que se han gestado en distintos Con-

gresos y debates, de los que han participado distinguidos especialistas en la materia, de tal forma, que con él se pretende contribuir a los distintos países, proporcionando un conjunto de pautas interpretativas que orienten las políticas legislativas y procesales (Gidi, 2003). En lo que respecta específicamente, sobre la regulación que lo distintos mecanismos le han concedido al instituto de la cosa juzgada colectiva, esto es el de las acciones de clase estadounidenses, por un lado y el brasileño – iberoamericano, por el otro, se puede comentar que en el primero, la sentencia se extiende a todo el grupo, sea que la solución final haya resultado favorable o desfavorable al grupo, lo que se conoce como el principio “*pro et contra*”, y sin que la ley haya determinado excepciones a dicha regla. Sin embargo, la jurisprudencia condiciona la claridad de dicha solución, entendiendo que puede replantearse el asunto si se demostrara que la actuación del representante en la defensa de los intereses de la no fue lo suficientemente vigorosa. En el segundo instrumento, el legislador identificó una hipótesis general de “ausencia de representatividad adecuada”, como es la insuficiencia probatoria, y la elevó como causal tarifada de revisión del decisorio colectivo en todos los casos. De ello se deduce, que la técnica empleada por dicho ordenamiento parte de la desconfianza que en el sistema Iberoamericano se tiene sobre el representante, problema que no existe en el derecho anglosajón que pivotea a través de las *class actions* con un adecuado control de la representación. De ahí entonces la aplicación del apotegma: A mejor representatividad más calidad de la cosa juzgada (Hitters, 2005:774).

En Argentina, la regulación de los procesos colectivos y en particular, de los alcances subjetivos de la cosa juzgada han tenido una evolución atemperada y alternada, porque si se observa el trabajo emprendido por la jurisprudencia que emana de la CSJN (Halabi, 2014) y de otros tribunales provinciales, y asimismo, la labor de la abundante doctrina autoral, se ha avanzado cuanto se ha podido mientras se extiende incomprensiblemente la mora del legislador, tal como lo ha advertido el propio Máximo Tribunal, en oportunidad de dictarse el destacado precedente “Halabi” (Considerando 12°), y reiteradamente en sus distintos pronunciamientos, y además, en ejercicio de sus facultades reglamentarias, lo ha manifestado en la acordada 32/2014 por la cual se creó el Registro Público de Procesos Colectivos y la acordada 12/2016 que dispone la aprobación del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos.

La Ley Nacional de Defensa al Consumidor 24.240, y modificada por la Ley 26.361, y la Ley General del Ambiente, disponen en sus disimiles cuerpos normativos, disposiciones relativas al efecto de la cosa juzgada, adoptando como premisa general el efecto *erga omnes* -aplicándose el principio “*secundum eventum litis*”- para cuando la sentencia haya sido favorable, mientras que en sentido opuesto, si la misma es rechazada (vg. Por falta de pruebas, se ha optado por excluirse del grupo o clase, etc), la acción puede ser reeditada por los titulares de los derechos individuales afectados (Verbic, 2010).

Debe considerarse que en este tipo de acciones colectivas es fundamental resguardar el derecho al debido proceso legal, más si se pondera, que con ello se trata de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar (Sbdar, 2012:365). En definitiva, la regulación

de la cosa juzgada colectiva importa siempre la búsqueda de una solución armónica que permita equilibrar los dos objetivos que tradicionalmente se encuentran en tensión en este ámbito: por un lado, la necesidad de concentrar el enjuiciamiento de pleitos colectivos o seriadados, a través de la extensión vinculante de la sentencia al grupo afectado por una misma problemática; y, por el otro, la exigencia de preservar la garantía del debido proceso, reconociendo –en determinadas circunstancias- la posibilidad de debatir nuevamente el asunto (Verbic, 2016).

Hasta que dicho punto meridiano, sea efectivamente concretado, previendo la verificación con seguridad de ciertos condicionantes medulares, tales como la representación adecuada con control realizado por parte del juez designado, las notificaciones a los integrantes de la clase y la posibilidad de que aquellos que tengan la voluntad de excluirse –op out- puedan hacerlo, es razonable a mi entender la legislación que impera en la actualidad; sin perjuicio, de prestar aquiescencia a un debate fructífero y superador en miras de las políticas legislativas que se gesten sobre los procesos colectivos y los efectos subjetivos de la cosa juzgada.

IV).- El acceso a la justicia como justificativo “criticable” de circunscripción de los alcances subjetivos de la sentencia

El fallo “CEPIS” ha implicado desde su génesis, un acontecimiento de trascendental relevancia en todos los ámbitos de la sociedad y en el seno los poderes estatales -lo cual no sorprende en su mayoría-, dado que reunía numerosas connotaciones para acarrear esa popularidad. En principio implicaba ser la primera decisión a gran escala adoptada por la CSJN (en ese momento con 4 de sus 5 integrantes) en el contexto de la nueva administración del gobierno nacional. En segundo lugar, el objeto del litigio –la determinación de la tarifa de un servicio público esencial-, el alcance que originariamente portaba la demanda, el crítico estado energético que atraviesa el país, y como ello repercutiría en el costo de vida, en especial de los sectores vulnerables. Asimismo, se percibía cierta expectativa en el ámbito académico, las asociaciones de defensa al consumidor, etcétera, en virtud de que se avizoraba un nuevo escenario, para que el Máximo Tribunal expusiera sus consideraciones y proyecciones sobre los Procesos Colectivos.

Como se logra exhibir, una decisión que presenta estas singulares características, puede dar lugar sin duda alguna, a diversas opiniones, críticas y reflexiones de toda índole, y provenientes de distintos espacios. Por ello en esta oportunidad y a raíz del objeto de este trabajo, se analizara bajo un tamiz crítico la sentencia de mérito adoptada por el Tribunal cimero, en particular en cuanto a restringir ó circunscribir los alcances de su resolución al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas (Considerandos 10° y 12°), e impedir que los efectos de la cosa juzgada se extiendan respecto de los usuarios señalados como “no residenciales” dado que según se evaluó:

...no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 ‘Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario’, dictada el 4 de agosto de 2016). Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre

comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habilitar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos” (Considerando 13°). En primer lugar, comparto la opinión de Gianini el cual estima que el requisito establecido por la Corte, con origen en el fallo “Halabi” (Considerando 13°) es de una errónea interpretación del art.43 de la CN, que transforma indebidamente uno de los fundamentos de los procesos colectivos en un requisito sine qua non de procedencia. Se mantiene así una injustificada hermenéutica limitativa en este campo, que contrasta con la elogiada claridad y apertura con la que se receptan en el fallo otras instituciones sustanciales (Gianni, 2016).

Por su parte, la decisión de excluir de los alcances de la sentencia a los usuarios “no residenciales”, luego de haberse desarrollado un derrotero judicial de aproximadamente 4 meses, y efectuándose de oficio, sin que ello haya sido materia de agravio por parte del legitimado pasivo, y además, no habiéndose efectuado en la etapa oportuna, como lo es la de certificación, permite concluir como se ha expresado Arballo, “la razón (de la decisión) no es estrictamente conceptual, sino procesal”(Arballo, 2016:133). Esta situación, me permite manifestar con cierta preocupación, que este criterio es equiparable a una denegación de acceso a la justicia, lo cual es paradójico porque es la línea argumental esgrimida por el Tribunal para fallar en aquel sentido. La situación se podría graficar del siguiente modo, al inicio del litigio colectivo los usuarios no residenciales se consideraban representados por los legitimados colectivos -según surge de sus escritos postulatorios-, en ese lapso intermedio se fueron sorteando la distintas etapas preestablecidas judicialmente, hasta llegar ÉL día en que su reclamo sería recibido por la propia CSJN, aquel día en el que albergaban innumerables expectativas, se encuentran con que serían desplazados y con un pasaje de vuelta, que los depositaba en soledad al inicio del litigio. De tal manera, la CSJN para efectuar la división de clases, lo ejecuto mediante el uso de un cuestionable estándar, no previsto más que en su jurisprudencia. Además, este enfoque presenta insalvables cuestionamientos en su validez constitucional y convencional (art. 18 de la Constitución Nacional y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en tanto restringe el mínimo protectorio que específicamente prevé el art. 43, párrafo segundo de la C.N., al no efectuar dicha distinción de orden restrictivo (Verbic, 2016).

Asimismo, es claro que la interpretación que aborda, no contempla que la tutela grupal contemplada en el art.43 de la CN no sólo sirve para garantizar a los grupos débiles contra todo intento de limitar la protección judicial efectiva de sus derechos, sino también para evitar que se sobreexponga a la judicatura a repetir ineficientemente actuaciones costosas y dilatorias para abordar una multiplicidad infinita de causas sobre cuestiones homogéneas (Gianni, 2016:8).

Estimo atingente, rememorar la circunstancia de que dos de los jueces que votaron la sentencia en el fallo CEPIS -y lo mismo aconteció en el fallo “Abarca” (2016, considerando 29°)- han sido redactores del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, lo cual me permito analizar que aun-

que dicho plexo no es de aplicación al caso en cuestión, me genera cierta interrogante la falta de ponderación en especial respecto de los 3 primeros artículos, recopilados en el Título Preliminar. Esto me lleva pensar, en que quedo la interpretación teleológica del derecho, con aplicación de un dialogo de fuentes y una decisión razonablemente fundada. Este último aspecto, conlleva la noción de que la razonabilidad implica incorporar la idea de aceptabilidad por parte de la comunidad jurídica a la que se encuentra destinada (Grajales, 2016:90), situación que aquí no me atrevería a afirmar.

En virtud de lo desarrollado, considero sin mayor incertidumbre, que la CSJN por medio de este decisorio dejo plasmado una serie de posicionamientos ideológicos -jerarquizando lo práctico sobre lo justo - que importan un fuerte impacto, teniendo en cuenta su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación.

V).- Conclusión

La matriz de los Procesos Colectivos, importan hoy en día y quizás más que nunca, una concreta y verdadera necesidad de debate, el cual debe ser esparcido por distintos sectores de la sociedad, en especial en aquellos sitios desde los que se adoptan decisiones, que replicaran sustancialmente en la vida del conjunto de la sociedad.

La idea de la expansión o de los alcances subjetivos de la cosa juzgada, es un tema que reúne una vasta complejidad –tal como lo hemos podido plasmar previamente- y por lo tanto, considero que se debe ir avanzado meticulosa y progresivamente en busca de un mecanismo, que propicie una integral y real eficacia de las sentencias dictadas en el marco de los procesos colectivos. En efecto, este elevado anhelo debe centrar sus objetivos, no solo en los fines sino también en los medios utilizados, de modo tal, que se logre el mentado equilibrio entre la efectividad del servicio de justicia y el derecho a un debido proceso legal, reconocido a nivel constitucional y convencional.

Es cierto, que el derecho a una tutela judicial efectiva lamentablemente camina por la cornisa, a raíz de la carente regulación de normativa específica, que reiteradamente se ha reclamado al Poder Legislativo, con lo cual se menoscaba la seguridad jurídica de la que debe dotarse todo ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, se puede aseverar que en los litigios colectivos son decisivos la actitud y el compromiso de los tribunales de justicia, ya que la falta de una regulación adecuada de las herramientas procesales relevantes –entre ellas, el amparo– dificulta la definición de estrategias de litigio, como ocurre con los reclamos de usuarios de servicios públicos o de consumidores. Ante el vacío legislativo, la regulación queda en manos de los tribunales y la suerte de cada caso depende de la actitud de los operadores judiciales, situación que da lugar a decisiones discriminatorias en materia de acceso a la justicia (CELS, 2016).

En cuanto a la decisión, si se quiere polémica, adoptada por la CSJN en el fallo “CEPIS”, la misma logra evidenciar una cara de la justicia, que logra encender ciertas alarmas, porque la Corte insiste pese a su retórica aperturista en posiciones limitativas, restrictivas, injustificadas, en materia de legitimación o standing para el litigio colectivo (Gargarella, 2016), con lo cual se vuelve sobre la antigua prédica de *quien controla a quien debe controlar*.

Para finalizar, entiendo que el rol de los magistrados de la corte no debe de ceñirse a las meras declamaciones en público (Lorenzetti, 2016)-merecedoras de vivos aplausos-respecto de temas esenciales en un Estado de Derecho, como son el acceso a la justicia y la independencia del poder judicial, sino que además debe existir cierta integridad y coherencia con las acciones propiamente dichas, como en cualquier ámbito de la vida (*res non verba*).

Siguiendo a Taruffo (2012:23), “son estas sugerencias solo deseos o sueños utópicos? Quizás, pero sin perspectivas utópicas el mundo solo podría cambiar para peor, y la protección de derechos haría lo mismo”.

Bibliografía

Arballo, Gustavo. (2016) *Comentario al fallo de la Corte Suprema en la causa CEPIS*, Revista Derechos en Acción (ReDeA), edición primavera 2016. Disponible en <http://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2833>.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2016) *Derechos Humanos en la Argentina: Informe anual 2016*. Ed. Siglo Veintiuno. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: <http://www.cels.org.ar/especiales/informeannual2016/#acceso-a-la-justicia>

CSJN. (2016). *Abarca, Walter José y otros e/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otros s/ amparo ley 16.986*.

CSJN. (2009). *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*; 21/08/2013, PADEC c. Swiss Medical S.A. si nulidad de cláusulas contractuales, 06/03/2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.”, 23/09/2014, “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/amparo”. Gargarrella, Roberto. (2016). *Seis puntos sobre el fallo CEPIS (sobre tarifas)*. Publicado en Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Disponible en: <http://seminariogargarrella.blogspot.com.ar/2016/08/6-vinculos-y-diferencias-que-tengo-con.html>.

Grajales, Amos. (2016). *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª edición, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Gianni et al. (2016). *Propuesta de bases para la discusión de un proyecto de ley que regule los procesos colectivos*. Disponible en : <https://classactionsargentina.com/2016/09/06/propuesta-de-bases-para-la-discusion-de-un-proyecto-de-ley-que-regule-los-procesos-colectivos/>

Gianni, Leandro. (2016). *La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva*. S/E. S/P.

----- (2016) *La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva (a propósito de los fallos “CEPIS” y “ABARCA”)*, publicado en La Ley.

Gidi, Antonio et al. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Ed. Porrúa, México, 2003.

Hitters, Juan. (2005). *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*. Publicado en la Ley, t. 2005-F, sec. S/E. S/P.

Morello et al. (1983). “La defensa de los intereses difusos” de *La justicia entre dos épocas*. Ed. Platense, La Plata. Ponencia nacional argentina presentada al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Wurzburg, Alemania.

Sbdar, Claudia. (2012). “Las acciones colectivas en el Derecho Argentino” publicado en *Procesos Colectivos. Class Actions*, I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Buenos Aires.

Taruffo, Michele. (2012). “Notes on the collective protection of rights”, publicado en *Procesos Colectivos. Class Actions*. I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Buenos Aires.

Verbic, Francisco. (S/A). “Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la Republica Argentina”, Publicado en *Civil Procedure Review*, Disponible en: www.civilprocedurereview.com.

----- (S/A). “Propuesta de bases para la discusión de un proyecto de ley que regule los procesos colectivos. Entrega temática 14/17: Cosa Juzgada Colectiva”. Disponible en: <https://classactionsargentina.com/2016/09/27/propuesta-de-bases-para-la-discusion-1417-cosa-juzgada-colectiva/>

----- (2016). “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”. Publicado en *La Ley*. Disponible en: AR/DOC/2622/2016.

La garantía de inamovilidad de los jueces y lo que los precedentes “Fayt” y “Schiffrin” no resolvieron

Por Juan Manuel Lettieri y Juan Stinco

“...In this distinct and separate existence of the judicial power in a peculiar body of men, nominated indeed, but not removable at pleasure, by the crown, consists one main preservative of the public liberty, which cannot subsist long in any state unless the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and also from the executive power. Were it joined with the legislative, the life, liberty, and property of the subject would be in the hands of arbitrary judges, whose decisions would be then regulated only by their own opinions, and not by any fundamental principles of law; which, though legislators may depart from, yet judges are bound to observe...”

W. Blackstone

Introducción

El difunto juez Arlin Adams que presidió la Asociación Americana de Magistratura, organización que reunía en aquel entonces cerca de 35.000 jueces, (lo que para algunos constituía una elite del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica), fue entrevistado¹ cuando visitó la ciudad de Barcelona para participar en un coloquio sobre el análisis comparativo del acceso a la judicatura y la función del jurado puro que existe en dicho país. En esa oportunidad respondió la siguiente pregunta ¿Cómo mantienen en EEUU los jueces su independencia? afirmando que

Los jueces en Estados Unidos son elegidos entre los abogados que tienen un historial académico sobresaliente y con experiencia de muchos años. A. los jueces federales los nombra el presidente de EEUU con la aprobación del Congreso y de los colegios de abogados. No es frecuente que estos organismos echen abajo la decisión del presidente, pero se han dado casos. El juez tiene que ser independiente de la autoridad que le nombra y del Gobierno, y estar dispuesto a defender los derechos de los ciudadanos por encima de todo. En mi opinión hay tres reglas básicas en las que se apoya la independencia judicial en Estados Unidos: te nombran para toda la vida, nunca nadie te puede echar y no te pueden bajar el sueldo (Blackstone,1753:178).

Por la simpleza de la declaración, parecen tres aspectos de relativamente sencillo cumplimiento.

Conforme señala Cramton, según los registros de la Convención Federal de 1787 y de las convenciones estatales ratificadoras, para los padres constitucionalistas norteamericanos la incorporación de las cláusulas denominadas de la “Buena Conducta” y de la “intangibilidad de las remuneraciones” en la Constitución de los EEUU otorgaban a la justicia federal la independencia para decidir las causas y la libertad de las influencias o controles de las áreas más políticas del gobierno federal, esto es el Congreso y el Poder

¹ Fuente: http://elpais.com/diario/1985/09/30/sociedad/496882806_850215.html

Este artículo apareció en la edición impresa del Lunes, 30 de septiembre de 1985.

Ejecutivo (Camton, 2007:1315).

Dichos constitucionalistas fundadores norteamericanos tenían una concepción temporal de los cargos públicos en general, basta señalar que Washington retornaría a sus plantaciones en *Mount Vernon* y que Adams haría lo propio en su granja en Brookline, como explica Cramton (2007:1315).

Sin embargo desde entonces, se reconoció a los magistrados integrantes del Poder Judicial garantías de una inequívoca trascendencia, imprescindibles para la función de administrar justicia como son las de independencia e inamovilidad en sus cargos.

En el plano nacional, recientemente tuvimos novedades en la materia. En efecto, nuestro Máximo Tribunal se expidió en el fallo “Schiffrin” (CSJ 159, 2012) sobre aspectos centrales en lo relativo a la garantía de inamovilidad judicial; es justo reconocer que allí también trató otros tópicos de trascendencia, como es el control judicial de los procesos de reforma constitucional².

En dicho precedente la Corte Suprema centró su *ratio decidendi* en lo vinculado con el estándar de control judicial sobre el procedimiento de reforma constitucional, y en particular, con la constitucionalidad del límite etario establecido. Asimismo, señaló que no existen derechos adquiridos a la inalterabilidad de un determinado régimen normativo. De este modo, ni en el famoso caso “Fayt”³ ni en “Schiffrin” nuestro máximo tribunal examinó, *stricto sensu*, la constitucionalidad del sistema establecido para la renovación del acuerdo del Senado y designación del Poder Ejecutivo luego de que los magistrados cumplan la edad de 75 años (Dalla, S/A). ¿Estaba obligado a hacerlo? Pareciera ser que no. En efecto, ese tópico no había sido objeto de debate y una opinión sobre él podría haber sido considerada prematura o de índole conjetural.

Justamente, el objeto de este trabajo apunta a poner de relieve que ese sistema de renovación del acuerdo del Senado no superaría el *test* de constitucionalidad ni el de convencionalidad.

Hasta donde sabemos, la respuesta de algunas personas que forman parte del universo de los “afectados” por el pronunciamiento en comentario ha sido disímil:

(i) Pese a que la señora diputada nacional Elisa Carrió había remitido una carta al señor presidente de la República solicitando la continuidad del juez Schiffrin (CSJ 159, 2012)⁴, éste presentó su renuncia, que fue aceptada por medio del decreto 238/2017.

² Para ver comentarios sobre el mismo revisar: Ibarlucía, Emilio A., ¿Habra “jueces mantenidos en sus cargos”?, La Ley diario del 06/04/2017; Gil Domínguez, Andrés, El control de constitucionalidad de la reforma constitucional y la aplicación efectiva del art. 99.4 de la Constitución argentina, La Ley diario del 06/04/2017; Dalla Via, Alberto R., ¿Cambió la jurisprudencia o la cuestión sigue abierta?, La Ley diario del 06/04/2017 y Sagüés, Néstor P., La justiciabilidad de una reforma constitucional, La Ley diario del 06/04/2017.

³ Causa F.100.XXXV, autos “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”. Sentencia del 19/8/1999.

⁴ Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201703/184153-carrio-difundio-la-carta-que-le-envio-a-macri-sobre-la-situacion-de-la-justicia.html>

- (ii) La renuncia del juez Pedro David fue aceptada mediante el decreto 250/2017.
- (iii) El juez Juan Manuel Clemente Converset interpuso una acción declarativa de certeza ante el fuero contencioso administrativo federal que se encuentra en trámite en el expediente n° CAF 20.874/2017.
- (iv) En la causa que tiene como parte actora a la jueza Highton de Nolasco, dos abogados de la matrícula se presentaron a peticionar la aplicación de la doctrina que surge del precedente “Schiffrin”.
- (v) El juez Edmundo Samuel Hendler peticionó una medida cautelar autónoma el 10 de abril pasado, que tramita en el expediente CAF 20.888/2017.

Y tan sólo mencionamos algunos ejemplos. Esas conductas nos demuestran, inequívocamente, que aún existen efectos de la nueva jurisprudencia que exigen ser precisados. Más aún, recientemente, el señor diputado Pablo Tonelli presentó un proyecto de ley que tiene por objeto la instauración legal de un “Régimen de renovación y cese de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación”⁵.

La ecuación trinómica elaborada por la Convención Constituyente y el nuevo estándar de deferencia. El análisis de constitucionalidad

Contextualmente cabe señalar que el nuevo estándar de deferencia fijado recientemente por la Corte Suprema en la causa “Schiffrin”, respecto de los criterios y labores que desarrolla la Convención Constituyente, comporta un límite para el debate sobre sus criterios y determinaciones, ello sin perjuicio del control judicial que la propia Corte reafirmara. Por ello, el supuesto que cabe asentar bajo tal estándar es que el criterio que adoptó la Convención Constituyente de 1994 de que la inamovilidad de los jueces como garantía de independencia del poder judicial no se vulnera por la incorporación de límite etario más un procedimiento de renovación del acuerdo del senado luego de acontecido dicho límite. Asimismo, luego y como producto del debate constituyente, se resolvió además establecer un plazo suspensivo de 5 años a dicho esquema, de modo tal de despejar cualquier especulación sobre su aplicación inmediata y/o retroactiva que permita alegar algún interés ilegítimo.

Consecuentemente, la fórmula -o si se prefiere ecuación- seleccionada por la Convención Constituyente como legítima para alterar las reglas vigentes sobre la independencia judicial en su faz inamovilidad, fue la sumatoria de esos tres factores.

De dichos tres factores en la actualidad sólo persiste la posibilidad de analizar tan sólo uno, esto es el procedimiento. En efecto, en “Schiffrin” la Corte Suprema afirmó la razonabilidad del establecimiento de un límite etario y, por su parte, ha devenido abstracto el debate sobre el plazo suspensivo.

Sin perjuicio de ellos, respecto de la limitación temporal al cargo de magistrado, podemos agregar que el informe denominado *La política de las Políticas Públicas. Progreso*

⁵ Su texto completo puede encontrarse en https://es.scribd.com/document/346190305/Proyecto-de-Ley-Magistrados-de-75-Anos#fullscreen&from_embed. Al día de la entrega de este artículo, el proyecto no había sido formalmente recibido por el Congreso de la Nación.

económico y social en América Latina del Banco Interamericano de Desarrollo realizado en el año 2006 expresa

Algunos países, entre ellos Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y El Salvador, han adoptado mandatos vitalicios para los jueces (en algunos casos con un límite fijado por la edad jubilatoria). En otros países, como Bolivia, Colombia y Costa Rica, sólo los jueces de los tribunales de primera instancia tienen un mandato vitalicio, en tanto que los jueces de la Corte Suprema ocupan su cargo durante un período fijo. En Paraguay, los magistrados de la Corte Suprema ocupan cargos vitalicios, en tanto que los jueces de primera y segunda instancia pueden permanecer en el cargo únicamente durante cinco años. Por último, en algunos países como Guatemala y Perú, los jueces ocupan su cargo durante un período fijo que puede ser renovado periódicamente (Banco Interamericano, 2006:93). A mayor abundamiento, los padres constitucionalistas norteamericanos cuando contemplaron el carácter vitalicio de los cargos de los magistrados no se encontraban en condiciones de prever la actual longevidad (Teitelbaum, 2006) y cómo ha impactado el comportamiento estratégico de dichos magistrados, en especial los de máximo tribunal, existiendo autores como Calabresi y Lindgren (S/A) que sostienen que el carácter vitalicio de estos cargos se trata de una reliquia de los tiempos predemocráticos.

Asimismo señalan dichos autores que incluso en Inglaterra, sistema madre del norteamericano, se eliminó la garantía del cargo vitalicio de los magistrados, agregando que cada nación democrática sin excepciones incorporó límites para los cargos de sus cortes constitucionales, citando el caso de Canadá, Australia, Francia, Italia, España, Portugal, Alemania y Rusia, quienes establecieron términos entre seis y doce años para la función, y donde en muchos casos adicionaron límites etarios.

No se nos escapa que dentro de los Estados Unidos, a nivel estadual, conviven regímenes de selección y duración de los cargos de magistrados absolutamente dispares, incluso que en muchos casos fusionan sistemas de elecciones populares con límites temporales y posibilidad de renovación de los mandatos. Empero también parece existir una fuerte correlación entre mandatos breves con posibilidades de reelección y procesos de elección popular más que una designación por otros poderes del Estado y, asimismo, el carácter vitalicio de los magistrados federales parece mostrar relación con la tutela de las autonomías de los estados. Asimismo, señalan estos autores que en 12 estados los jueces son designados por los gobernadores, o en menos casos por las legislaturas, que en el extremo opuesto los jueces en 9 estados son elegidos y reelegidos por procesos electorales como miembros de partidos políticos y entre tales extremos existen dos sistemas que combinan elementos partidarios y no partidarios, siendo que en 16 estados existen comisiones independientes que evalúan los méritos que elevan candidatos para que el gobernador designe a alguno, siendo que se emplea el procedimiento de elecciones de retención luego de vencido el término del mandato, y finalmente en 13 estados se realizan elecciones no partidarias⁶.

⁶ ALABAMA: Todos los jueces son seleccionados por elecciones partidistas. El mandato inicial es de seis años. Los jueces son posteriormente reelegidos a un mandato de seis años. ALASKA:

Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de tres años. Todos los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. (Las elecciones de retención o “judicial retention election” son un proceso periódico en determinados estados a través del cual un juez es sujeto a referéndum para mantener su cargo, que se realiza en general en la misma oportunidad que las elecciones generales. El juez resulta removido si la mayoría vota en contra de la retención.).

ARIZONA: La mayoría de los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de dos años. Los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. Los jueces de los tribunales superiores en los condados con poblaciones inferiores a 250.000 son elegidos por medio de elecciones no partidistas con mandatos de cuatro años. Estos jueces son reelegidos a cuatro años.

ARKANSAS: Todos los jueces son seleccionados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de ocho años, a excepción de los jueces de los tribunales de circuito, que son elegidos por períodos de seis años. Los jueces están sujetos a reelección.

CALIFORNIA: El gobernador designa a los candidatos a la corte suprema ya los tribunales de apelación por períodos de 12 años. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de 12 años. Los jueces de los tribunales superiores son elegidos en elecciones no partidarias por periodos de seis años y pueden ser reelegidos a mandatos adicionales de seis años.

CAROLINA DEL NORTE: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidarias. El mandato inicial es de ocho años y los jueces están sujetos a reelección.

CAROLINA DEL SUR: El estado emplea a una Comisión de Selección de Mérito Judicial de 10 miembros para examinar candidatos judiciales. Este comité recomienda a los candidatos a la Asamblea General, que nombra a los jueces. Los jueces están sujetos a la reelección por el legislador.

COLORADO: Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de dos años. Todos los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte.

CONNECTICUT: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de ocho años. Después de que una comisión revise el desempeño de un juez, el gobernador designa al juez para retenerlo, y la legislatura estatal confirma.

DAKOTA DEL NORTE: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidistas. El mandato inicial de la Corte Suprema es de diez años, mientras que los jueces de los tribunales de distrito son elegidos para períodos de seis años. Los jueces son reelegidos a términos adicionales.

DAKOTA DEL SUR: Los jueces de la Corte Suprema son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación por un período de tres años. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de ocho años. Los jueces de los tribunales de circuito son seleccionados en elecciones no partidistas por períodos de ocho años y son reelegidos para términos adicionales.

DELAWARE: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de 12 años. Posteriormente, un titular se reaplica a una comisión de nombramientos y compite con otros solici-

tantes para ser renominado por el gobernador. El senado estatal confirma la designación del gobernador. DISTRITO DE COLUMBIA: Todos los jueces son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de 15 años. Una comisión de tenencia judicial revisa el desempeño de cada juez seis meses antes de la expiración del mandato del juez. FLORIDA: Los jueces de la corte suprema y los tribunales de apelación de distrito son elegidos por medio de una selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de un año. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de seis años. Los jueces de los tribunales de circuito son elegidos por medio de elecciones no partidarias con mandatos de seis años. Estos jueces son reelegidos a términos adicionales. GEORGIA: Todos los jueces son seleccionados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de seis años para los jueces de apelación y de cuatro para los jueces de los tribunales superiores. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. HAWAII: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de 10 años. Una comisión de selección judicial vuelve a nominar a los jueces a un período adicional de 10 años. IDAHO: Todos los jueces son seleccionados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de seis años para los jueces de apelación y de cuatro años para los jueces de los tribunales de distrito. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. ILLINOIS: Todos los jueces son seleccionados por elecciones partidistas. El mandato inicial es de 10 años para los jueces de apelación y de seis años para los jueces de los tribunales superiores. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por términos adicionales. INDIANA: Los jueces de apelación son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación por dos años. Los jueces de apelación están sujetos a elecciones de retención por 10 años. Los jueces de circuito y de la corte superior generalmente son seleccionados a través de elecciones partidarias por períodos de seis años. Los jueces en algunos condados, sin embargo, son elegidos en elecciones no partidistas. IOWA: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de un año. Todos los jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. KANSAS: La mayoría de los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El mandato inicial es de un año. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención, aunque los términos subsiguientes varían dependiendo del nivel de la corte. Los jueces en los tribunales de 14 distritos son elegidos en elecciones partidistas. KENTUCKY: Todos los jueces son elegidos en elecciones no partidarias con un mandato de ocho años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. LOUISIANA: Todos los jueces son elegidos en elecciones partidistas. Los jueces de apelación son elegidos por un período de 10 años, mientras que los jueces de los tribunales de distrito son elegidos para mandatos de seis años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. MAINE: Los jueces son nombrados por el gobernador por períodos de siete años. Los jueces son reelegidos por el gobernador, sujeto a la confirmación de la legislatura. MARYLAND: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nomi-

nación a términos de un año. Los jueces de apelación están sujetos a elecciones de retención por períodos subsiguientes de 10 años. Los jueces de los tribunales de circuito son seleccionados en elecciones no partidarias. MASSACHUSETTS: Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. Los jueces sirven hasta que alcancen la edad de 70 años. MICHIGAN: Los jueces de la Corte Suprema son elegidos en elecciones partidarias a términos de ocho años. Los jueces intermedios de los tribunales de apelación y los jueces de los tribunales de circuito son elegidos en elecciones no partidarias con mandatos de seis años. Todos los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. MINNESOTA: Todos los jueces son nombrados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de seis años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. MISSISSIPPI: Todos los jueces son designados por elecciones no partidistas. El mandato inicial es de ocho años, a excepción de los jueces de la corte de justicia y de circuito, que son elegidos para un mandato de cuatro años. Los jueces están sujetos a reelección por términos adicionales. MISSOURI: Los jueces de los tribunales de apelación son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación con un mandato de un año. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de 12 años. Los jueces de los tribunales de circuito son elegidos por períodos de seis años y están sujetos a reelección por términos adicionales. MONTANA: Los jueces son elegidos por elecciones no partidarias. Los jueces están sujetos a reelección, excepto que los jueces sin oposición están sujetos a elecciones de retención. NEBRASKA: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación por períodos de tres años. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos de seis años. NEVADA: Todos los jueces son nombrados por elecciones no partidarias con mandatos de seis años. Los jueces están sujetos a reelección por términos adicionales. NUEVO HAMPSHIRE: Todos los jueces son nombrados por el gobernador. Los jueces sirven hasta que alcancen la edad de 70 años. NUEVA JERSEY: Todos los jueces son nombrados por el gobernador por períodos de siete años. Los jueces son reelegidos por el gobernador con el consejo y consentimiento del senado. NUEVO MÉXICO: Todos los jueces son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. NUEVA YORK: Los jueces de la corte de apelación son elegidos por medio de una selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. Los jueces de la Corte de Apelaciones cumplen 14 años, mientras que los jueces en la División de Apelaciones de la Corte Suprema sirven por cinco años. Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales de condado son elegidos en elecciones partidistas. OHIO: Todos los jueces son seleccionados en elecciones partidarias por un período de seis años. Los jueces son reelegidos a términos adicionales. OKLAHOMA: Los jueces de los tribunales de apelación son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación a términos de un año. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de seis años. Los jueces de los tribunales de distrito son seleccionados en elecciones no partidistas por períodos de cuatro años y son reelegidos para términos adicionales. OREGON: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidarias por seis años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. PENNSYLVANIA: Todos los jueces son

Esos ejemplos muestran, en muchos casos, tiempos cortos de mandato en sistemas electorales y con posibilidad de renovación por mismo período, sistemas que reiteramos no operan en el ámbito federal.

seleccionados en elecciones partidistas por un período de diez años. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de diez años. RHODE ISLAND: Todos los jueces son elegidos mediante un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. El cargo es vitalicio. TENNESSEE: Los jueces de la corte de apelación son elegidos por un proceso de selección de méritos que involucra a una comisión de nominación. Estos jueces están sujetos a elecciones de retención por períodos adicionales de ocho años. Los jueces en los tribunales de la cancillería, los tribunales penales y los tribunales de circuito se seleccionan en elecciones partidarias por períodos de ocho años y son reelegidos para términos adicionales. TEXAS: Todos los jueces son seleccionados en elecciones partidistas. Los jueces de apelación son elegidos por períodos de seis años, mientras que los jueces de los tribunales de distrito son elegidos para un mandato de cuatro años. Los jueces son posteriormente reelegidos a términos adicionales. UTAH: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos por un comité de nominación. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por términos adicionales. VERMONT: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos por un comité de nominación por períodos de seis años. Los jueces son retenidos por un voto de la Asamblea General por períodos adicionales de seis años. VIRGINIA: Todos los jueces son designados por la legislatura. Los jueces de la Corte Suprema son seleccionados por 12 años, mientras que los jueces de primera instancia son seleccionados por ocho años. La legislatura vuelve a nominar a los jueces para los términos adicionales. WASHINGTON: Todos los jueces son seleccionados en elecciones no partidistas. Los jueces de los tribunales de apelación son elegidos por períodos de seis años, mientras que los jueces de los tribunales superiores son elegidos para períodos de cuatro años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. WEST VIRGINIA: Todos los jueces son seleccionados por elección partidista. Los jueces de la Corte Suprema son elegidos por 12 años, mientras que los jueces de los tribunales de circuito son seleccionados por períodos de ocho años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. WISCONSIN: Todos los jueces son seleccionados por elección no partidista. Los magistrados de la Corte Suprema son elegidos para mandatos de diez años, mientras que los jueces de primera instancia son elegidos para mandatos de seis años. Los jueces son reelegidos por términos adicionales. WYOMING: Todos los jueces son elegidos a través de un proceso de selección de méritos por un comité de nominación por un año. Los jueces están sujetos a elecciones de retención por términos adicionales. Conf. Choi, Stephen J., Gulanti, Mitu G. y Posner, Erin A., Professionals or politicians: The uncertain empirical case for an elected rather than appointed judiciary, John M. Law & Economics working paper N° 357 (2° serie), The Law School, University of Chicago, Agosto 2007. Disponible en http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1388&context=law_and_economics. También ver Conf. Kurtland, Philip B., The constitution and de tenure of federal judges: Some notes from history, 36 University of Chicago Law Review 665, Journal articles, 1969. Disponible en <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3618&context=uclev>.

Domésticamente, para la justicia federal el procedimiento de obtención del nuevo acuerdo del Senado se compone a su vez de dos variables, esto es una nueva vigencia temporal para los nuevos acuerdos del Senado acontecidos luego de los 75 años –cinco años- y un procedimiento propiamente dicho. Ambos aspectos no lucen exentos de complicaciones.

Previo al análisis de estos aspectos realizaremos algunos comentarios contextuales. En primer lugar, para poder analizar dichos elementos resulta necesario incorporarlos dentro de un universo real para poder hacerlos conmensurables. En efecto, 5 años puede constituir muchísimo tiempo o muy poco según el plano de aplicación.

Las causas judiciales, esto es los expedientes que los jueces poseen bajo su jurisdicción tienen una duración promedio que duplica el plazo de 5 años desde que recorre todas las instancias. Por su parte, los procesos de selección de magistrados también suele exceder de dicho plazo temporal. Más allá de que no existan estadísticas oficiales, la praxis y el sentido común de los diversos operadores judiciales no dudan en conformar tales afirmaciones. Lógicamente, hay excepciones.

De este modo, el plazo de 5 años de vigencia del nuevo acuerdo del Senado, que como toda determinación temporal se encuentra sujeta a decisiones legítimas, cuando encuentra contextualización dentro de los propios avatares judiciales y afines, puede mostrarse como exiguo.

Story⁷ (1843:338) afirmó

... la independencia del Poder Judicial es indispensable para defender al pueblo contra las intromisiones voluntarias o involuntarias de los poderes legislativo y ejecutivo... Si los jueces son nombrados por cortos períodos, ya sea por el departamento legislativo, sea por el ejecutivo, serán ciertamente dependientes del poder que los nombra. Si desean tener un cargo o conservarlo, estarán dispuestos a seguir el poder predominante en el Estado y a obedecerlo. La justicia será administrada por una mano deficiente, decidirá conforme a las opiniones del día y olvidará que los preceptos de la ley descansan sobre bases inmutables. Los Gobiernos y los ciudadanos no combatirán entonces con armas iguales delante de los tribunales. Los favoritos del día incidirán por su poder, o seducirán por su influencia. Así tácitamente desaprobado y abiertamente violado este principio fundamental de toda república, que es un gobierno por la ley y no por los hombres...

En particular, cabe citar a Wilson quien participó por el Estado de Pensilvania en la convención de 1787: “la servil dependencia de los jueces, que son designados y quizás redesignados después de cinco o siete años, como ocurre en los estados que no ha adoptado prudentes provisiones en este aspecto, pone en peligro la libertad y la propiedad de los ciudadanos...” (Elliot, 1827)⁸.

⁷ Story, Josheph, *Commentaire sur la Constitution Fédérale des Etats-Unis*, t. II, N° 877, págs. 338 y 339, edición francesa traducida por Paul Odent, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1843. Citado por el Dr. Vazquez, en su voto en la causa “Iribarren” ya citada.

⁸ “The servile dependence of the judges, in some of the states that have neglected to make proper provision on this subject, endangers the liberty and property of the citizen; and I

En el extremo opuesto, basta también recordar a Jefferson que expresó
Que los nombramientos futuros de los jueces sean por cuatro o seis años, y renovables por el Presidente y el Senado. Esto llevará su conducta, en períodos regulares, a revisión y libertad condicional, y podrá mantenerlos en equilibrio entre los gobiernos generales y especiales. Hemos errado en este punto, copiando Inglaterra, donde ciertamente es bueno tener a los jueces independientes del rey. Pero hemos omitido copiar su cautela también, lo que hace que un juez sea removible en la dirección de ambas Cámaras legislativas. Que haya funcionarios públicos independientes de la nación, cualquiera que sea su demérito, es un solecismo en una república, del primer orden del absurdo y la inconsistencia.”⁹.

Desde esa perspectiva, si un magistrado se encuentra en condiciones de cumplir adecuadamente sus funciones luego de los 75 años, no habría motivo para sujetar su mandato por un plazo y exponer el ejercicio de su función a una renovación periódica durante el mismo.

En decir, superado al análisis de que el establecimiento de un límite etario no afecta la garantía de inamovilidad, cabe consultarse el concreto motivo a través del cual luego de acaecido dicho hecho –edad 75 años- se someta a un juez a que transite la instancia de control político cada 5 años, en un procedimiento que, como seguidamente analizaremos, carece de anclajes objetivos.

Por otro lado, el siguiente componente –el procedimiento propiamente dicho- no cuenta con elementos mínimos de análisis. En efecto, la falta de establecimiento de plazos para estos aspectos, sobre todo en lo relativo al status jurídico que poseen los jueces que se encuentren con 75 años cumplidos y tramiten el acuerdo, también impide ponderar si el plazo de vigencia de 5 años resulta razonable.

apprehend that, whenever it has happened that the appointment has been for a less period than during good behavior, this object has not been sufficiently secured; for if, every five or seven years, the judges are obliged to make court for their appointment to office, they cannot be styled independent. This is not the case with regard to those appointed under the general government; for the judges here shall hold their offices during good behavior. I hope no further objections will be taken against this part of the Constitution, the consequence of which will be, that private property, so far as it comes before their courts, and personal liberty, so far as it is not forfeited by crimes, will be guarded with firmness and watchfulness”.

⁹ “Let the future appointments of judges be for four or six years, and renewable by the President and Senate. This will bring their conduct, at regular periods, under revision and probation, and may keep them in equipoise between the general and special governments. We have erred in this point, by copying England, where certainly it is a good thing to have the judges independent of the king. But we have omitted to copy their caution also, which makes a judge removable on the address of both legislative Houses. That there should be public functionaries independent of the nation, whatever may be their demerit, is a solecism in a republic, of the first order of absurdity and inconsistency”. Carta de Thomas Jefferson a William T. Barry, del 2 de julio de 1822. Disponible en <http://www.constitution.org/tj/jeff15.txt>

Según el artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo, se trata de una atribución del Poder Ejecutivo Nacional la de solicitar el acuerdo del Honorable Senado de la Nación para el nombramiento de los magistrados, ya sea para su nombramiento “originario” como para la renovación una vez cumplidos los quince lustros.

A modo de ejemplo, puede citarse que mediante el decreto 222/2003 se estableció el “Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, norma atributiva de competencia que, además, fue invocada en los decretos n° 238 y 250/2017.

La norma en comentario no prescribe plazos para elegir ni para enviar el pliego del candidato escogido al Senado e incluso puede solicitarse el retiro del pliego cuando se trata de nombramientos “originarios”. El margen de discrecionalidad, como puede apreciarse, es amplio.

De este modo, cabe interrogarse sobre el órgano competente para regular en la materia, toda vez que la constitución otorga específicas atribuciones tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo. Empero, como indicamos antes, fue presentado un proyecto de ley con ese objeto.

Por otra parte, la expresión “un nuevo nombramiento será necesario” comporta el análisis del momento al partir del cual el magistrado pierde su oficio. Y a partir de ello surgen los siguientes interrogantes ¿Qué órgano es el que establece la necesidad de ese nombramiento? ¿Deben los jueces, al cumplir 74 años, por caso, requerir al Poder Ejecutivo un nuevo nombramiento? ¿Tiene que hacerlo el propio Presidente ante cada juez que se aproxime al límite etario?¹⁰

Estos interrogantes parecen afectar la garantía de independencia judicial¹¹ y que los magistrados terminan con relaciones intensas con los otros poderes del Estado.

En efecto, existe incertidumbre en lo que acontece al momento de cumplirse la edad por parte del magistrado, toda vez que inicia un procedimiento sin plazos y sin obligaciones establecidas por parte de los órganos del Estado involucrados. A su vez el magistrado posee un derecho constitucionalmente reconocido a que el Estado se exprese y por lo tanto hasta tanto ello acontezca deberá realizar todas las actividades para la evitar la frustración de sus derechos (v.gr. oponerse al llamado al concurso para la cobertura de esa vacante aún no efectivizada). En este sentido, también hace a la garantía de inamovilidad el hecho de que deben mantener su cargo hasta tanto sean legalmente apartados¹².

¹⁰ Tal como, ya se dijo, realizó el camarista Edmundo Hendler, del fuero penal económico. Presentaciones de un tenor similar fueron efectuadas por Ricardo Bustos Fierro, juez federal con competencia electoral de Córdoba; y los camaristas civiles Eduardo Zannoni y Mauricio Mizrahi (causa CAF 4.592/2017), según informa La Nación on line. <http://www.lanacion.com.ar/2013040-cuatro-jueces-piden-quedarse-despues-de-los-75-anos>.

¹¹ Un punto de vista similar exhibió unos días atrás Ibarlucía, Emilio A., en “¿Habrán ‘jueces mantenidos en sus cargos’?”, La Ley, diario del 6 de abril del año en curso.

¹² Al respecto se registra un particular precedente en la Corte norteamericana. Se trata del caso

Consecuentemente se genera la dudosa paradoja de relacionar sistemáticamente al magistrado mayor de 75 años con los poderes políticos de turno en el marco de un procedimiento periódico y aún no reglado, motivos que justificarían dudas sobre afectaciones al principio de división de poderes, la forma republicana de gobierno y de los postulados básicos de cualquier Estado de Derecho.

Algo similar aconteció en la causa “Iribarren” (Causa I.90.XXIV, 1999). En ese causa, un magistrado provincial llevó ante la Corte Suprema un planteo de índole constitucional cuyo argumento central reposaba en que la constitución provincial no prescribía un modo de cese automático de la función como juez sino que de manera mucho más grave la dejaba al arbitrio del Poder Ejecutivo Provincial toda vez que la vinculaba con el cumplimiento de las condiciones para obtener una jubilación ordinaria. La respuesta del Alto Tribunal fue la siguiente:

corresponde advertir que la norma impugnada presenta –con relación a aquella–, una diferencia de carácter sustancial. En efecto, de modo ajeno al contenido del art. 9, inc. 4 de la Ley Fundamental, el art. 88 de la Constitución provincial hace cesar la condición de inamovilidad del cargo para el magistrado que cumple 65 años, cometiéndolo sine die, a permanecer en la función –con pérdida de un atributo indispensable para su debido cumplimiento, con un carácter precario, sujetando este estado al exclusivo arbitrio del Poder Judicial... (el resaltado es del original).

Y esta paradoja compleja también parece tener inconvenientes frente al diseño histórico de esta garantía. En efecto, la garantía de inamovilidad, que excede la discusión relativa al establecimiento de un límite temporal al cargo, también repercute tanto en la valoración de las condiciones objetivas en la ejecución de la función como en las restricciones en las etapas de intervención de los poderes más políticos del Estado.

En efecto, conforme indica Cramton (2007), en referencia al sistema norteamericano, la Constitución provee solo un único mecanismo a través del cual las áreas más políticas (el poder ejecutivo y el legislativo) pueden influir en el Poder Judicial, esto es en el proceso de selección, donde los candidatos son nominados por el Presidente y confirmados mediante el consejo y consentimiento del Senado. Otros autores también señalan un segundo mecanismo de control político, que es el *impeachment*, de modo tal que se tratan de las instancias de ingreso y eventual egreso forzoso de la función (Kurtland, 1969).

Por su parte, como sostenía Hamilton (2007) en referencia a la independencia del poder judicial, *la tenencia del oficio es una de las cualidades esenciales*, motivo por el cual no es posible afectar el ejercicio de la función del cargo si no es de modo definitivo. Ello resulta tan claro que incluso en los Estados Unidos de Norteamérica, donde aún se mantiene el carácter vitalicio para los jueces federales, los debates en torno al estableci-

“Chandler v Judicial Council” 398 U.S. 74 (1970), donde en un fallo dividido, dicho tribunal entendió que la suspensión provisional en la asignación de nuevos casos no afectaba la garantía de inamovilidad. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/398/74>. Criterio no definitivo en atención a las particularidades del caso y a la votación dividida.

miento de límites temporales o etarios no contemplan el procedimiento de renovación (Carrington, 2005).

De este modo una eventual regulación en la especie debería ponderar los extremos indicados.

El test de convencionalidad sobre la ecuación trinómica

A partir de esta comprensión, estas variables producen efectos sobre las garantías de los magistrados y de los ciudadanos, aspectos que también merecen ser ponderados en el marco de los Derechos Humanos reconocidos a través de los instrumentos internacionales. La Convención Constituyente resolvió que la forma válida para modificar la duración vitalicia del cargo de magistrado es una fórmula con tres factores: límite etario más posibilidad de renovación del acuerdo del Senado y una cláusula suspensiva. La selección de cada uno de esos factores de la ecuación, que deben considerarse un todo inescindible, en virtud del nuevo estándar de deferencia se encuentra exenta de control judicial.

El examen de la eventual y, como se vio, hasta ahora, anómica y discrecional, renovación del acuerdo, en los términos que se encuentra establecida, produce serias dudas sobre su constitucionalidad porque estaría sometiendo a los magistrados a una incertidumbre que afectaría la garantía suindependencia, con efecto reflejo sobre restantes Derechos Humanos de rango constitucional.

Efectivamente, dentro de este especial eje internacional, cabe señalar que reconocida la posibilidad de realizar un control judicial, ello conlleva de modo inherente el contraste con el resto del texto constitucional y particularmente el ejercicio del denominado control de convencionalidad.

Dentro de este último tópico, cabe abordarlo desde una múltiple dimensión, esto es los derechos y garantías internacionalmente reconocidas para el desarrollo de la persona dentro de un Estado. Así, se despliegan instrumentos reconocidos para la tutela de la independencia judicial *per se*, para el adecuado desarrollo del servicio de justicia respecto de los personas y finalmente aspectos vinculados con la dignidad humana donde el magistrado como persona es centro.

La afectación reseñada recae tanto el derecho de defensa en juicio como la tutela judicial efectiva, reconocidos en el art. 18 de la Constitución Nacional y en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido también la Corte Interamericana se ha encargado de resaltar que los magistrados cuentan con garantías especiales como reflejo de la independencia necesaria del Poder Judicial, aspecto que dicho tribunal ha entendido como “*esencia para el ejercicio de la función judicial*”.¹³

El objetivo central de esta protección diferenciada se vincula con la necesaria defensa del sistema judicial y de sus integrantes contra eventuales sometimientos o restricciones in-

¹³ Caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C N° 107, pág. 171. También Caso “Palamara Iribarne Vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135, pág. 145.

debidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al propio Poder Judicial. No debe dejar de ponderarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) publicó en el año 2013 un informe denominado “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”, estudio que parte de la comprensión de que la vigencia de los derechos y libertades en un sistema democrático requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes y los particulares, y en el que exista un efectivo control judicial de la legalidad de los actos del poder público.

En dicho informe se expresa

La duración del nombramiento del cargo de un operador de justicia constituye un corolario de su independencia. Un período de duración definido y suficiente permite al operador de justicia contar con la estabilidad necesaria para realizar con independencia y autonomía sus labores sin presiones ni temor de estar sujeto a una confirmación o ratificación posterior. La Comisión Interamericana comparte con el Relator Especial de la ONU que el nombramiento para mandatos de corta duración debilita el sistema de justicia y afecta a la independencia y el desarrollo profesional. En ese sentido, los períodos más prolongados, especialmente para los cargos de magistrados de las Altas Cortes, Defensor o Defensora General y Fiscal General, sin estar sujetos a una reelección, favorecen ampliamente la estabilidad en sus cargos y, en esa medida, su independencia. La CIDH es de la opinión que es deseable un único nombramiento por un período determinado que asegure la permanencia en el cargo por el tiempo o condición señalada para el o la operadora de justicia. Sin embargo, la Comisión ha observado que en la región existen diferentes factores que dificultan que el nombramiento tenga la duración en la forma indicada. Entre los problemas que son comunes en la región y que a continuación analizará la CIDH se encuentran: a) la reelección de las y los operadores de justicia; b) cargos interinos o en provisionalidad y libre nombramiento y remoción y c) los períodos de prueba (Naciones Unidas, 2009:54).

Por su parte, en lo relativo a la reelección y ratificación en el cargo, expresa que

La Comisión ha observado como un factor de fragilidad en la independencia de jueces y magistrados, la posibilidad jurídica de ser sujetos a una confirmación posterior para permanecer en el cargo, o bien, de ser reelectos. El ex Relator sobre la Independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, ha indicado que la anterior práctica “afecta la independencia y el desarrollo profesional de jueces y magistrados y es contraria a los estándares internacionales en la materia (ONU, 2009:57).

Al respecto, la Comisión IDH considera que es preferible que las y los operadores no estén sujetos a procedimientos de reelección¹⁴ o ratificación, especialmente cuando la

¹⁴ Así lo ha recomendado por ejemplo, la Relatora Especial de Naciones Unidas respecto de los fiscales. Ver Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012, párr. 65.

posibilidad de confirmar en el cargo o no al operador de justicia puede ser discrecional. En este sentido, como lo ha señalado el Relator Especial de la ONU, se podría favorecer la reelección automática de magistradas y magistrados, en los Estados en donde se prevé la reelección, a menos que exista una falta grave debidamente establecida por un proceso disciplinario que respete todas las garantías de un juicio justo (ONU, 2009). La Comisión IDH considera que además de lo problemático que podría resultar la discrecionalidad en un sistema de reelección o ratificación, un operador de justicia que pretenda ser reelegido o ratificado en sus funciones, corre el riesgo de comportarse de tal modo que obtenga el apoyo de la autoridad encargada de tal decisión, o de que su comportamiento se perciba de este modo por los justiciables (Comisión de Venecia, 2011). La Comisión IDH considera que adicionalmente a lo indicado, a efecto de fortalecer la independencia en tales procesos resultaría conveniente que el período para el cual es designado un operador de justicia no sea interferido por los cambios de gobierno y que no coincida con los períodos de las legislaturas.

Por su parte, en la nota número 158 de dicho informe se resalta

Sobre lo problemático que pueden resultar a la independencia aquellos sistemas que contemplan la reelección por parte de los parlamentos, la CIDH recibió información de Costa Rica sobre el artículo 158 de la Constitución conforme al cual corresponde al Poder Legislativo elegir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y reelegirlos para períodos iguales. Según la información recibida por la CIDH el 15 de noviembre de 2012, la Asamblea Legislativa de Costa Rica decidió no reelegir en el cargo al magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Fernando Cruz Castro. Según lo informado era la primera vez que, en Costa Rica, un magistrado de la Corte Suprema no era renovado en el cargo y las razones públicas que se expresaron por los miembros de la Asamblea hacían referencia a las decisiones tomadas por la Sala Constitucional y a la intención del legislativo de “reivindicar a la Asamblea Legislativa como primer poder de la República” y de hacer “un llamado de atención” a la Corte por sus decisiones.

Pero también dicho informe se expresa sobre la provisionalidad de las y los operadores de justicia que resulta de aplicación en la especie:

La Comisión considera que la provisionalidad indefinida y en ausencia de garantías de estabilidad para un operador de justicia conlleva el riesgo de que tome sus decisiones sólo con el objeto de complacer a la autoridad de la cual depende la renovación de su nombramiento o permanencia en el cargo, generando por lo tanto, una duda objetiva sobre la posibilidad efectiva de que puedan participar de manera independiente en los procesos, sin temor a represalias (Comisión de Venecia, 2011:37).

Por otro lado, el Artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a)...

ii) *Condiciones de existencia dignas para ellos* y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;... c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro

de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad (PIDESC, 1966)

Es que cabe analizar hasta qué punto el procedimiento de renovación periódico en tan breve plazo resulta ajustado a la alta dignidad que corresponde a los magistrados, quienes deben poseer intactas sus garantías para poder ejercer adecuadamente sus funciones.

Asimismo cabe analizar un prisma adicional vinculado con la progresividad de la reforma en cuestión.

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que

Los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (CA, 1969)

A su vez, el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) prescribe que

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (PIDESC, 1966).

Por su parte, el Artículo 1° del Protocolo de San Salvador establece que

Los Estados parte en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

De este modo en materia de DESC, los Estados deben adoptar medidas tanto de orden interno como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, en especial económica y técnicamente, hasta el máximo de los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos (PIDESC, artículo 2; Protocolo de San Salvador, artículo 1).

Corresponde definir, siguiendo a la doctrina, los aspectos genéricos o generales de dicho principio. Así se sostiene que

La progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente

exigible, se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento.¹⁵

Por ello la progresividad indica al mismo tiempo un mandato de gradualidad y de no reversibilidad en la actuación del Estado y está lejos de ser un permiso para dilatar la efectividad de los derechos consagrados (Abramovich, 2002:92).

En consecuencia el principio de progresividad constituye el aspecto positivo de la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. A su vez, el Estado asume también una obligación de naturaleza “negativa” -principio de no regresividad- que consiste en una prohibición de adoptar normas jurídicas cuya aplicación afecte el nivel de protección ya adquirido.

Así, la obligación asumida por el Estado al respecto es de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar medidas, y, por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”.

Por todo ello, una vez reconocidos los derechos humanos como inherentes a la persona, surge una serie de consecuencias como son: reconocimiento de los derechos humanos por parte del Poder Público, en un Estado de Derecho o constitucional, la universalidad de esos derechos, la transnacionalidad o su internacionalización, la irreversibilidad, lo cual nos lleva a aseverar que no puede existir en esa materia relativismos ya que la inviolabilidad debe ser respetada y garantizada, así como la progresividad; por lo tanto está implícita la prohibición de la regresividad de los derechos y garantías constitucionales.

En la inteligencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la noción de derechos humanos comprende derechos civiles, económicos, políticos, sociales y culturales, tratándose de derechos y no de simples expectativas, por lo que el largo recorrido de los análisis sobre exigibilidad o justiciabilidad no hace sino corroborar lo que podía inferirse desde el principio, si son derechos, son exigibles (Pinto, 2012:57)

Cabe aclarar que sin que corresponda una plena positivización de un principio general como es la progresividad de los derechos humanos, la Comisión IDH también ha reconocido dicho principio se aplica a todos los derechos consagrados por los instrumentos internacionales. En este sentido expresó que “...Aunque el principio de progresividad se aplica fundamentalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, es importante destacar que no se limita a ellos, ya que el desarrollo progresivo es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos...” (CIDH, 1994).

Ahora bien, cuando analizamos el debate de la Convención Constituyente¹⁶ no encontramos fundamento alguno para el establecimiento del sistema de renovación del acuerdo del Senado ni sobre su funcionamiento.

¹⁵ Nikken, Pedro, La protección Internacional de los Derechos Humanos-su desarrollo progresivo-, IIDH, Civitas, Madrid, 1967, pág. 311.

¹⁶ Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

De este modo, de la comparación entre el carácter vitalicio y la ecuación trinómica diseñada por la Convención Constituyente surge que ésta última estaría implicando una reducción del estándar de seguridad y afianzamiento de la garantía de inamovilidad de los jueces, es decir, la ecuación trinómica -más allá de los inconvenientes que analizamos en el acápite precedente- no implica necesariamente una mejor realización de los derechos y garantías involucrados. A la postre, también se registra ausencia de fundamentación alguna. Ambos motivos hacen que la modificación incorporada como sustituto del carácter vitalicio del cargo de magistrado sea regresiva y por lo tanto que no supere el test de convencionalidad.

Algunas conclusiones preliminares

El objeto del presente trabajo se relaciona con realizar preliminares análisis sobre la validez de la reforma operada en 1994 al sistema vitalicio de los cargos de magistrados federales.

Para tal análisis empleamos los vigentes y actuales estándares de deferencia sobre la labor de la Convención Constituyente, y en particular los aplicamos a la elección de la fórmula que seleccionó dicha convención para reemplazar el carácter vitalicio de dicha función. Por ello la selección de los factores que se realizó no fue objeto de crítica.

Ahora bien, la legalidad y razonabilidad de cada uno de esos tres factores corren por cuerda separada, operatoria conforme también con dichos estándares de referencia. Es decir, así como la Corte Suprema ingresó en el análisis de la validez del establecimiento de un límite etario, en este trabajo ingresamos en el mismo análisis respecto del procedimiento para la obtención de un nuevo acuerdo del Senado de aquellos magistrados que cumpliesen 75 años.

Para tal análisis ponderamos el período y el ciclo permanente establecido de manera conjunta con los eslabones que se establecen para su obtención a la luz de criterios de razonabilidad, y legalidad constitucional y convencional.

De este modo, la ecuación trinómica, con factores inescindibles, evaluada por la Convención Constituyente de 1994 como sustituto válido para reemplazar el carácter vitalicio de los cargos de los magistrados sin afectar las garantías constitucionales, parece contener un componente inválido que termina por nulificar la totalidad de la modificación dispuesta.

Si bien este aspecto no fue tratado por nuestro Máximo Tribunal en las causas “Fayt” y “Schiffrin” citadas, cabe indicar que actualmente se encuentra en trámite una causa que posee cierta similitud. Se trata de la causa F.880.XLIII, autos “Federación Argentina de la Magistratura y otra c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, en donde la actora plantea la inconstitucionalidad del artículo 156, primer párrafo, de la Constitución local (según texto reformado y sancionado en 1998, B.O. del 22/4/98) y cuestiona ese precepto en cuanto establece que *“Los Jueces de la Corte de Justicia son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado prestado en sesión pública. Duran seis años en sus funciones pudiendo ser nombrados nuevamente”*, para ello destaca que con anterioridad a la reforma del año 1998, la Constitución provincial limitaba ese sistema pues disponía que frente a una segunda designación en el cargo los jueces de la

Corte adquirirían la inamovilidad (artículo 152 del texto constitucional aprobado en 1986) y sostiene que el régimen actual de designación periódica de los integrantes del máximo tribunal provincial afecta la garantía de independencia del Poder Judicial al resultar incompatible con el principio de inamovilidad de los jueces y, por ende, viola en forma directa, según afirma, los artículos 1°, 5°, 18, 31, 75, inciso 22 y 110 de la Constitución Nacional, como así también el Preámbulo, cuando éste se refiere al objetivo de “afianzar la justicia”, y el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De este modo, la Corte Suprema cuenta en la actualidad con un expediente que, dependiendo como se resuelva, podría llegar a finiquitar cualquier cuestionamiento sobre el particular. Nuevamente nuestro Máximo Tribunal, mediante el uso de su jurisdicción constitucional más eminente, tendrá la posibilidad de arrojar luz sobre el asunto que comentamos que, como vimos, genera más incertidumbres que certezas.

Bibliografía

Banco Interamericano de desarrollo. (20069. *La política de las Políticas Públicas*. Progreso económico y social en América Latina, informe 2006, Ed. Planeta. Disponible en https://books.google.com.ar/booksid=JTFTbtMa75MC&pg=PA92&lpg=PA92&dq=el+cargo+vitalicio+de+los+jueces&source=bl&ots=Jg_9yPIkuv&sig=2ETsIb-64PIZ8w_2vFPvFi8EWfK&hl=es

Blackstone, William. (1753). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1. Disponible en http://files.libertyfund.org/files/2140/Blackstone_1387-01_EBk_v6.0.pdf

Calabresi, Steven (S/A). *Term limits for the Supreme Court: Life tenure reconsidered*. Disponible en http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol29_No3_Calabresi_Lindgren.pdf

Conf. Carrington, et al. (2005). *The Supreme Court Renewal Act: A Return To Basic Principles*. Disponible en <http://zfacts.com/metaPage/lib/2005-SUPREME-COURT.pdf>. También ver Calabresi, Steven G. y Lindgren, James, *Term limits for the Supreme Court: Life tenure reconsidered*.

Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (2011). Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II – el Ministerio Público. Adoptado por la Comisión de Venecia en su 85a reunión plenaria.

Kurtland, Philip B. (1969). *The constitution and de tenure of federal judges: Some notes from history*, 36 University of Chicago Law Review 665, Journal articles, 1969. Disponible en <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3618&context=uclev>

Cramton, Roger. (2007). C., *Reforming the Supreme Court*, Cornell Law Faculty Publications, Paper 1211. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2216&context=facpub>

CSJN, Iribarren, *Casiano Rafael c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza*. Causa I.90.XXIV.

CSJN, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*. Causa CSJ 159/2012 (48-S) ICSL, autos.

Dalla Vía, Alberto. (S/A). “¿Cambió la jurisprudencia o la cuestión sigue abierta?”, diario *La Ley*.

Elliot, Jonathan (1827). *The Debates in the Several State Conventions of the Adoption of the Federal Constitution*, vol. 2. Disponible en <http://oll.libertyfund.org/titles/elliott-the-debates-in-the-several-state-conventions-vol-2>.

Pinto, Mónica (2012). *Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano*. Avances y desafíos actuales, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 56, julio-diciembre 2012, San José, Costa Rica.

Teitelbaum, Joshua. (2006). C., *Age and tenure of the justices and productivity of the U.S. Supreme Court: are term limits necessary?*, 34 Fla. St. U.L. Rev. 161-181, 2006. Disponible en <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1601&context=facpub>

Aportes para la consolidación del contralor provincial de los servicios públicos nacionales

Por Jorge Luis Bastons

I. Introducción

El texto de la Constitución Nacional reformada en 1994 (CN) mejoró en mucho la relación preexistente entre las autonomías provinciales y el Estado nacional, minimizando así las posibilidades de que este último continuara menoscabando los derechos y potestades de aquellas.

Prueba de ello es que desde el propio articulado de dicha Carta Constitucional se procedió a ratificar el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en su territorio, a reconocer las potestades de contralor regulatorio en materia de medio ambiente, a mandar ordenar el régimen fiscal, así como a autorizar a las provincias a celebrar convenios internacionales, a conservar los organismos de seguridad social de sus empleados públicos y de los colegios profesionales, entre otros contenidos de igual o similar tenor.

Por nuestra parte sólo buscamos que esos derechos constitucionales tan bellamente enunciados, tengan ni más ni menos que su adecuado andamiaje en la vida material y concreta de la Nación¹. Y lo hacemos convencidos de que el escenario de la lucha por los derechos necesita tanto de los aportes teóricos de la doctrina como de una sana militancia ciudadana en su defensa, porque más allá de la mayor o menor claridad y certeza que pueda emanar del carácter formal de los derechos, lo cierto es que tanto su legitimidad como su vigencia y eficacia material dependerán de los intereses y relaciones de poder de unos y otros².

En este sentido los argentinos no podremos negar que durante el siglo veinte hemos tenido una notoria incapacidad para resolver nuestros problemas dentro del marco del

¹ “El significado de un derecho constitucional, su alcance y contenido, así como su importancia frente al Estado, las demás personas y grupos, y los restantes derechos constitucionales, dependerá de su enunciado constitucional, pero más todavía, y fundamentalmente, de la ideología que utilice el intérprete-operador de la Constitución. En el caso argentino existe una nítida base iusnaturalista en los derechos constitucionales, pero la situación es compleja porque la Constitución contiene una suerte de mixtura ideológica con tres ingredientes principales: liberalismo, cristianismo y modernas tendencias propias del estado social de derecho. Las dos últimas tienden a conciliarse con mayor facilidad que la primera”, SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, p. 288, Astrea, Buenos Aires, 2003.

² Ver de Ferdinand LASALLE *¿Qué es una Constitución?* (Ediciones Júcar, España, 1978), donde se describe con suma claridad que los problemas constitucionales no son en última instancia problemas de derecho, sino de poder, y por tanto, que la verdadera constitución de una país reside en los factores reales y efectivos de poder imperantes en la nación más allá de los derechos formalmente establecidos con cuidadas letras doradas en el texto constitucional.

Estado de Derecho. Por lo tanto, a los fines de un sano mea culpa, quizá sea provechoso recordar el duro juicio de Juan Bautista ALBERDI cuando afirmaba:

...(sin mejor población) que la que tenemos para la práctica de la república representativa, todos los propósitos quedarán ilusorios y sin resultado. Haréis Constituciones brillantes que satisfagan completamente las ilusiones del país, pero el desengaño no tardará en pedirnos cuenta del valor de las promesas, y entonces se verá que hacéis papel de charlatanes cuando no de niños, víctimas de vuestras propias ilusiones (Alberdi, 1992:167)

El punto es que la Constitución material, la viva, la de todos los días, nos muestra en el caso bajo examen que, ya sea porque el *establishment* económico financiero ha sido más fuerte que la voluntad del Estado nacional; o porque el Estado nacional no le ha hecho lugar a las provincias interesadas; o bien, porque estas últimas no peticionaron ni presionaron lo suficiente como para hacerse el lugar que les reserva la Constitución Nacional en los entes reguladores de los servicios públicos de competencia nacional³, lo cierto es que esas sillas aún hoy se encuentran mayormente vacías.

³ “De todas las criaturas jurídicas aparecidas o renovadas con la reforma del Estado iniciada en 1989, los entes reguladores han sido –sin disputa– los que más interés práctico y teórico despertaron. No es para menos, ciertamente, si tenemos en cuenta que los servicios públicos nacionales más importantes –agua potable, comunicaciones, energía eléctrica, gas, y transporte aéreo y terrestre– están regulados cada uno de ellos por un ente específico. Ello les otorgó un *rol* protagónico en los estudios de Derecho Administrativo, a partir del desarrollo de una nueva rama usualmente denominada “derecho de la regulación”, muy ligada a la economía. Como puede verse, son muchos los puntos de abordaje que esta inagotable temática ofrece. De hecho, los norteamericanos –que llevan más de cien años analizándolos– no se han dado todavía por satisfechos y se siguen planteando nuevas problemáticas alrededor de las controvertidas Independent Regulatory Commissions. Incluso se discute si su creación es o no constitucional y si son verdaderamente independientes.

Sin embargo, hay dos cuestiones que deben ser abordadas en forma preliminar y ellas son: a) a qué estamos aludiendo realmente cuando hablamos de “entes reguladores”; y b) cuáles son los postulados de la coherencia interna de su régimen jurídico. En cuanto a la primera pregunta, debemos admitir que no existe una noción precisa de lo que es un ente regulador, ya que ciertamente no nacieron con la reforma del Estado de 1989. En todo caso se han desarrollado con mayor intensidad a partir de ella. Pero nadie puede dudar de que la vieja Junta Nacional de Carnes, ya desaparecida, o el propio Banco Central entran también en la categoría de entes reguladores. De modo tal que es necesario, quizás, formular algunas precisiones en torno a esta cuestión. En relación con la segunda, si bien es común oír hablar de los entes reguladores en forma general, como si se tratara de una categoría única dotada de reglas jurídicas uniformes, es un hecho evidente que en la Argentina –en el orden federal– la creación de los entes reguladores no ha respondido a una metodología planificada ni a un modelo específico. Esto es así aunque en líneas generales se ha intentado seguir el modelo norteamericano en lugar del inglés, que en cambio fue usado en materia de tarifas (...) Por ello, cuando hablamos de los entes reguladores en conjunto como una categoría particular, debemos tener en claro que no alu-

Ergo, lo que sigue es un intento conceptual de poner las cosas en su lugar, ni más ni menos que donde la mismísima letra de la Constitución Argentina nos dice que están. Vaya entonces nuestro humilde intento por hacerlas realidad⁴.

II. Relación medio ambiente provincial- servicios públicos nacionales

El Derecho Ambiental puede resultar de suma importancia en relación al tema en estudio⁵, puesto que constituye una de las posibles vías de convalidación de un contralor

dimos a un sistema o régimen homogéneo que permite trasladar automáticamente las reglas aplicables en cualquiera de ellos a los restantes”, BIANCHI, Alberto, *La regulación económica*, Tomo I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 201/205.

⁴ “En nuestra opinión, estamos en falta constitucional al no haber implementado la participación de los usuarios en los órganos de dirección de los entes reguladores. Algunos fallos han comenzado a rechazar petitorios de esta naturaleza de los usuarios, incumpliendo así, a nuestro modo de ver, el precepto constitucional.

La doctrina ciertamente no ayuda, en esta materia, pues por lo general no hace esta interpretación y no sólo postula que hace falta ley expresa sino que va más allá: hasta ve dicha participación incompatible con la función supuestamente jurisdiccional de los entes. Es lo de siempre: se teme que la participación sea un factor de desestabilización, no advirtiendo que es un mecanismo de integración social. También es cierto que el impulso participativo que pareció animar el espíritu oficial contemporáneo ha perdido velozmente apoyo en las esferas gubernamentales. Se ha dado en los hechos más movilización social, con toma y dominio de la calle, que auténtica participación política y administrativa.

En cuanto a la participación de las provincias, cuando existe ella se maneja desde los llamados Consejos Federales como el de la Energía, presidido por el Secretario de Energía. Los plazos deben vencer en forma escalonada para que ningún gobierno pueda nombrar o remover a todos sus miembros en el directorio, sino como máximo recambiar a uno o dos en un mismo mandato, manteniéndose mientras tanto los representantes de los usuarios y las provincias con sus propios mecanismos autónomos de renovación”, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, *La defensa del usuario y el administrado*, 8ª Edición, VI-26, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006.

⁵ “El ambiente puede ser objeto de una definición restrictiva o amplia. Para la primera está integrado por el conjunto de elementos físicos que rodean y entre los cuales se desenvuelve la existencia de las personas. La tierra, el aire, el agua, la flora, la fauna y todos aquellos objetos materiales que son obra del hombre, conforman el ambiente. Tanto los objetos materiales de carácter natural como los artificiales. En su concepción amplia, el ambiente abarca también las circunstancias y condiciones físicas, sociales, culturales y económicas bajo las cuales se desenvuelve la vida humana. Es esta segunda acepción la que adopta el texto constitucional”. “...Sin embargo, no es mucho lo realizado sobre el particular porque el éxito de las medidas que se adoptan está condicionado a la existencia de una idea dominante en la sociedad destinada a defender, no solamente el macroambiente, sino también el microambiente que rodea a cada individuo, y esa idea dominante todavía no integra los hábitos sociales. En esta materia, como

provincial directo, indirecto y/o mixto sobre los servicios públicos de competencia nacional⁶, todo lo cual da lugar (al menos) a la formulación de esbozos de diversos escenarios jurídicos donde, por caso, las provincias podrían hacer valer más firmemente sus derechos al respecto.

Lo expuesto bien podría llevarse a la práctica de manera directa, como indirecta o mixta.

De manera directa: cubriendo las propias provincias el vacío legal existente generado por el incumplimiento de lo dispuesto por el art. 42 *in fine* de la Constitución Nacional⁷.

De manera indirecta: por influjo del art. 41 de la CN, es decir, aplicando por analogía el régimen protector del medio ambiente previsto por dicho artículo al control de los servicios públicos interjurisdiccionales.

Por otra parte, en virtud del art. 43 de la CN, las provincias que resulten afectadas en los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor podrán interponer acción expedita y rápida de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas.

De manera mixta: por la concomitancia de las anteriores.

Así como por imperio de los artículos 121 y 126 de la Carta Magna Argentina, la Nación ejerce un poder soberano sobre las provincias autónomas (las cuales conservan todos sus poderes no delegados a la Nación)⁸, el art. 124 les otorga a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

El art. 125 establece una cláusula específica para el progreso provincial; el art. 41 protege el derecho a un medio ambiente sano; mientras que el art. 42 tutela los derechos de los

en tantas otras, las normas jurídicas son ineficaces si no están precedidas por un real estado de conciencia social”, pp. 434/435, BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2004.

⁶ Atento la diversidad de concepciones doctrinarias sobre la noción de *servicio público*, diremos con Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO que las mismas “pueden ser clasificadas del siguiente modo: A. Teorías que consideran como servicio público *toda actividad del Estado* cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes; B. Teorías que consideran como servicio público *toda la actividad de la administración* sujeta a un procedimiento de derecho público; C. Teorías que consideran como servicio público *sólo una parte de la actividad de la administración*”, p. 7, Tomo III, *Derecho Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

⁷ Art. 42 *in fine*: “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

⁸ Decía ALBERDI en su obra *Derecho Público Provincial Argentino* (Ediciones Paradigma Libros) que las provincias “no enajenan el poder que dan a la Confederación. Lo ejercen del mismo modo que su poder local. Tan suyo y de su elección es el poder nacional como el provincial: son dos procuraciones, dos representaciones de diversos rangos, constituidas separadamente para manejar mejor dos clases de facultades pertenecientes a la misma soberanía popular”.

consumidores y usuarios de bienes y servicios mediante el dictado de una legislación que establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Por su parte el art. 75 inc. 30 la CN nos recuerda: “Que corresponde al Congreso: (...) dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”⁹.

Por nuestra parte, podemos afirmar sin temor a equívocos que la inmensa mayoría de los entes reguladores¹⁰ de los servicios públicos nacionales como el Ente Nacional Regu-

⁹ “El ejercicio por el Congreso nacional de una legislación exclusiva sobre los establecimientos que por ley son declarados de utilidad nacional y que están situados en el territorio de las provincias, se limita a la medida necesaria que motivó dicha calificación. Por tal razón, sobre esos lugares subsiste plenamente la autoridad provincial y municipal en tanto no interfiera con los fines que motivaron la calificación de la utilidad nacional. Los conflictos que se presenten deben ser resueltos por el Poder Judicial, aunque aplicando un criterio restrictivo respecto de las aspiraciones del Gobierno nacional por tratarse de una excepción al principio consagrado por el art. 21 de la Ley Fundamental. De manera que, en caso de duda, la solución debe ser favorable a la autonomía provincial y a la autarquía de los municipios”, pp. 1109/1110, BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2004.

¹⁰ “¿Puede considerarse que la mención del art. 42, tercer párrafo de la Constitución Nacional, erige a los entes de servicios públicos en órganos constitucionales? (...) Cabe recordar que, bajo el imperio de la Constitución (texto 1853/60), el artículo 5° sólo imponía –a las provincias– ‘asegurar su régimen municipal’. Pero ese solo enunciado permitió a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarar: a) la existencia necesaria de los municipios; b) derivar, de esa existencia necesaria, un régimen de autarquía primero, y de autonomía a partir del caso ‘Rivademar c/Municipalidad de Rosario’, autonomía luego consagrada en el art. 123 de la Constitución Nacional.

De manera similar, podría interpretarse que la previsión del art. 42 CN da –a los entes de regulación y control de servicios públicos– una existencia necesaria y, de ella, derivar sus facultades y su ámbito de autonomía. Adviértase, además, que la norma constitucional establece un esbozo de organización y de funciones, toda vez que prevé ‘la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas’. Cuando se cumpla con el imperativo constitucional de hacer participar a las provincias en estos organismos, no parece que éstos puedan permanecer sometidos a poderes de control jerárquico ni de tutela del Poder Ejecutivo Nacional.

He afirmado que los entes de regulación y control pueden encuadrarse en esa interesante tipología del Derecho Público contemporáneo: las llamadas administraciones independientes que, de modo más o menos explícito, hacen de la independencia frente a directrices

lador de la Electricidad (ENRE, ley 24.065), Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS, ley 24.076), Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS, Decreto 999/92), Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA, Decreto 375/97), Autoridad Regulatoria Nuclear (ARN, ley 24.804), entre otros entes de similar tenor, no cuentan en su seno con la *participación necesaria* de las organizaciones de usuarios¹¹, ni mucho menos de las provincias interesadas.

Ahora bien, a tenor de las omisiones referenciadas y a la luz de lo normado por el art. 42 in fine de la Constitución Nacional, salta a la vista que más allá de las pocas o muchas excusas que puedan alegarse en defensa del estado de situación descripto, no caben dudas de que el mandato constitucional ha sido mayoritariamente incumplido. Arriesgando a priori que tales omisiones podrían convertir al Estado en responsable final de los daños ocasionados por las empresas concesionarias de los servicios públicos, puesto que el Estado Nacional, en definitiva, ni siquiera se encargó de velar en muchos casos por la correcta conformación de los directorios de los entes controladores. Responsabilidad por omisión que asimismo podría hacerse extensiva a los Estados provinciales toda vez que incurran en inacción petitoria por ante el Estado Nacional¹².

político-gubernamentales, nota esencial de su régimen jurídico”, REIRIZ, María Graciela, pp. 267/268, “Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos”, en *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo*, Carlos BOTASSI (Director), Librería Editora Platense, 2003, La Plata.

¹¹ “La regulación se relaciona en forma directa con la moderna teoría de protección al consumidor. Si bien este esquema legal se remite antes que nada al derecho comercial, es evidente que la regulación se relaciona de manera directa a los derechos humanos por una parte y al consumidor por la otra. Los servicios públicos afectan a las personas pobres e indigentes, distinción que se aplica para distinguir a quienes no pueden llegar al sistema económico y sin embargo deben vivir sin dinero. La calidad de vida, (...) se encuentra siempre presente en todo servicio público y es motivo de regulaciones medioambientales en todas las entidades regulatorias del mundo. En los países modernos, la autoridad regulatoria se encarga de evaluar si la calidad del servicio está a la altura de la tecnología y persigue que los problemas de pobreza no afecten la propia vida de pobres e indigentes”, PIGRETTI, Eduardo, p.124, *Derecho Ambiental Profundizado*, La Ley, 2004, Buenos Aires.

SALOMONI sostiene que: “Aunque la norma constitucional argentina analizada sea clara en cuanto a la diferenciación de los sujetos consumidor y usuario de un servicio público o actividad de interés público, (...) lamentablemente en el debate de la Convención Constituyente se los trató indistintamente, lo que le quitó riqueza hermenéutica para la posterior aplicación de los supuestos comprendidos y al contenido material de los derechos allí establecidos para esos colectivos”, p. 397, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1991.

¹² Puntualmente el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires nos dice que “Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz” y más adelante, que la Provincia proveerá “(...

Nótese además que el aludido art. 42 de la CN dice expresamente “previendo” la “necesaria participación”, vale decir, que esa legislación debería tener presente (y por tanto no omitir) la inclusión de las asociaciones de usuarios y de las provincias interesadas, en los entes reguladores de los servicios públicos nacionales.

Asimismo, ponemos de resalto que una participación indicada constitucionalmente como *necesaria* es de por sí constitutiva de algo o alguien, que es una parte propia de ese algo o alguien (porque sin dicha *participación* no *es*, porque no llega a *ser*). Es decir, que no habría ningún *ente de control* sin la *participación necesaria de las asociaciones de usuarios y provincias interesadas*. En otras palabras, la *participación necesaria* de dichos componentes en la estructura interna de los organismos de control es un requisito esencial de los mismos, porque sin dicha esencia, sencillamente no habrá ningún organismo de control creado conforme a Derecho (y por ende que todos aquellos entes que incumplan con lo ordenado por el art. 42 *in fine* de la Constitución Nacional serían pasibles de ser reputados inconstitucionales¹³).

Además si la CN le otorga un lugar en los entes reguladores a cada provincia interesada, ello quiere decir que nuestra Carta Constitucional Argentina les está reconociendo su poder de policía sobre la materia¹⁴.

También se podría conjeturar que cuando el art. 42 de la CN habla de *participación necesaria*, ello no quiere decir que deban incluirse representantes (de las asociaciones de consumidores y usuarios, ni de las provincias interesadas) en el órgano máximo de conducción de *los organismos de control*, sino que dicha *participación necesaria* en realidad ya fue ejercida por los senadores nacionales (representantes por antonomasia de las provincias en el Poder Legislativo Nacional¹⁵) cuando éstos participaron (y siguen ha-

al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores”.

¹³ Una crítica a lo expuesto debería afirmar que el mandato constitucional del art. 42 *in fine* de la CN ordena la sanción de una legislación que contemple... la incorporación de las provincias interesadas en los organismos de control... es decir que no ordena directamente tales incorporaciones. En definitiva este argumento bien podría servir de legítima excusa para que el Poder Ejecutivo Nacional haya creado entes de control por su exclusiva cuenta atento la mora legislativa incurrida por el Honorable Congreso de la Nación para la sanción de la legislación ordenada por la Constitución Nacional Argentina.

¹⁴ Una respuesta en contrario debería afirmar que la inclusión de las provincias en los organismos de control se debe: 1) a que están “interesadas”; 2) a que su “interés” se debe al hecho de ser las titulares de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios; y, 3) a que la propia Constitución incluye a las asociaciones de usuarios y consumidores, siendo que éstas no detentan per se ningún poder de policía.

¹⁵ A contrario sensu debería mencionarse la suerte de deceso que sufrió tal afirmación a partir de la reforma constitucional de 1994, puesto que al cambiarse el modo de elección de los senadores nacionales (se pasó de su elección indirecta –por cada legislatura provincial– a la directa –por el pueblo de cada provincia–), ello ha devenido en un marcado desdibujamiento

ciéndolo) en cada debate de comisión y tratamiento de cada una de las leyes vinculadas a la temática de la tutela del medio ambiente¹⁶ y del contralor de los servicios públicos de competencia nacional.

Claro que esta última interpretación implicaría que la previsión de la inclusión necesaria de las provincias interesadas y de las asociaciones de usuarios y consumidores no sería ya en la legislación *ad hoc* y en los organismos de control, sino solamente en la legislación referida a estos temas y nada más...

Con lo cual, no sólo se estaría interpretando pésimamente el sentido y alcance de la normativa del art. 42 *in fine* de la CN, sino que asimismo nos daría la posibilidad de legitimar y perfeccionar la instalación del mecanismo de tutela del medio ambiente establecido por el art. 41 de la CN, y por su intermedio, la posibilidad de un co-contralor de las empresas concesionarias de servicios públicos de competencia nacional en relación a los recursos naturales de propiedad de las provincias interesadas dentro de sus propios territorios.

Control que, dicho sea de paso, cada provincia ejercería en razón de su poder de policía¹⁷, el cual como es sabido se encuentra perfectamente reconocido por los artículos 41, 42, 75 inc. 30, 121, 124, 125 y 126 entre otros tantos de nuestra Constitución Nacional.

Cabe recordar que el Derecho Ambiental es una disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución, constituida por:

(...) el conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida (Cafferatta, 2004:9).

conceptual de la idea de representatividad institucional de los intereses provinciales en la Nación ya que su elección directa los iguala –al respecto– a los diputados nacionales.

¹⁶ Es necesario tener presente el avance notorio que ha marcado para el Derecho Ambiental la ley 25.675 (Ley de Política Ambiental. B.O.: 28/11/2002), la cual establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Esta ley rige para todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y deben utilizarse para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia (art. 3). Entre los logros de esta norma, cabe destacarse la instauración de un Sistema Federal Ambiental a través del COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) el cual debe instrumentar la coordinación de la política ambiental, tendiente al logro del desarrollo sustentable, entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires (art. 23, ver también Anexo I Acta Constitutiva del COFEMA).

¹⁷ A los fines prácticos, entendemos por poder de policía a la potestad estatal de poner limitaciones a los particulares en razón de la más efectiva tutela de la salubridad, moralidad, seguridad pública y del medio ambiente, tanto como por causales económicas y de emergencia (conf. arts. 41, 121, 125 y 75 inc. 30, entre otros de la CN).

Es decir, que si el Derecho Ambiental tiene por función proteger al ambiente, y éste está constituido por los propios elementos y sustancias que a su vez le sirven de soporte material a los servicios públicos más tradicionales y básicos, bien podremos esbozar una obvia relación de inmediatez entre unos y otros (y quizá hasta de existencia de los otros respecto de los unos)¹⁸.

Ahora bien, si nos tomamos la molestia de prestar más atención a estas relaciones, notaremos por ejemplo que en nuestro país la provisión de electricidad depende mayormente de la explotación de la energía cinética de los grandes cursos de agua; que el venteo de gas depende de la previa descomposición de sustancias orgánicas bajo el suelo; que los medios de transporte dependen de la extracción y elaboración de combustibles; entre otras vinculaciones.

Es decir, que existe una relación profunda entre el medio ambiente y los servicios públicos, una relación más del tipo causa-consecuencia que de antecedente a consecuente; más de dado A es B, que de dado A debe ser B; más de *ser*, que de *deber ser*.

Por lo dicho va de suyo que así como:

...los prestadores del servicio de agua deben cuidar que el servicio no se polucione; las industrias que procesan productos para la alimentación y la bebida no deben contaminar el ambiente, como tampoco los proveedores de carne y vegetales para el consumo han de incurrir en depredación, ni los cultivos han de arrasar el suelo volviéndolo improductivo a cierto plazo...” (Bidart Campos, 1994:96) afirmamos: *que atento a que los servicios públicos más elementales no podrían funcionar sin la obvia existencia previa de los recursos naturales, descontamos que la regulación consuetudinaria de dichos recursos trae aparejada una implícita relación de correspondencia respecto de los servicios públicos*. Vale decir, que a lo expresado por el art. 42 de la Carta Magna Argentina le cabe plenamente la regulación dispuesta por el art. 41 (máxime cuando el mandato establecido por el art. 42 está, en el mejor de los casos, inconcluso).

¿Qué establece entonces el art. 41 de la CN? y, ¿cómo podríamos aplicar su régimen al vacío legal suscitado a raíz del incumplimiento de lo normado por el art. 42 de la CN?

Pues, la importancia del art. 41 de la CN es crucial, dado que no sólo manda a las autoridades a proteger el derecho a un medio ambiente sano, sino que le fija al Estado el modo

¹⁸ “Con respecto a los (...) grandes sectores de los servicios públicos (además de la electricidad, y el agua y saneamiento), se mantuvo también la jurisdicción nacional que existía con las empresas nacionales estatales, en general monopólicas y únicas, como Gas del Estado, ENTEL y la propiedad nacional exclusiva de los recursos naturales, que en muchos casos son el sustento de los servicios públicos a prestarse (hídricos, hidrocarburíferos, de las comunicaciones, del transporte, etcétera). Toda esta tradición impide la aparición del ámbito jurisdiccional para que las provincias desarrollen sus marcos normativos y sus organismos reguladores”, *La regulación provincial de los servicios públicos en la Argentina*, HERRERO, Félix (Director), p. 25, Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, 2003, Buenos Aires.

de hacerlo. Así, primeramente nos dice que “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho... y a la información y educación ambientales”¹⁹.

De ello colegimos que dado que dicho artículo no distingue ni precisa el alcance del término *autoridades*, entendemos que la intención del constituyente ha sido entonces la de darle un sentido amplio y generoso. Lo cual, implica sostener que la responsabilidad por la sanidad del ambiente recae tanto en las autoridades nacionales como en las provinciales y municipales.

Por otra parte, si recordamos que el art. 41 de la CN establece que “corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”, va de suyo deducir que la Constitución viene a ratificar aquí su espíritu federalista al poner en cabeza de las autoridades provinciales el mayor peso en la protección del ambiente.

Lo cual equivale a decir, en otras palabras, que la Nación (por el Congreso) sólo construye los pilares fundamentales del edificio legislativo, sobre los cuales las provincias desarrollan la normativa más detallada en razón de las circunstancias particulares propias de cada Estado miembro. Así, la Nación fija la base de la pirámide normativa sobre la cual continúan legislando en tal sentido las provincias. Máxime cuando el artículo en cuestión expone claramente que la normativa nacional no puede alterar las *jurisdicciones locales*. Pero, cinismo mediante, podría agregarse (puesto que la terminología constitucional así lo permite), que cuando el art. 41 de la CN se refiere al *dictado de normas* por parte de la Nación: 1º) por un lado dichas normas bien podrían ser decretos presidenciales puesto que el texto no distingue... y, 2º) que tal normativa (aun debatida y sancionada por el Congreso Nacional) bien podría operar a modo de cripta jurídica y por ende enmarcar unos lineamientos tan abarcativos de la potestad del Estado Nacional sobre la materia, que dejarían a las provincias prácticamente sin la posibilidad real de ejercer su poder de policía ambiental dentro de sus territorios. Situación que felizmente la ley 25.675, de Presupuestos Mínimos Ambientales, no parece desvirtuar, sino que por el contrario apunta a preservar a través de diversos mecanismos tales como el establecimiento y funcionamiento del COFEMA, la ratificación del Pacto Federal Ambiental y el expreso reconocimiento del principio de solidaridad y cooperación (art. 4º).

Debe tenerse presente que en tiempos donde las inversiones de capital privado suelen tener un peso específico de gran importancia en lo que a términos de desarrollo económico se refiere, cabe preguntarse si el sistema constitucional planteado para la defensa y protección del ambiente (estructurado sobre la base de la normativa madre

¹⁹ Aquí es importante tener en cuenta que la ley 25.831 ha establecido el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (B.O.: 07/01/2004). El objeto de la ley consiste en establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas (art. 1º).

dada por el Estado Nacional para que luego sea completada y/o coordinada por las legislaciones provinciales) no implica en verdad un freno a la defensa del bien jurídico protegido por parte de las provincias, ya que va de suyo presumir que las empresas inversoras preferirán radicarse no sólo donde más ganen, sino donde menos se las regule y controle. En resumen, creemos que a la hora de invertir y radicarse evaluarán y ponderarán mejor aquella plaza que no haya desarrollado sus esquemas tuitivos más allá de la normativa nacional de presupuestos mínimos.

Por otra parte, también podría alegarse que la normativa nacional sobre el particular mal podría menoscabar la *jurisdicción provincial* ya que, siguiendo la doctrina clásica que sostiene el carácter nacional de los servicios públicos con basamento en su interjurisdiccionalidad, si bien las provincias detentan el dominio originario de sus recursos naturales... ello no sería título suficiente para arrogarse la detentación de jurisdicción en el caso que nos ocupa.

III. Opciones operativas de los diversos actores sociales implicados en la problemática bajo examen

En resumen, las mismas podrían ser:

- 1) Que por ley del Congreso de la Nación se incorpore a las provincias interesadas y a las asociaciones de usuarios en las estructuras dirigenciales de los entes de control de los servicios públicos de competencia nacional.
- 2) Que el Poder Ejecutivo Nacional dicte un/os Decreto/s con el mismo contenido detallado en el punto 1).
- 3) Que hasta tanto se cubra el vacío legal existente sobre la materia, cada provincia haga valer en el ámbito de su territorio el indiscutible poder de policía que detenta sobre sus propios recursos naturales, estableciendo políticas racionales y uniformes sobre el tratamiento de tales recursos, y por tanto fijando restricciones a todo uso nocivo y/o disfuncional en que incurran o pudieran incurrir las concesionarias de servicios públicos de competencia nacional (control indirecto).

Puesto que dicho vacío legal al no incluir a las provincias en los entes reguladores de los servicios públicos de competencia nacional, las priva materialmente del ejercicio de sus prerrogativas de control directo sobre ellos (y por tanto, ante la irrazonabilidad del sistema de control vigente), las provincias podrían tomar medidas mucho más osadas, como las de retomar y ejercer el control directo de aquellos servicios públicos interjurisdiccionales dentro de su propios territorios. Vale decir que, *controlando* directamente los servicios públicos interjurisdiccionales en sus propios territorios, las provincias estarían cumpliendo *indirectamente* con lo ordenado por el art. 42 de la Constitución Nacional.

- 4) Que aún cubierto el vacío legal denunciado, igualmente podrían las provincias continuar con su actividad legislativa prevista por el art. 41 de la CN, y asimismo con los controles que cada Poder Ejecutivo Provincial establezca, en tanto y en cuanto no interfieran con la racional, general, continua, obligatoria, igual y regular prestación de los servicios públicos de competencia nacional.

Otros escenarios posibles

a) Podría suceder que mientras las provincias no integren los organismos de control de los servicios públicos interjurisdiccionales, invocando el art. 41 de la CN legislen al respecto no sólo invadiendo materias claramente delegadas a la Nación, sino que (como la Nación buscando favorecer las inversiones extranjeras firmó acuerdos y tratados internacionales²⁰ por los cuales cedió su jurisdicción en Tribunales Arbitrales y Jurisdiccionales extranjeros), podría resultar a lo menos peligroso para el patrimonio nacional y/o provincial que árbitros y/o jueces extranjeros pudieran fallar en favor de las mismas por haberse alterado las condiciones contractuales del caso.

b) Existen sobradas razones para considerar que la incorporación de las provincias a los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional podría resultar un excelente negocio para las empresas prestatarias, puesto que, como es sabido, a mayor cantidad de miembros en el directorio de un ente que debe discutir y acordar políticas, es muy probable que aumenten las posibilidades de que el mismo pierda ejecutividad, y por lo tanto que, en líneas generales, controle menos o peor.

c) Que asimismo, al incorporarse a los directorios de los entes al/los representante/s de la/s provincia/s interesada/s, si bien éstas no podrían renunciar a los derechos-deberes a que la Constitución Nacional las obliga por su art. 41, lo cierto es que deberían trabajar en tal sentido con un grado de coordinación que, al menos a priori, parece particularmente difícil de lograr.

d) Que a decir verdad, quizá pueda resultar conveniente a los intereses de las empresas prestatarias contar en el seno de los entes de control con la participación necesaria de las provincias con intereses en ello, puesto que su tan necesaria participación las haría, justamente, *partícipes* de las decisiones (buenas y malas) tomadas por cada ente en el que participen, y por tanto, esa o esas provincia/s quedarían (en más o en menos) obligadas por lo hecho (o sin hacer) por el organismo de contralor.

Con lo cual podría suceder que una provincia por el simple hecho de hallarse representada en el directorio de un ente regulador, vea en algún sentido afectado (o al menos argumentalmente morigerado) su derecho a la más plena protección de sus recursos materiales y humanos al no poder encauzar plenamente sus legítimas pretensiones tuitivas contra las acciones u omisiones dañosas en que pudieran incurrir las empresas prestadoras en territorio provincial.

Ello se debería a que, llegado el caso, dichas provincias no podrían alegar su propia torpeza en sede judicial. Igualmente no se nos escapa la existencia de legislación y doctrina en contrario que habilita su invocación por el Estado, atento su defensa del interés público.

e) También podría suceder que el contralor provincial de los servicios públicos de competencia nacional por la vía de la tutela del Derecho Ambiental, genere asimismo una utilidad residual para el Estado Nacional, la cual consistiría en un mecanismo de presión

²⁰ Asimismo habría que analizar cómo juegan en relación al tema bajo examen las prerrogativas de las provincias para firmar Tratados y acuerdos comerciales con potencias extranjeras (conf. art. 125 de la Constitución Nacional).

para con las empresas prestatarias (dejando correr la amenaza más o menos velada) de implementar este régimen cada vez que aquéllas pretendan aumentos de tarifas por fuera de lo razonable.

f) Por otra parte, es de destacar que la inacción de las autoridades nacionales y provinciales al respecto, sólo benefician a las empresas concesionarias de los servicios públicos interjurisdiccionales puesto que la razón de ser del Estado es la defensa del interés común, y la de las autoridades públicas es (conforme a la teoría del órgano²¹) la de ser los medios aptos para obrar tal finalidad.

Ergo, las *autoridades* que no se avinieran a ello estarían incumpliendo con sus deberes de funcionarios públicos (tal como sería del caso observar en la omisión parcial incurrida por los legisladores nacionales al no sancionar las leyes ordenadas por el art. 42 de la Constitución Nacional, y asimismo, por las *autoridades* provinciales que ante tal vacío normativo no tomen las medidas protectoras que en derecho correspondan (petición formal directa por ante los órganos pertinentes, presentación de amparos, dictado de legislación provincial específica, etcétera).

g) Por último, sostiene CASSAGNE una posición absolutamente negatoria de todo lo hasta aquí conjeturado, ya que según su muy creativa postura

...Del debate habido en el seno de la Convención Constituyente de 1994, se desprende claramente la existencia de un consenso para establecer en la Constitución una fórmula abierta librando a la reglamentación legal el alcance de este derecho y es eso, precisamente, lo que el dec. 1173/2003 vino a reglamentar, (...) quienes apoyaron el proyecto no pretendieron (según surge también de los debates) que la participación de los usuarios fuera establecida como una representación que integrase el Directorio de los respectivos entes reguladores, ni tampoco nada hay en el precepto constitucional que establezca, en forma preceptiva, una forma determinada de participación (menos aun la participación en el Directorio de los entes), como sostiene un sector de la doctrina nacional. En consecuencia, la reglamentación del art. 42, CN, dec. 1172/2003, ha previsto, en forma adecuada, la participación pasiva de la ciudadanía en las reuniones del directorio de cada ente regulador mediante la técnica de reuniones públicas o abiertas

²¹ “Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte, el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad expresada por éste en su nombre. Según algunos autores, el órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias... que será luego desempeñado por o ejercido por una persona física determinada (el funcionario público, agente o ‘personal’ del Estado...) que, al expresar su voluntad o realizar su actuación dentro del marco de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce la mencionada imputación. En este concepto se distingue entre el ‘órgano jurídico’ (el conjunto de competencias) y el ‘órgano físico’ (la persona llamada a ejercer esas competencias). En otra terminología, se distingue entre el ‘órgano- institución’ y el ‘órgano- individuo’”, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. XII, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª edición, Buenos Aires, 2003.

(*open meetings*), abrevando, asimismo, en la sólida experiencia americana en la materia (Cassagne, 2005:275).

IV. A modo de conclusión

En razón de todo lo manifestado, consideramos de gran importancia profundizar el estudio de las cuestiones aquí tratadas, y por tanto atender a la más pronta y mejor solución de las circunstancias fácticas y jurídicas descriptas, en la inteligencia de que el tema presenta aristas filosas tanto para los intereses de la Nación Argentina y sus provincias, las autoridades públicas, las empresas prestatarias de servicios públicos, sus casas matrices, los Estados nacionales de las casas matrices, las asociaciones de usuarios, y, desde luego, para los propios usuarios individuales.

Ello, ya que si bien la teoría política clásica entiende que los ciudadanos son representados y protegidos necesaria y suficientemente por el accionar de los funcionarios públicos en el marco de sus competencias, si ni siquiera éstos últimos pueden ocupar el sitio que la propia Constitución Nacional les reserva en representación de las provincias interesadas en los órganos decisorios de los entes reguladores de los servicios públicos de competencia nacional, ¡mal podemos imaginarnos entonces que se les vaya a hacer mayor lugar a las organizaciones de usuarios!²²

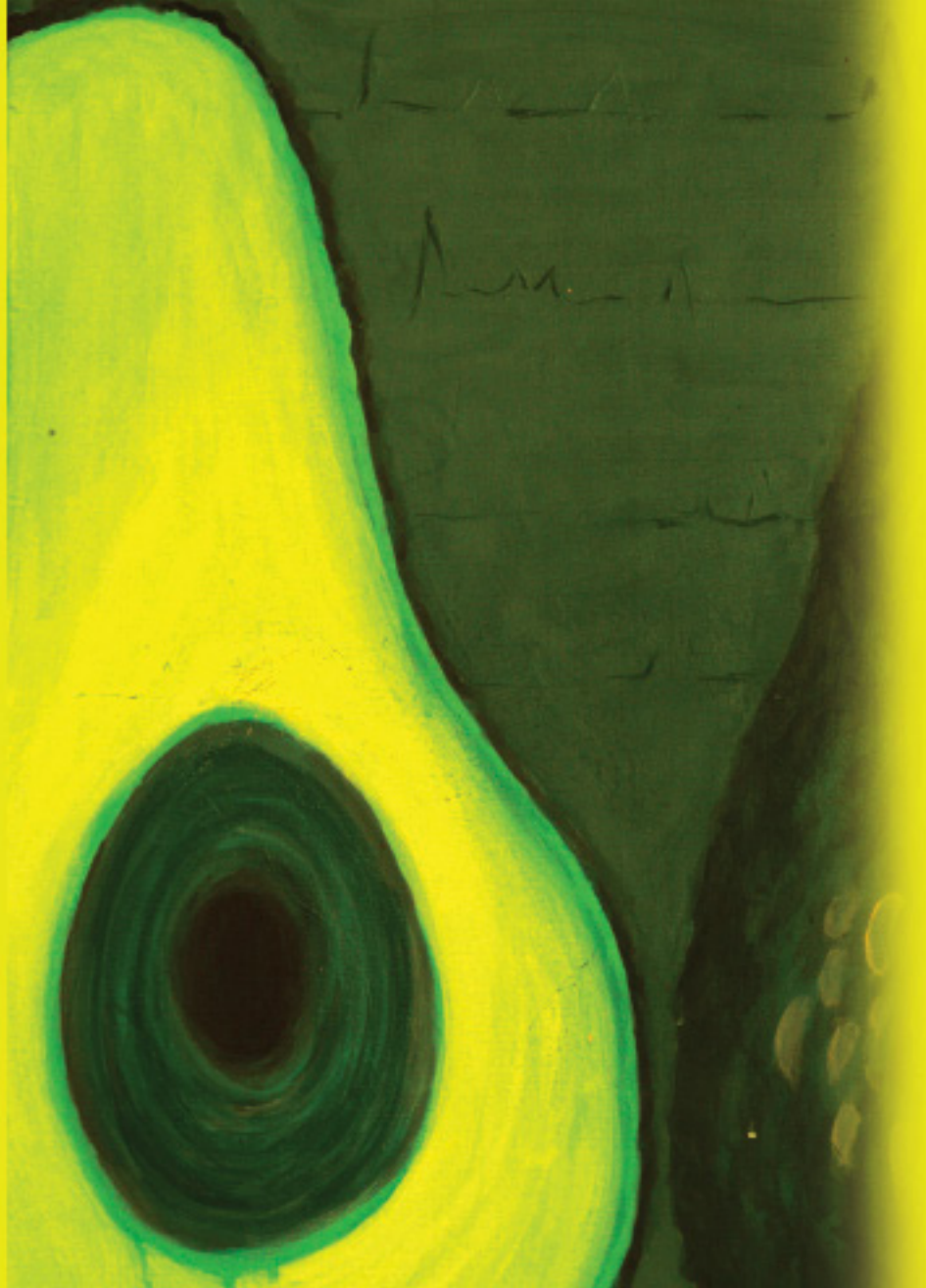
Por su parte, Herrero parece mostrarnos el camino al afirmar: “Si los usuarios no están representados directamente en los órganos decisorios de los organismos reguladores, posición que compartimos, la pregunta es cómo se asegura la protección de sus derechos. En los Estados Unidos se trata de asegurar esta defensa a través de múltiples instrumentos: a) la simetría de información amplia y sin manipulaciones de ningún tipo debe ser asegurada al usuario y a sus asociaciones representativas con transparencia y sancionando la información privilegiada (...) con cualquier destino; b) la transparencia de las decisiones a través de la realización de audiencias públicas abiertas y apoyadas con información completa y sencilla de los aspectos en conflictos, sin manipuleos de ningún tipo; c) el derecho de alzada ante tribunales jurisdiccionales; d) el cumplimiento de uno de los principales objetivos de la regulación: la defensa de los intereses del consumidor; e) el real funcionamiento de otras instituciones, como la del abogado del Estado (...), para defender los derechos de los usuarios en algunos Estados, f) el apoyo objetivo, institucional y económico (subvenciones), a las asociaciones de usuarios, y g) la instalación de oficinas, direcciones o secciones en la estructura de las comisiones para asesorar, informar, y prestar la mayor información documentada a los usuarios”.

Bibliografía

- Alberdi, Juan Bautista. (1992). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- Badeni, Gregorio. (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires.
- Bianchi, Alberto. (1998). *La regulación económica*. Tomo I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

²² HERRERO, Félix, ob. cit., p. 137.

- Bidart Campos, Germán. (1994). *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1994.
- Cafferatta, Néstor. (2004). “El principio de prevención en el Derecho Ambiental”. publicado en *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis. Buenos Aires.
- Cassagne, Juan Carlos. (2005). *El contrato administrativo*. 2ª edición, LexisNexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- Gordillo, Agustín. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, La defensa del usuario y el administrado, 8ª Edición, VI-26, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Ferdinand, Lasalle. (1978). *¿Qué es una Constitución?*. Ediciones Júcar, España.
- Herrero, Félix. (2003). *La regulación provincial de los servicios públicos en la Argentina*. Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires.
- Pigretti, Eduardo. (2004). *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley, Buenos Aires.
- Sagüés, Néstor Pedro. (2003). *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires.
- Salomoni. (1991). *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires, 1991.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín (1951). *Derecho Administrativo*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.



LEGISLACIÓN

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | FRUTO DE VIDA.

TÉCNICA ACRÍLICO 40 X 50.

OBRAS A LA VENTA

Faltarían algunas botellas, aún, pero la noche ya no tenía sentido; Quizás, alguna charla más en la farmacia de turno o en la parada de taxi –allí siempre encontraba gente de palabras ajenas-, pero nada más. Ya había pensado todo ciento treinta y siete mil doscientas ocho veces, de atrás para adelante y de adelante para atrás, quinientas cuarenta y ocho mil ochocientas treinta y dos veces, más algunas posibilidades con el final levemente modificado. Todo pensado, desde el “yo te conozco” hasta el adiós, los silencios; la charla frágil de acuerdo implícito, en la barra y lo absurdo de esa situación, en las intenciones obscenas traslucidas en palabra vestidas de inteligencia, en la razón de la historia, en el baile de la histeria, en la respiración cortada y el pelo mojado, en las dosis justas de humor grotesco, en que no estaba nada en juego, en su forma de mirar, en que ya había perdido y que otra más con sal se seca, en que no tenía por qué enroscarse, que era solo eso, que el miércoles podrían ir al cine; en que ya tenía todo perfectamente pensado y que sí, mañana sí, mañana le hablaría.

BAIBIENE Ramón Mariano

El Convenio Colectivo para los Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales y su plena vigencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP¹

Por Pablo Octavio Cabral²

I. Introducción

Mediante la emisión por parte del Poder Ejecutivo de la Nación del Decreto N° 1.246/15, publicado en el Boletín Oficial el 2 de julio de 2015, se incorporó al sistema universitario público nacional una norma obligatoria de carácter colectivo que lo integra y que establece un régimen de mayor protección de los trabajadores docentes universitarios. Esta norma, producto de años de lucha y diálogo entre los gremios y empleadores, fue bienvenida por los trabajadores docentes, aunque resistida por una reducida parte de los actores del sistema, entre los que se encuentran las autoridades que hoy cogobiernan la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

En el presente estudio de acercamiento al Convenio Colectivo para Docentes de las Instituciones Universitarias Nacionales (en adelante *Convenio Colectivo de Trabajo*) pretendemos alcanzar los siguientes objetivos; a) dar a conocer y difundir la existencia del Convenio Colectivo y sus contenidos –desarrollando en extenso lo normado en sus primeros tres capítulos–; b) dar cuenta de los avances en el procedimiento de negociación de nivel particular entre la UNLP y ADULP; c) profundizar en el estudio de la tensión existente entre el derecho a la estabilidad en el cargo y la carrera docente, por un lado, y el principio de idoneidad garantizado por el acceso por concursos, por el otro; d) analizar su vigencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, a la luz de una declaración de su Consejo Directivo que lo rechaza (Acta N° 426 del 9-XII-2015) y, por último; e) realizar un estudio comparativo entre la regulación que efectúa el Convenio Colectivo respecto del personal y carrera docente y lo normado en el Estatuto de la UNLP y la legislación vigente.

Adelantamos que la irrupción de una norma producto de la negociación colectiva en el ámbito universitario exige un debate democrático que haga posible su más completa aplicación y eficacia práctica. Un diálogo necesario, que se desarrolle a partir de reconocer las implicancias jurídicas de la homologación del Convenio Colectivo de Trabajo y cuya centralidad discursiva se constituya a partir de las diversidad de voces de todos los docentes, representantes gremiales y autoridades universitarias. La ausencia de un ámbito de debate y el generalizado desconocimiento de la existencia y alcances del

¹ Agradezco las explicaciones, ideas y argumentos expuestos por los profesores Rodolfo Sosa y Ricardo César Andreu en la clase pública sobre el Convenio Colectivo de Trabajo de Docentes Universitarios realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP en fecha 09/05/17.

² Abogado (UNLP), especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP), docente regular en la materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (pablooctaviocabral@yahoo.com.ar).

Convenio Colectivo de Trabajo deben ser revertidos, no pudiendo tales circunstancias opacar su validez y vigencia normativa.

II. Los Derechos Constitucionales de carácter laboral en juego: Derecho a la negociación colectiva, derecho a la carrera y derecho a la estabilidad en el cargo³

Los docentes que prestan funciones en Universidades Nacionales son trabajadores que deben, sin dudas, ser reconocidos como empleados públicos y que –por tal condición– son sujetos de especial protección por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Es decir, además de la garantía a la estabilidad prevista constitucionalmente, les son aplicables todos los principios protectorios que alcanzan a los trabajadores en nuestro país⁴. La relación de empleo público y su regulación normativa se desarrolla a partir de una contradictoria y complicada relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo. El empleo público es un instituto jurídico que ha nacido en el ámbito del Derecho Administrativo y con anterioridad a la aparición del Derecho Laboral. Este último se incorporó a la realidad nacional como una fuerza protectora del trabajador y se consagró con su recepción en la Constitución peronista de 1949.⁵

El Derecho Laboral, al igual que el Derecho Administrativo, es un derecho en nacimiento y continuo desarrollo⁶, y ambos son producto de las luchas sociales que, en un caso persiguieron la limitación y control de los poderes públicos y en el otro la protección del trabajador frente al capital⁷. Ambos derechos intervienen a fin de equilibrar relaciones entre partes que son objetivamente desiguales: Estado- ciudadano; empleador- traba-

³ Ampliar en Cabral, P. O. y Shrenginger, M. J. (2009). *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

⁴ Pla Rodríguez, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Argentina. Depalma.

⁵ Barbagelata, H. H. (2009). *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. Montevideo: Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.

⁶ Novoa Monreal, E. (1999). *El derecho como obstáculo al cambio social*. DF, México: Siglo Veintiuno Editores, p. 154; “El derecho del trabajo es una rama nueva, nacida al término de la Primera Guerra Mundial. Su origen se debe al rechazo de la igualdad teórica de los hombres entre sí que predicaba el individualismo y al reconocimiento de que el gran poder económico de los patrones, así como la insuficiencia de recursos de los trabajadores, son capaces de alterar el equilibrio en las relaciones laborales, razón por la cual es necesario un Derecho especial que apoye a la parte más débil, que la cohesione en sus enfrentamientos con los patrones y que imponga exigencias mínimas de protección al trabajador, que la voluntad de las partes no pueda dejar sin efecto.”

⁷ Rodríguez Mancini, J. (1996). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, p. 35; “El derecho del trabajo parte así de una desigualdad (jurídico personal y económica) entre trabajador y empleador, que es necesario corregir o mitigar para evitar que se transforme en sometimiento del más débil a las condiciones del poderoso, poniendo en grave riesgo los más elementales derechos de la persona que trabaja e, inclusive, su misma existencia física”

jador. En apariencia, en la relación de empleo público las prerrogativas y potestades exorbitantes del derecho privado, que caracterizan al Estado, y la prioridad del interés público estarían en contraposición con las normas y principios protectorios del trabajador, propios del Derecho Laboral.

Así se ha sostenido que el empleo público satisface las necesidades colectivas y el Estado lo organiza con fines de interés público, en tanto que el contrato de trabajo tiene lugar entre particulares para la satisfacción de intereses privados⁸.

Entendemos que esto no es así, ya que, de una correcta hermenéutica jurídica no se desprende tal oposición, sino por el contrario existe una armonía, al menos teórica, que permite la coexistencia pacífica de las prerrogativas estatales, el interés público y los principios protectorios del Derecho Laboral. Es perfectamente posible aplicar a la relación de empleo público los principios del Derecho Laboral que fueron constitucionalizados, tanto a nivel nacional, provincial, como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁹.

En este sentido se manifestó Juan Carlos Fernández Madrid al decir que: “el empleo público es un contrato de trabajo y que, tal como está regulado en el régimen básico de la función pública, es un estatuto particular de ciertos empleados al servicio del Estado, a los que no alcanza el régimen de la ley de contrato trabajo, pero al que son aplicables las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución nacional y los principios generales del derecho del trabajo que la LCT recoge de la misma forma en que unas y otros tienen vigencia en otros regímenes estatutarios excluidos de la misma ley.”¹⁰

Consideramos que los trabajadores docentes universitarios se encuentran protegidos tanto por los principios y derechos que establece el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como por los tratados internacionales de derechos humanos y de protección del trabajador. Allí no sólo se reconoce al empleado público como trabajador sino que se refuerza con especial énfasis el principio protectorio al garantizarle la estabilidad en el cargo, protegiéndolo ante la posible arbitrariedad de su empleador público.¹¹

Los principios del derecho laboral, que nacieron para proteger a la parte más débil de la relación de trabajo corrigiendo desigualdades, deben ser aplicables en el vínculo que se establece con el empleador más poderoso que, en este caso, es una Universidad Pública Nacional.

Se deriva de este postulado que la justicia competente en la resolución de las causas de empleo público docente universitario, debe aplicar los diferentes principios protectorios

⁸ Pérez, B. (1947). *Los empleados de la administración pública no están amparados por la ley 11.729*, Editorial Derecho del Trabajo, p. 45.

⁹ Cabral, P. O (2012-1). *La Protección constitucional del Trabajador Estatal en la Provincia de Buenos Aires*. Revista de Derecho Público. 2012-1. Empleo Público-I, p.501/546. Santa Fe: Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.

¹⁰ Fernández Madrid, J. C. *El empleo público y el derecho del trabajo*, Legislación del Trabajo, t XXXIV, p. 883

¹¹ Ramírez, L. E. (Coord.) (2007). *El derecho del Trabajo en la Constitución Nacional. A 50 años de la sanción del artículo 14 bis*. Buenos Aires: Argentina. Euros Editores SRL.

del derecho laboral que, como vimos, han sido positivizados en la constitución nacional y diversos tratados internacionales, ya que la relación de empleo público constituye un régimen particular comprendido dentro del derecho del trabajo¹².

En este contexto desarrollaremos, en principio, uno de los tantos derechos colectivos que gozan los docentes universitarios (derecho a la negociación de condiciones laborales), dedicándonos luego al estudio de los derechos laborales individuales de estabilidad en el cargo y carrera docente.

1. El derecho a la negociación colectiva en materia laboral

Luego de la Primera Guerra Mundial, a través del Tratado de Paz de Versalles, se puede considerar que nació el Derecho del Trabajo a nivel internacional y se establecieron las pautas de creación de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante O.I.T.) Organismo éste, que fue creado en 1919, con el propósito primordial de adoptar normas internacionales que abordaran el problema de las condiciones de trabajo que entrañaban “injusticia, miseria y privaciones”. Desde el año 1946 la O.I.T. actúa como organización especializada de la O.N.U., y es el único resultado importante que aún perdura del Tratado de Versalles, el cual dio origen a la Sociedad de Naciones¹³.

En nuestro país, a partir de la reforma constitucional del año 1994, los convenios de la O.I.T. aprobados por el Congreso Nacional tienen jerarquía superior a las leyes¹⁴. El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que: “Corresponde al Con-

¹² Cabral, P. O. (Diciembre- 2005) “Los principios del Derecho Laboral y su operatividad en la relación de empleo público, con particular referencia al derecho a la estabilidad”, Buenos Aires: Argentina. Lexis Nexis Buenos Aires, N° 6, pág. 654 y sgtes

¹³ La O.I.T. está compuesta por los Estados que la integran y sus órganos son; a) La Conferencia Internacional del Trabajo, b) El Consejo de Administración y c) La Oficina Internacional del Trabajo. La elaboración de normas internacionales del trabajo es un proceso legislativo único en su género en el que participan gobiernos y representantes de los empleadores y de los trabajadores de todas partes del mundo. Los Estados Miembros contraen la obligación de cumplir y respetar lo dispuesto por la Constitución de la O.I.T.: informar, someter a los órganos legislativos los convenios y recomendaciones aprobados por la Conferencia, abonar la cuota anual, etc. Los Convenios son discutidos en la Conferencia por los representantes de los Estados que se integran con cuatro miembros, dos elegidos por el gobierno y dos a propuesta de las organizaciones de empleados y empleadores más representativas, que actúan con independencia de aquellos. Estos Convenios deben ser aprobados por una mayoría calificada de dos tercios de los delegados presentes. Luego los Estados se encuentran obligados a incorporarlos a los ordenamientos jurídicos nacionales, en nuestro caso mediante la sanción de una ley por el Congreso de la Nación. Una vez ratificada la convención por uno o varios Estados, ésta entra en vigor en el o los países que la aprobaron, quedando obligados frente a la O.I.T. a adoptar las medidas para que aquélla se haga efectiva a través de los procedimientos internos.

¹⁴ González Moras, J. M (2012-1). Fuentes Internacionales en materia de empleo público. Revista de Derecho Público. 2012-1. Empleo Público-I, p. 65/106. Santa Fe: Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.

greso:...Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

También tenemos, que la misma norma en el último párrafo del inciso “ut supra” mencionado, prevé las formalidades para incorporar nuevos tratados- que se sumarían a los ya mencionados expresamente en la reforma, estipulando que: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Los derechos laborales que han sido regulados por la O.I.T. en referencia a la relación de trabajo y que son aplicables a la relación de empleo público son los siguientes: a) derecho a la sindicación, b) derecho a la negociación colectiva y c) derecho a huelga.

Así, al reconocimiento de la fuente de negociación colectiva efectuada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (“queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo...”), se agregan las siguientes normas de la O.I.T.; Convenio 87 (1948) sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación; Convenio 98 (1949) sobre Derecho a la sindicalización y negociación colectiva; Convenio 154 (1981) sobre Fomento de la Negociación colectiva.

El Convenio N° 151(1981) sobre protección del derecho de sindicación en la relación de empleo en la Administración Pública¹⁵ fue ratificado por nuestro país a través de la ley

¹⁵ El Convenio N° 151 sobre protección del derecho de sindicación en la relación de empleo en la Administración Pública. El 27 de Junio de 1978 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio N° 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. Allí tenemos que, expresamente se menciona a la totalidad de empleados públicos sin distinción alguna. El convenio se divide en 7 partes y la primera está dedicada al ámbito de aplicación y a las definiciones de conceptos utilizados en la norma. El artículo primero del convenio establece que; “1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. 2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. 3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”. En su artículo segundo define al empleado público como “toda persona a quien se aplique el presente convenio de conformidad con su artículo1”. En el tercer artículo se expresa que; “A los efectos del presente Convenio, la expresión organización de empleados públicos designa a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos”. La segunda parte se refiere a la “Protección del Derecho de Sindicación” y regula la protección de los empleados públicos y de

23.328, que admite la sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, y de la ley 23.544, por la que se aplica al sector público las prácticas de negociación propias del sector privado. La protección internacional de los trabajadores, incluyendo también a los agentes estatales, y la incorporación de las normas dictadas en el ámbito de la O. I. T. a nuestro ordenamiento jurídico, influyen en la configuración de los principios protectorios de los trabajadores.

2. El derecho a la estabilidad en el cargo¹⁶

El derecho a la estabilidad de los empleados públicos fue incorporado por el constituyente nacional de 1957, en reedición de su establecimiento en la Constitución de 1949, como una garantía específica y exclusiva de los trabajadores del Estado, no extensible a los empleados del sector privado.¹⁷

La estabilidad de los agentes estatales es el derecho de conservar el cargo y gozar de los derechos estatutarios –referidos en particular a la carrera administrativa– mientras una causal legal no determina la extinción del vínculo o altere la relación funcional creada en virtud del empleo público.

Existen dos formas de entender el derecho a la estabilidad del empleo público, una considerando que implica el derecho que se reconoce al trabajador de continuar en su empleo hasta cuando pueda y quiera hacerlo (estabilidad propia) y la otra que permite la separación del agente de su cargo, transformándose en un derecho indemnizatorio (estabilidad impropia).

La Corte federal dispuso que el derecho a la estabilidad, al igual que los demás que consagra la Ley fundamental, no es absoluto y debe ejercerse de conformidad con las leyes que lo reglamentan y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la Constitución Nacional.

También sentó como criterio jurisprudencial que la estabilidad del empleado público no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función sino el derecho a una equitativa indemnización cuando, por razones que son de exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado sin culpa de éste último.

las organizaciones sindicales. La parte tercera se refiere a las facilidades que deben concederse a las organizaciones de empleados públicos a fin de permitirles un rápido y eficaz desempeño de sus funciones. La cuarta parte del convenio se refiere a los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo de los agentes públicos. La parte quinta se refiere a la solución de conflictos y la sexta a los derechos civiles y políticos de los empleados públicos. Por último, en su parte séptima regula las disposiciones finales relativas a la ratificación y vigencia del convenio.

¹⁶ Cabral, P. O. (Diciembre- 2005) “Los principios del Derecho Laboral y su operatividad en la relación de empleo público, con particular referencia al derecho a la estabilidad”, Buenos Aires: Argentina. Lexis Nexis Buenos Aires, N° 6, pág. 654 y sgtes.

¹⁷ Aberastury, P. (2012-1). La estabilidad del agente público. Revista de Derecho Público. 2012-1. Empleo Público-I, p.197/224. Santa Fe: Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.

Esta doctrina judicial ha sido criticado por la doctrina, pero al decir de María Castellucci: “una atenta lectura de los fallos del Alto Tribunal en relación al tema permite advertir que la posibilidad de sustituir el derecho a la estabilidad (o a la permanencia en el cargo por una indemnización), sólo resulta viable en la medida que una ley lo disponga, vale decir, que el Poder Ejecutivo no puede disponer per se el cese incausado de los agentes públicos y reconocer el derecho a una indemnización a favor de éste, sosteniendo, si bien en un aislado fallo que en el contrato de empleo o de función pública debe ser nota esencial la estabilidad propia”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al sentenciar, el caso “Ramos José Luis c/ Estado Nacional s/Indemnización por despido”¹⁸, consagró la estabilidad laboral para empleos públicos en casos de renovación sucesiva de contratos y avaló el reclamo de un trabajador que, por más de 20 años, había prestado servicios en la Armada tras la actualización continuada de su relación por tiempo determinad. Allí consideró que la demandada contrató sucesivamente al actor por el lapso de veintiún años, en abierta violación al plazo máximo previsto por la norma. Además de ello, sus tareas carecían de la transitoriedad que supone el mencionado régimen de excepción; que era calificado y evaluado en forma anual, que se le reconocía la antigüedad en el empleo y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador.

“Que este conjunto de circunstancias fácticas, unido a la violación de las normas que limitan la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años, permiten concluir que la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado” (Considerando 5).

Agrega el Tribunal que, en tales condiciones, el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”. Por ese motivo, concluye que la demandada ha incurrido en una conducta ilegítima, que genera su responsabilidad frente al actor y justifica la procedencia del reclamo.

3. Derecho a la carrera docente

El derecho a la carrera es la posibilidad del agente de gozar de todas las situaciones que reconoce el estatuto, distinguiéndose el ascenso dentro de los distintos grados y situaciones establecidas en el escalafón que es un elemento de carácter sustancial, puesto que rige en los estatutos y contratos colectivos estatales.

El concepto de carrera administrativa (o docente, en este caso) abarca desde el ingreso del agente por idoneidad, pasando por la estabilidad y el escalafón, hasta la uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades. El originario derecho al ascenso, producto de la estructura piramidal del Estado, fue progresivamente ampliado hasta llegar a concepciones abarcativas de varias situaciones que se presentan durante la relación de

¹⁸ Expte R. 354. XLIV, sentencia del 06-IV-2010.

empleo y que buscan proteger un desarrollo formal y material dentro de las funciones del trabajador estatal.

Es por ello que los efectos del reconocimiento del derecho a la carrera docente se reflejan en diferentes circunstancias y etapas de la relación de empleo público, comenzando en su inicio a través de la exigencia de procedimientos de selección que garanticen la mayor idoneidad del elegido y finalizando en la concreción de la igualdad de remuneración con los pares de categoría.

A nivel legislativo, la Ley N° 24.521 de Educación Superior reconoce la autonomía académica e institucional de las Universidades Nacionales, que –entre otras atribuciones- le reconoce la facultad de establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente (Art. 30, inc. h), especificando que en sus estatutos se deberá prever explícitamente el régimen de la docencia (Art. 34).

La ley hace referencia a la carrera académica universitaria, en primer lugar estableciendo que ella deberá articularse con el perfeccionamiento docente que debe ser garantizado por la universidad (Art. 37), agregando en la sección de creación y bases organizativas de las instituciones universitarias nacionales que; “El ingreso a la carrera académica universitaria se hará mediante concurso público de antecedentes y oposición, debiéndose asegurar la constitución de jurados integrados por profesores por concurso, o excepcionalmente por personas de idoneidad indiscutible aunque no reúnan esa condición, que garanticen la mayor imparcialidad y el máximo rigor académico. Con carácter excepcional, las universidades e institutos universitarios nacionales podrán contratar, al margen del régimen de concurso y solo por tiempo determinado, a personalidades de reconocido prestigio y méritos académicos sobresalientes para que desarrollen cursos, seminarios o actividades similares. Podrán igualmente prever la designación temporaria de docentes interinos, cuando ello sea imprescindible y mientras se sustancia el correspondiente concurso. Los docentes designados por concurso deberán representar un porcentaje no inferior al setenta por ciento (70 %) de las respectivas plantas de cada institución universitaria” (Art. 51).

Por su parte, el Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata (2008) reglamenta en su título III lo relativo al Personal Docente y en su primer capítulo lo referido específicamente a los Profesores de Enseñanza Superior (Arts. 22 a 39).

El artículo 22 establece como regla central del estatuto que: “Los cargos docentes ordinarios se proveerán por concurso público de oposición y antecedentes. Los cargos docentes se podrán concursar unitariamente o por unidad pedagógica”

III. Régimen jurídico de negociación colectiva para los trabajadores docentes:

Ley 23.929

1. Legislación aplicable¹⁹

Como producto de la sindicalización de los trabajadores del sector público y junto a la democratización de la sociedad argentina se han incorporado formas participativas

¹⁹ Ruiz, A D, Gambacorta, M.L y Troya M.N (2013). La negociación colectiva en el sector público: su desarrollo en ámbitos locales. Buenos Aires: Argentina. Infojus.

en la regulación jurídica de la relación de empleo público. El ejemplo más cabal de esta afirmación es la incorporación de la negociación a través de convenios colectivos. Este abandono de la autorregulación estatal de la relación de empleo público implica una mayor democratización del vínculo laboral entre los agentes estatales y el propio Estado. Las relaciones privadas del trabajo encuentran regulado su proceso de negociación colectiva en la ley 14.250 (t.o. 2004) y en el ámbito del sector público nacional se encuentra regido por la ley 24.185.

Por su parte, y en forma más específica aún, quedan comprendidas en la ley 23.929 las negociaciones colectivas que se entablen entre el Estado y las asociaciones sindicales representativas de los trabajadores docentes, cualquiera sea el nivel, rama o especialidad, siempre que presten servicios en escuelas, establecimientos, institutos o universidades, sin más condición que la de mantener relación de empleo con un ente oficial.

La ley 24.447, de presupuesto para el año 1995, dispuso en su artículo 19 que: “Las Universidades Nacionales fijarán su régimen salarial y de administración de personal, a cuyo efecto asumirán la representación que corresponde al sector empleador en el desarrollo de las negociaciones colectivas dispuestas por las leyes Nros. 23.929 y 24.185. El PODER EJECUTIVO NACIONAL reglamentará el procedimiento de negociación colectiva del sector en acuerdo con el Consejo Interuniversitario Nacional. En el nivel general las Universidades Nacionales deberán unificar su representación mediante la celebración de un acuerdo que establezca los alcances de la misma. La negociación laboral a nivel de cada Universidad deberá asegurar que no menos del quince por ciento (15 %) del crédito presupuestario total de la misma sea destinado a otros gastos distintos al gasto en personal.”

2. Los Convenios Colectivos de trabajo como fuente jurídica de la relación laboral

Explica Ricardo Cornaglia que “La imperatividad del convenio nace de su función reparadora de un estado de injusticia social, que las otras fuentes del derecho del trabajo no han podido superar. Esa es la verdadera razón de la fuerza del convenio colectivo como fuente extra estatal, que crea normas que superan dialécticamente los niveles de protección del derecho estatal y los generados por la autonomía de las partes en sus relaciones universales”²⁰.

La Corte Suprema de la Nación ha dicho al respecto que: “Los convenios colectivos de trabajo constituyen una manifestación típica y cualificante de la función autorregulatoria de las organizaciones sindicales y de empleadores frente a la realidad dinámica. Dicha tarea, mediante el ejercicio del consenso, y más allá de los mecanismos del mercado económico, deben apoyarse en principio de cooperación, solidaridad y justicia social a fin de promover el mantenimiento de la paz y el orden” (CSJN, autos “Repetto, Inés m c/ Provincia de Buenos Aires”, sent.de fecha 31-X-1990).

²⁰ Cornaglia, R. J. (2007). *Derecho Colectivo del Trabajo*. Derecho de la negociación colectiva. Buenos Aires, Argentina: La Ley, p. 46.

Así, los Convenios Colectivos de Trabajo, si bien no son técnicamente leyes, sí son normas de derecho positivo cuya aplicación obligatoria proviene del texto expreso de la Constitución, Tratados Internacionales y de las leyes laborales²¹.

3. Improcedencia de “reservas” a los Convenios Colectivos de Trabajo

En razón que el texto consensuado en el Convenio Colectivo de Trabajo evidenciaba diversas regulaciones que no se adaptan con la normativa universitaria, todas las autoridades de las Universidades Nacionales presentaron “reservas” al mismo. Estos mecanismos, que se encuentran regulados en el derecho internacional público, son ajenos al derecho colectivo laboral.

Explica Aníbal Paz que: “Ello por cuanto el texto del CCT fue acordado por los paritarios del CIN, que se encontraban sujetos a un procedimiento específico para la conformación de la voluntad colectiva patronal. Así, las UUNN pretendían desconocer lo acordado de buena fe con la representación sindical. Todas las UUNN presentaron reservas, decía, al punto que todos los artículos del CCT estaban vetados u observados, y solicitaron a la autoridad de aplicación que el decreto presidencial homologatorio incluyera las reservas. Estas, por cierto, no fueron incluidas en la homologación, ya que ello hubiera supuesto un mamarracho normativo por un lado, y por el otro la inaplicabilidad práctica del CCT. Aun así, se ha dejado ver la voluntad de algunas instituciones de sostener las reservas, en los puntos en que el CCT entra en conflicto con los EU, por caso en el candente asunto de los docentes interinos, como vimos precedentemente. Ante esta hipotética situación no sería sorprendente una verdadera catarata de demandas de todo tipo en procura de la aplicación del texto del CCT homologado.”²²

IV. El proceso de redacción y homologación del Convenio Colectivo de las Instituciones Universitarias Nacionales. Decreto 1246/2015

En el proceso de confección y redacción del Convenio Colectivo se desarrolló por un período de casi cinco años, donde participaron representando a los trabajadores CONADU, CONADU Histórica, FEDUN, CTERA y FAGDUT, y por la parte empleadora el Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) en representación de las Instituciones Universitarias Nacionales. En el caso de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, la representación como empleadora estuvo a cargo de ésta última como integrante del CIN, y la defensa de los trabajadores docentes de dicha facultad la ejerció ADULP, integrante de CONADU.

Explica el profesor Aníbal Paz, quien fue asesor durante dicho procedimiento paritario, que: “La Ley 24.447, por su parte, impuso a las UUNN la obligación de unificar su representación, lo que se concretaría a través de paritarios designados a tal efecto por el CIN. Al momento del inicio de las negociaciones existían casi 50 UUNN, y por ende, dada

²¹ Capón Filas, R (2011). *Derecho internacional del trabajo*. Su construcción. La Plata: Argentina. Librería Editora Platense.

²² Paz, A. (14/09/2015). El nuevo Convenio Colectivo para Docentes universitarios y preuniversitarios –Un nuevo paradigma y un escenario jurídico previsiblemente conflictivo-. Publicado en el diario Comercio y Justicia.

la lógica de gobierno por claustros de cada UUNN, así como de las diferencias internas de tinte político, por ejemplo, nos mostraba un escenario de vasta amplitud de ideas. Así, la primera dificultad, y el principal motivo de la enorme demora en la concreción del CCT, residió en la conformación de la voluntad unificada por la patronal, no así en el arco gremial, que en todo lo sustancial se ha movido casi en unísono. En efecto, los paritarios designados por el CIN fueron en el momento más álgido de las negociaciones “ninguneados” por las UUNN, que planteaban que todo lo acordado entre la representación de trabajadores y empleadores debía pasar a su vez por los Consejos Superiores de cada universidad, lo que suponía, claramente, el incumplimiento de aquella ley, a su vez una dificultad práctica tan enorme, que para reunir las voluntades necesarias no hubiera alcanzado una década de negociaciones. El argumento utilizado para ello fue, claro está, la autonomía universitaria.”(Ídem)

Finalmente, el 02 de julio de 2015 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto Nacional N° 1246/2015 por el cual se homologó el Convenio Colectivo para los Docentes de las Universidades Nacionales, conjuntamente con el Anexo de Docentes Preuniversitarios.

V. Contenido del Convenio Colectivo de las Instituciones Universitarias Nacionales

El Convenio Colectivo se desarrolla en 75 artículos organizados en once capítulos centrales y uno final con disposiciones transitorias. Así regula: Disposiciones Generales (Cap. I, Arts. 1 a 4); Del Personal Docente (Cap. II, Arts. 5 a 10); De la Carrera Docente (Cap. III, Arts. 11 a 15); Derechos, Deberes, Prohibiciones e Incompatibilidad, Régimen Disciplinario (Cap. IV, Arts. 16 a 32); De las Remuneraciones (Cap. V, Arts. 33 a 41); Jerarquización y Funcionalidad de la Labor Docente (Cap. VI, Arts. 42 a 43); Licencias, Justificaciones y Franquicias (Cap. VII, Arts. 44 a 52); De las Condiciones y Ambiente de Trabajo (Cap. VIII, Arts. 53 a 61); Extinción de la Relación (Cap. IX, Arts. 62 a 63); Relaciones Profesionales (Cap. X, Arts. 64 a 68); Normas de Aplicación del Convenio Colectivo (Cap. XI, Arts. 69 a 72); Disposición Transitoria (Arts. 73 a 75).

En las **disposiciones generales** se establecen las partes contratantes –representantes de los trabajadores y empleadores–, se dispone su aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina comprendiendo a toso los docentes de nivel universitario de pregrado y/o grado, dependientes de la Instituciones Universitarias Nacionales que adhirieron a la Negociación Colectiva, las que fueron creadas con posterioridad a dicho acuerdo o las que se creen luego de la suscripción del convenio (arts. 1 y 2).

El Convenio Colectivo tendrá **vigencia** desde su publicación en el Boletín Oficial por el término de dos años y subsistirán las condiciones allí acordadas hasta tanto entre en vigor un nuevo acuerdo. Los objetivos del acuerdo son lograr el reconocimiento efectivo de los derechos y obligaciones laborales, en aras de mejorar la calidad de la enseñanza, la inclusión educativa, la investigación, la extensión, la vinculación tecnológica, la transferencia de conocimiento, el voluntariado universitario, el compromiso social universitario y toda otra actividad considerada sustantiva por los estatutos de las Instituciones Universitarias Nacionales (arts. 3 y 4).

En cuanto al **personal docente** el capítulo II del Convenio Colectivo reglamenta los requisitos para el ingreso (art. 5), carácter del personal docente (art. 6), las categorías de

docentes (art. 7), las funciones (art. 8), el tiempo de dedicación (art. 9) y la resolución de diferendos (art. 10).

En su capítulo III el Convenio regula la **Carrera Docente** regulando el ingreso a la carrera docente (art. 11), la permanencia (art. 12), el ascenso y promoción (art. 13), la cobertura de vacantes (art. 14) y situaciones especiales (art. 15).

El artículo 11 dispone; “El acceso a la carrera docente será por concurso público y abierto de antecedentes y oposición con jurados integrados por pares ordinarios o regulares de las Instituciones Nacionales Universitarias de categoría no inferior al cargo concursado, o excepcionalmente por personas de idoneidad indiscutible que no reúnan esa condición, que garanticen la mayor imparcialidad y el máximo nivel académico. Cada una de las asociaciones sindicales docentes con personería o inscripción gremial con ámbito de actuación en la Institución Universitaria nacional en la que se lleve adelante el concurso, podrá designar un veedor gremial”.

En el artículo 12 legisla sobre la permanencia; “La permanencia en el cargo que el docente ordinario o regular hubiere alcanzado estará sujeta al mecanismo de evaluación periódica individual que se establezca en las Instituciones Universitarias Nacionales. Dichas evaluaciones individuales se realizarán cada cuatro años o en un tiempo mayor según lo establecido en la reglamentación de cada Institución Universitaria Nacional. Cada una de las asociaciones sindicales docentes con ámbito de actuación en la Institución Universitaria Nacional en la que se lleve adelante la evaluación periódica, podrá designar un veedor gremial. En caso de obtener como mínimo dos evaluaciones negativas, el cargo será llamado a concurso público y abierto de antecedentes y oposición de conformidad a lo establecido en el art. 11, continuando el docente en el cargo hasta la cobertura por concurso.”

El ascenso y la promoción son tratados en el artículo 13 de la siguiente manera: “El ascenso en los distintos cargos de la carrera se efectuará por concurso público y abierto de antecedentes y oposición. La promoción al cargo de Jefe de Trabajos Prácticos se efectuará por concurso público, cerrado, de antecedentes y oposición. En ambos casos, salvo disposición estatutaria o acuerdo paritario local que establezca otro mecanismo más beneficioso para el docente.”

El artículo 14 reglamente la cobertura de vacantes, afirmando que: “La cobertura de vacantes ya sea transitoria o definitiva, deberá realizarse mediante promoción transitoria de aquellos docentes ordinarios o regulares, de la categoría inmediatamente inferior. En caso de pluralidad de candidatos a cubrir la vacante, la cobertura se realizará conforme los procedimientos que se establezcan en cada Institución Universitaria. En el supuesto de ausencia de docentes ordinarios o regulares, subsidiariamente se aplicará el mismo procedimiento con docentes interinos. Si la vacante fuera definitiva, en forma simultánea o en el mismo acto en que se dispone la promoción transitoria deberá efectuarse el llamado a concurso. Igual procedimiento se seguirá en caso de creación de un nuevo cargo para carreras permanentes existentes cuando no sea posible cubrir por el procedimiento previsto para el ingreso a carrera docente en el artículo 11; debiendo en

forma simultánea o en el mismo acto en que se dispone la promoción transitoria efectuarse el llamado a concurso”.

Concluye el capítulo tres con la resolución de situaciones especiales previstas en el artículo 15 que dispone: “Cuando la cobertura de vacantes en las carreras a término, carreras dependientes de programas temporales y/u otras situaciones que impliquen la temporalidad de las mismas, se realice a través de designaciones interinas, no resulta necesario disponer en dicho acto el llamado a concurso, siempre y cuando la temporalidad de los supuestos enunciados no se prolongue por más de tres años. Cuando la cobertura de vacantes para las carreras nuevas permanentes, se realice a través de designaciones interinas, la Institución Universitaria Nacional tendrá un plazo máximo de tres años para el correspondiente llamado a concurso”.

Finalmente, por su importancia en el presente análisis, transcribiremos el artículo 73 –ubicado entre las disposiciones transitorias y referido a los docentes interinos- del Convenio Colectivo que dice: “Las Instituciones Universitarias Nacionales, a través de la Comisión Negociadora Particular, dispondrán los mecanismos para la incorporación a carrera docente de los docentes que revistan como interinos, y que a la firma del presente convenio tengan cinco años o más de antigüedad en tal condición, en vacantes definitivas de la planta estable. Hasta tanto se resuelva la situación de los mismos, no se podrá modificar en detrimento del docente, la situación de revista y/o condiciones de trabajo, por acción u omisión, a excepción del caso del docente que se encuentra comprendido dentro de las causales de cesantía o exoneración. Para el caso de los docentes que revistan como interinos, y que a la firma del presente convenio tengan entre dos a cinco años de antigüedad en tal condición, con vacantes definitivas de la planta estable, las Instituciones Universitarias Nacionales deberán cumplir con el procedimiento establecido en el art.11 del presente Convenio. No se podrá modificar en detrimento del docente, la situación de revista y/o condiciones de trabajo, por acción u omisión hasta la cobertura del cargo por concurso público y abierto de antecedentes y oposición; a excepción del caso del docente que se encuentre comprendido dentro de las causales de cesantía o exoneración. Quedan excluidos del presente artículo los docentes que se encuentren en la situación establecida en el artículo 6 inc. c (independientemente de su denominación) y en el artículo 15 del presente Convenio. En caso que la Comisión Negociadora de Nivel Particular no se encuentre constituida en la Institución Universitaria Nacional, se podrá requerir la intervención de la Comisión de Seguimiento e Interpretación”.

VI. Avance de la negociación colectiva de nivel particular –Paritaria Local- (UNLP/ADULP)²³

En el ámbito del derecho social colectivo existe un reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico vigente de las potestades de los organismos paritarios de tomar decisiones en ejercicio de función normativa. Así, a diferencia del propio convenio colectivo

²³ Agradezco a las autoridades de ADULP, quienes nos brindaron la información referida a la negociación paritaria de nivel particular. En especial los Licenciados Gabriel Balbarrey (Secretario Gremial), Manuel Rodríguez (Secretario Adjunto) y Octavio Miloni (Secretario General).

de trabajo –que requiere del acto de homologación estatal-, las decisiones que adoptan los organismos paritarios (Comisión Negociadora de Nivel Particular) llevan implícitas la obligatoriedad de sus resoluciones, en virtud de una delegación legal expresa que ubica su actuar entre una de las fuentes formales del derecho.²⁴

El Decreto 1007/95 dispone en su primer artículo que la negociación colectiva en las Universidades Nacionales se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la ley 24.447 en dos niveles: a) nivel general y b) nivel particular. El artículo 8 agrega que en el nivel particular las partes colectivas podrán negociar: a) Las materias no tratadas en el nivel general;

b) Las materias expresamente remitidas en el nivel general; c) Las materias que respondan a las necesidades y particularidades específicas de unidad de contratación.

El artículo 70 del Convenio Colectivo crea la Comisión Negociadora de Nivel Particular (CNNP), que de conformidad a lo establecido en el Decreto N° 1007/95, entenderá en: a) el tratamiento de las cuestiones que han sido encomendadas en el presente convenio a las Instituciones Universitarias Nacionales; b) la interpretación y negociación de las materias no tratadas en el nivel general y c) las materias que respondan a las necesidades y particularidades específicas de cada universidad.

1. Acta Paritaria Docente N° 2/14 de fecha 23/10/14

En la Universidad de La Plata se reunieron los representantes de los sectores empleador y trabajador y, luego de analizar los alcances del Convenio Colectivo de Trabajo, resolvieron ratificarlo en el ámbito de la Universidad Nacional de La Plata y conformar, en el ámbito de la Paritaria Local, las siguientes Comisiones Técnicas para la adecuación reglamentaria de la implementación del mismo; a) Carrera Docente, b) Sistema de Pregrado Universitario; c) Condiciones y Ambiente de Trabajo; c) Licencias, justificaciones y franquicias.

2. Acta Acuerdo de la Comisión Técnica de Carrera Docente de fecha 20/05/2015

Los integrantes de la comisión técnica, en el marco de la paritaria local, acordaron:

1. Sostener como sistema de ingreso a la docencia universitaria el concurso público y abierto de antecedentes y oposición para todas las categorías.
2. Reglamentar la permanencia en los cargos docentes para dar cumplimiento a lo establecido en el capítulo III, Art. 12 del Convenio Colectivo de Trabajo.
3. Establecer un plazo de noventa (90) días para dar cumplimiento a lo establecido en el punto 2 del acuerdo.

3. Acta Paritaria de fecha 21/09/2015

El acta en tratamiento da cuenta de la primer reunión de la Comisión Negociadora de Nivel Particular, luego de la homologación del Convenio Colectivo de Trabajo (1/07/2015), y lo allí resuelto adquiere relevancia para aquellas cuestiones vinculadas a la carrera docentes que están siendo abordadas en el presente trabajo. Veamos.

²⁴ Ampliar en Simón, J.C (Dir.) (2012) *Tratado de derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires: Argentina. La Ley.

La Comisión resolvió:

- a) “En relación a la situación de los docentes que revistan carácter de interinos con cinco años o más de antigüedad en el cargo, no deberá modificarse la misma, hasta tanto se reglamenten los mecanismos para su incorporación a la CARRERA DOCENTE, establecida en el Capítulo III del CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO, Dec. 1246/15. Asimismo, respecto de los docentes interinos con antigüedad menor a cinco años sólo podrán ser removidos por la sustanciación de un concurso ordinario, conforme lo establece el Decreto 1470/98.”
- b) “Que en los casos en que se haya llamado a concurso en alguna Unidad Académica o Colegio del Sistema de Pregrado con posterioridad a la fecha de homologación del CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO, Dec. 1246/15 y en consonancia con lo establecido en el punto 1 del presente acuerdo, se podrá sustanciar el concurso, atendiendo a lo establecido por el Art. 73 del CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO.”
- c) “Para los casos de docentes ordinarios, no podrá modificarse su situación de revista y condición hasta tanto se reglamenten los mecanismos de permanencia en la CARRERA DOCENTE.”
- d) “Para el caso de la conformación de las Comisiones Asesoras de Concursos y para las Comisiones de Evaluación Periódica que oportunamente se reglamenten, se establece –como principio– que su integración deberá respetar la composición establecida en el Artículo 26 del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata, a saber: tres Profesores, un Graduado o Auxiliar Docente y un Estudiante, en igualdad de condiciones respecto a la validez del voto.”

4. Acta Paritaria de fecha 16/12/2015

Nuevamente reunida la Comisión Negociadora de Nivel Particular, abordó la interpretación del artículo 73 del Convenio Colectivo de Trabajo y el marco general de permanencia de los Profesores Ordinarios en Carrera Docente.

En tal sentido, las partes acordaron:

- a) Sobre la incorporación de los interinos a la planta docente ordinaria.

“Se considerarán docentes interinos con 5 años o más de antigüedad comprendidos en el artículo 73 del CCTD, exclusivamente a aquellos que estén frente a alumnos, en materias de carreras de grado dictadas en la UNLP y que tengan continuidad en su dictado –no optativas discontinuas, ni carreras a término, ni cursos de cualquier tipo– ni tampoco cargos docentes utilizados para otra función.

El ciclo de cinco años deberá ser en una facultad, en “materias afines” y en forma continuada.

- a.1) Que el mecanismo que se apruebe para el ingreso de los interinos con cinco años o más se aplique independientemente a cada uno de los cargos que pudiera ostentar una misma persona.
- a.2) El mecanismo de ingreso será el concurso cerrado; si el candidato aprueba, se convierte en ordinario; si no aprueba, se llama a concurso abierto.
- a.3) Sobre el universo al que se aplica este mecanismo:

- Aquellos con cinco años o más (al 02/07/15) como interinos en el mismo cargo y materia.

- A los que hayan ostentado esa condición de cinco años o más de interinato en materias afines (definición que por su especificidad será establecida por cada Facultad).

- A los que hayan ocupado distintas categorías en cargos interinos por cinco años o más en una única materia o en materias afines (definición que por su especificidad será establecida por cada Facultad).

b) Sobre la estabilidad de los Profesores:

b1) Cada cuatro años las Facultades realizarán una evaluación docente bajo sus propias normas, luego de dos evaluaciones negativas el CD podrá llamar a concurso abierto en cualquier momento.

b.2) A los 8 años, el estatuto establece que el CD decidirá si se otorga una prórroga o se llama a concurso. En este último caso, si el docente tuviera dos evaluaciones negativas, ese concurso tendrá carácter abierto; en cualquier otro caso, el concurso será cerrado a la persona que ostenta el cargo.

b.3) A los 16 años, el estatuto establece, el estatuto establece que se realiza un concurso, ese concurso tendrá carácter abierto si el docente tuviera dos evaluaciones negativas. En cualquier otro caso el concurso será cerrado a la persona que ostenta el cargo.

c) Disposiciones generales

- La reglamentación de las evaluaciones será decidida por cada Facultad a partir de un marco básico común.

- Las pautas generales de la reglamentación del concurso cerrado serán comunes a todas las Facultades.

- La reglamentación de los plazos será común a todas las Facultades

- Cuando se optare por concurso cerrado en cualquier instancia, este será equivalente a una evaluación, tanto en cuanto a sus efectos como a su periodicidad.”

5. Acta Paritaria de fecha 26/05/2016

En esta sesión la Comisión Negociadora de Nivel Particular acordó “que el concurso cerrado para el ingreso a la carrera docente para los docentes interinos con 5 años o más años de antigüedad al 2 de julio de 2015, comprendidos en el art. 73 del Convenio Colectivo de Trabajo y en los términos del Acta Paritaria local del 16 de diciembre de 2015, se regirá por la Ordenanza 179/86 y sus modificatorias y por las reglamentaciones internas que, a la fecha, posea cada Facultad”.

6. Acta Paritaria de fecha 09/11/2016

La Comisión Negociadora de Nivel Particular dio tratamiento interpretativo de los casos comprendidos en el Artículo 73 del Convenio Colectivo de Trabajo, cuestión pendiente de tratamiento según surge del punto a.3) del acta paritaria del 16 de diciembre de 2015. En esa reunión se acordó lo siguiente:

“Se ratifica que él o la docente que se ha desempeñado con continuidad en materia de grado y/o materia afín en varios cargos no simultáneos con distinta categoría en la misma Facultad por 5 años o más hasta el 2 de julio de 2015, queda comprendido en los

alcances del Art. 73 del Convenio Colectivo de Trabajo, según lo dejó establecido el Acta Paritaria del 16 de diciembre de 2015.

En esta condición, podrá concursar el cargo que ocupaba el 2 de julio 2015 en forma cerrada a la materia de grado o materia afín (de acuerdo al universo que eventualmente defina cada Facultad), siempre que satisfaga simultáneamente las siguientes condiciones:

- 1) Que la antigüedad en dicho cargo interino sea de al menos un año.
- 2) Que el cargo inmediato anterior al que ostentaba el 2 de julio de 2015 sea el inmediato anterior en el escalafón docente, ejercido de manera interina u ordinaria.

Asimismo, una vez creado el concurso cerrado, podrán participar del mismo los docentes interino con igual categoría, que aun teniendo una antigüedad menor a un año tengan cargo inmediato anterior en el escalafón de manera ordinaria o aquéllos con cargo inmediato anterior en el escalafón de manera ordinaria al 2 de julio de 2015.

En caso de que él o la docente resultare primero en el orden de mérito del concurso cerrado, se convertirá en ordinario en el cargo interino actual. En caso de que el docente, como consecuencia del concurso, no obtuviera el cargo que ocupaba, se lo limitará en el cargo interino actual y se programará el concurso para la regularización en el cargo inmediato anterior, en los mismo términos de concurso cerrado.”

7. Acta Paritaria de fecha 09/11/2016

En la referida sesión, la Comisión Negociadora de Nivel Particular responde la consulta efectuada por el Secretario de Asuntos Jurídico Legales de la UNLP, respecto de la vigencia del plazo de concurso. En respuesta se acuerda que: “Efectivamente, tal como establece el punto 3 del Acta Paritaria del 21/09/2015, la condición del docente ordinario no podrá modificarse (situación de revista y condición) hasta tanto se reglamenten los mecanismos de permanencia en la carrera docente. No obstante, lo establecido en el punto 2 establece una línea de corte clara entre los llamados a concurso realizados antes o después de la fecha de homologación del Convenio Colectivo de Trabajo, es decir, 2 de julio de 2015 que organiza el procedimiento de ingreso a la carrera docente para docentes ordinario e interinos por única vez.”

8. Acta Paritaria de fecha 09/11/2016

En dicha acta la Comisión Negociadora de Nivel Particular analizó la aplicación del artículo 73 del Convenio Colectivo de Trabajo a la carrera docente de los profesores de Colegios de Pregrado Universitario, resolviendo que: “En tal sentido se acuerda aplicar el mecanismo de regularización implementado en dichos establecimientos en el año 2006, respetando las condiciones establecidas en el mencionado artículo del Convenio Colectivo de Trabajo. Los docentes que ingresen por este mecanismo a la Carrera Docente, serán evaluados en el año 2018, en coincidencia con el proceso general de evaluación de todos los docentes del sistema preuniversitario.”

VII. La declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

En fecha 09 de diciembre de 2015 se reunió en sesión ordinaria el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, resolviendo en el punto 3 del Acta N° 426 aprobar la Declaración sobre el re-

chazo al Convenio Colectivo de Trabajo de los Docentes Universitarios, que tramitara por expedientes 400-4567/15 y 400-4278/15, unificando los proyectos de los Consejeros Directivos abogados Adolfo Brook y Gilda Maltas y de la Agrupación estudiantil Franja Morada.

Así, el Consejo Directivo²⁵; Exhorta al Presidente de la Universidad Nacional de La Plata a denunciar y hacer reserva en el Convenio Colectivo de Trabajo de Docentes Universitarios del Capítulo correspondiente al ingreso, promoción y egreso de la docencia universitaria, cargos docentes y de auxiliares docentes; por resultar contrario a la letra expresa del Estatuto Universitario.

Solicita también al Presidente que en virtud de la representación institucionalmente ejercida, promueva las correspondientes acciones administrativas y judiciales tendientes a denunciar y hacer reserva de inaplicabilidad del Convenio Colectivo en lo que corresponde al ingreso a la docencia universitaria, docentes y auxiliares docentes; siendo de aplicación el Estatuto Universitario. Finalmente comunica la declaración al Honorable Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata y a los decanos/as de las facultades que la integran.

En los *considerandos* de la declaración se pueden leer los argumentos que se desarrollarán a continuación.

1. Afectación del principio reformista de acceso a las Cátedras por concursos públicos de oposición y antecedentes

La primera impugnación argumentada es la abierta colisión del Convenio Colectivo de Trabajo con los principios, valores e ideales que emergieron del movimiento de la Reforma Universitaria de 1918, los que luego fueron receptados en el preámbulo del actual Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata.

Sostiene la declaración que; “la propia historia de la Universidad Nacional de La Plata en sus comienzos trazó sus cimientos en valores del reformismo, impulsando fuertemente la extensión universitaria, la pluralidad y libertad de Cátedras, el impulso de la investigación científica enmarcado en el auge del positivismo y en contraposición a los fundamentos teológicos o religiosos, así como la promoción de las bases de una institución democrática, plural, de libertad científica y de Cátedra y comprometida con la realidad de sus tiempos.”

Agrega luego que; “es un principio irrenunciable del “reformismo”, y que ha sido consecuencia directa de la Reforma de la Universidad Pública de 1918, establecer que el acceso a las Cátedras se debe realizar mediante concursos públicos de oposición y antecedentes, como el único mecanismo idóneo, eficaz y razonable que permita el acceso a la enseñanza de aquellos que acrediten públicamente idoneidad y conocimiento, libertad de Cátedras, promoción de la movilidad docente y científica, todo ello en su conjunto como garantía que asegure calidad de los cuadros docentes y científicos de la Universidad.”

²⁵ La declaración se encuentra firmada por los consejeros; GAJATE, GRAJALES, MALTAS, WEBER, HITTERS, MELLA, BALBIN y BROOK.

Finaliza el punto el Consejo Directivo de la siguiente forma; “Que renunciar a este principio esencial de la vida universitaria; ello es al acceso y permanencia en los cargos de docentes y auxiliares docentes mediante el procedimiento público de concursos de oposición y antecedentes abiertos; resulta a todas luces repudiable”.

2. Violación del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata

Afirma el Consejo Directivo que el Capítulo III del Convenio Colectivo de Trabajo también colisiona abiertamente con el actual Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata. Así considera que el Convenio viola “el Estatuto Universitario, en su artículo 22 cuando establece “Los cargos docentes ordinarios se proveerán por concurso público de oposición y antecedentes” y el artículo 25 que dispone que una vez accedido al cargo por concurso público podrá ser renovado por igual período a partir de una evaluación por desempeño, y que concedida esa prórroga debe llamarse a concurso público nuevamente.” Agrega que; “en cuanto a los auxiliares docentes el artículo 43 también dispone que se accederá por concurso público, siendo que cada unidad académica reglamentará el procedimiento. Que los términos categóricos del Estatuto para el acceso a la Docencia Universitaria y a los cargos de Auxiliares Docentes, excluyen toda posibilidad de procedimiento. Sólo el Concurso Público de Oposición y Antecedentes y Abierto, deviene el método legal para acceder a las funciones docentes en esta Alta casa de estudios. Sólo el término abierto que el Estatuto de la Universidad utiliza, resulta garantizador del pluralismo y libertad de cátedra; evitándose de otra manera cualquier posibilidad contraria a los principios de la Reforma Universitaria.”

Concluye diciendo que “pretender utilizar para los concursos, el vocablo semiabierto, no solamente fuerza la letra del Estatuto, sino que pretende introducir a la Universidad Nacional de La Plata en una discusión superada hace 100 años; sometiendo a la Institución a una devaluación de valores que permitieron construir su excelencia institucional y científica. Es por ello, que aprobar el Capítulo III del Convenio Colectivo de Trabajo para Docentes Universitarios resulta contrario al Estatuto Universitario vigente, al mismo tiempo que renuncia a los procedimientos de acceso y permanencia en la docencia que garantizan idoneidad, aptitud, transparencia y movilidad en los cuadros docentes formados y en formación”.

3. Afectación de la Autonomía Universitaria

El Consejo Directivo advierte, al finalizar sus considerandos, que: “bajo un falso argumento como es la precarización laboral del docente universitario, se pretende renunciar a principios esenciales del modelo universitario argentino; atentando así contra un proyecto de permanente excelencia académica y científica, y lesionando profundamente, desde el convenio colectivo laboral que en la presente se trata, la autonomía universitaria expresamente consagrada en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 19)”.

4. Vulneración de la composición de los jurados de concursos

El consejero Weber, representante de la agrupación estudiantil franja morada, atacó la falta de inclusión de los estudiantes en el marco de los concursos docentes, explicando al tomar la palabra que: “encontramos la eliminación del jurado estudiantil dentro de lo que es este convenio colectivo de trabajo cuando hable de la evaluación entre pares”.

El Consejo Directivo, receptando el planteo del representante de la bancada estudiantil, afirma que defenderá “la composición de los jurados de los concursos integrados por docentes, graduados y estudiantes siendo que la omisión de alguno de ellos violenta la esencia misma de la Universidad Pública Argentina”.

5. Exigencia de una reforma normativa

Finaliza sus consideraciones el Consejo con el siguiente párrafo: “Que en defensa de nuestra autonomía, a casi 100 años de la Reforma Universitaria de 1918 y a menos de diez años de la reforma al estatuto universitario, debatido en presencia de toda la comunidad de la Universidad nacional de La Plata, con fuerza de Ley; cualquier modificación a las normas que rigen nuestra Universidad Nacional deberá realizarse cumpliendo con las mayorías especiales requeridas para su reforma”.

VIII. Los sistemas de selección y designación de los empleados públicos y la exigencia de idoneidad²⁶

1. Sistemas de selección y nombramiento de empleados públicos

El nombramiento es la forma de designación típica de los agentes públicos, que responde a la cobertura de cargos conforme al modelo de organización técnica burocrática weberiana, en la que la función pública es entendida como profesión plena y permanente. Antiguamente, la herencia y la venalidad constituían mecanismos para acceder a los cargos públicos. En nuestro país ello ha quedado constitucionalmente prohibido, ya que el artículo 16 no sólo garantiza un deber positivo para el Estado al exigir la cobertura de los cargos públicos con base en la idoneidad sino que también dispone una prohibición expresa, cual es abolir toda forma de ingreso hereditaria, ello como derivación del rechazo a las prerrogativas de sangre o nacimiento.

Las modalidades típicas de designación o nombramiento de empleados públicos pueden clasificarse en discrecionales, condicionadas o estrictas. En la primera de ellas, la autoridad competente tiene absoluta libertad de elección, en el segundo, deberán respetarse requisitos del candidatos y condiciones procedimentales de selección, formas de nombramiento y, en la tercera, el nombramiento es estricto, es decir, la autoridad competente.²⁷

2. El nombramiento condicionado por un concurso público

El concurso es un procedimiento administrativo de selección integrado por una serie de actos jurídicos sucesivos y concurrentes, en los que se deben asegurar condiciones de concurrencia, publicidad e igualdad entre los concursantes que se postulan para acceder a un cargo público. Este mecanismo es el que en mayor medida garantiza el control social del acceso por idoneidad.

Este procedimiento de selección es el que mejor se compadece con el sistema de garantías para la contratación de agentes estatales conformado por el sistema constitucional fede-

²⁶ Ampliar en Cabral, P. O. y Shreginger, M. J. (2009). *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

²⁷ Buteler, A. (2012-1) *Los medios de selección de empleados públicos*. Revista de Derecho Público. 2012-1. Empleo Público-I, p.143/170. Santa Fe: Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.

ral y supranacional (Convención Interamericana contra la Corrupción y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción), reglamentario del acceso igualitario a los cargos públicos por idoneidad

Consideramos que es el mejor sistema de selección, ya que garantiza la concurrencia de quienes se consideren aptos, capaces de someterse a las evaluaciones y competir con el objetivo de acreditar ser los más idóneos para cubrir un determinado cargo.

Por su parte, los concursos pueden clasificarse en general o abierto, especial y finalmente, cerrado. El general o abierto es aquel que permite la participación de todos aquellos que reúnen determinados requisitos. El especial sólo se abre para determinada categoría de individuos y el cerrado sólo permite la participación de los agentes pertenecientes a un organismo público específico. Los dos primeros también se conocen como externos y el último como interno.

El concurso de oposición y antecedentes debe tener como mínimo los siguientes pasos esenciales: 1°) acto que dispone la convocatoria; 2°) publicación de las condiciones del concurso; 3) etapa de inscripción; 4°) listado con los postulantes admitidos; 5°) examen de oposición; 6°) evaluación de los exámenes y antecedentes; 7°) listado de aprobados o seleccionados; 8°) remisión a la autoridad con potestad de nombramiento; 9°) acto administrativo de nombramiento.

El éxito de un concurso depende de la claridad de los requisitos exigidos para la inscripción, la adecuación de éstos a las necesidades del cargo a cubrir, el programa para el concurso, la regularidad del procedimiento concursal y la idoneidad del jurado.

En el ámbito de la Universidad Nacional de La Plata el procedimiento de selección por concurso para titulares y adjuntos se encuentra regulado en la Ordenanza 179 (Reglamento de Concursos para la provisión de cargos de Profesores Ordinarios) estableciendo que se elegirá mediante concurso público de méritos, antecedentes y oposición.

En el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales los concursos para la selección y designación de los Jefes de Trabajos Prácticos y Ayudantes Diplomados, con exclusión de los de Ayudante Alumno, se rigen por lo que dispone el Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata y la Resolución de Concursos para Auxiliares Docentes (Res. 415/04 y modif. Y 174/10).

3. El requisito de idoneidad y sus variantes²⁸

A través del art. 16 de la Constitución Nacional se exige un parámetro esencial e inmodificable para garantizar el derecho de igualdad a integrar los cuadros funcionales de los poderes que conforman el Estado, este es el requisito de idoneidad.

Este reaseguro tiene una doble función. Por un lado, poner en un pie de igualdad a todos los habitantes de la República y, por el otro, exigir al propio Estado la constatación de condiciones de idoneidad en los postulantes para acceder a los cargos a cubrir; de esta

²⁸ Sappa, J. R (2012-1). *Capacitación y evaluación del mérito o desempeño –profesionalización– como garantías del derecho a la carrera en materia de empleo público*. Revista de Derecho Público. 2012-1. Empleo Público-I, p.171/196. Santa Fe: Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.

manera, se limita la discrecionalidad en la selección con un criterio destinado a promover la eficiencia en la gestión pública.

La idoneidad supone capacidad, condición, aptitud o suficiencia para desempeñar un empleo público.

La idoneidad como concepto genérico puede clasificarse de distintas maneras agrupando las características de los requisitos o condiciones exigidas para acceder a la función pública, distinguiendo entre aptitud técnica (intelectual o profesional), aptitud física (edad o salud), o aptitud moral.

La aptitud o capacidad técnica es la habilidad o conjunto de conocimientos o nociones sobre una determinada especialidad o sobre cultura en general, exigidos para cubrir un determinado cargo. Dicha aptitud no debe presumirse; en todos los casos, debe acreditarse o probarse. Para medir esta condición, al ingreso pueden evaluarse sus antecedentes técnicos, académicos o profesionales, experiencia comprobada, acreditación de logros, participaciones destacadas, reconocimientos académicos, de labor o de iniciativas personales.

En cuanto a la idoneidad moral, ésta hace referencia al comportamiento, conducta o trayectoria valorada positivamente de la persona propuesta al cargo, como puede ser el actuar en forma honesta. La exigencia de idoneidad moral supone ponderar su comportamiento, pero esta evaluación puede ser negativa o positiva. En el primer caso, analizando su comportamiento socialmente reprochable; en el segundo, su actuar virtuoso.

Un ejemplo de la idoneidad moral lo constituye lo dispuesto por la Ordenanza 289/16 que reglamenta el Artículo 1° del Estatuto de la UNLP, tendiente a impedir el ingreso, permanencia o pertenencia al ámbito de esta Universidad de personas involucradas en la violación a los derechos humanos o terrorismo de estado²⁹.

²⁹ Artículo 2°: Se encuentran inhabilitados para ejercer cargos electivos o por designación, cualquiera sea su procedimiento (concurso, contrato u otra figura gratuita u onerosa, que genere dependencia): 2.1. Los que resulten condenados como autores, coautores, partícipes en cualquier grado, instigadores, encubridores o en cualquier tipo de participación criminal en delitos constitutivos de violación a derechos humanos. 2.2. Los que resulten condenados como autores, coautores, partícipes en cualquier grado, instigadores, encubridores o en cualquier tipo de participación criminal en delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional. 2.3. Las personas contra las que existan pruebas suficientes de participación en violaciones de los derechos humanos. Para determinar este punto, deberá tomarse como acto procesal válido el procesamiento firme previsto en el Código Procesal Penal de la Nación, o la instancia equivalente de los respectivos Códigos provinciales. 2.4. Las personas que ejerzan o hayan ejercido cargos jerárquicos o de asesoramiento, con funciones de responsabilidad política, en un gobierno de facto, o en uno constitucional que ejerza o haya ejercido terrorismo de estado o violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos, en cualquier dependencia de los tres poderes del Estado, organismos centralizados o descentralizados de nivel nacional, provincial o municipal. 2.5. Las conductas que por acción u omisión impliquen una grave violación a los

IX. El especial caso de los Docentes Interinos

No existen en nuestro país –en ningún nivel de organización territorial o institucional pública- ejemplos de sistemas de selección puramente discrecionales; cualquier supuesto que se evidencia en la práctica será un ejemplo de disfunción ilegal, ya que desde la consagración constitucional en 1853 de la exigencia de igualdad e idoneidad para el acceso a los cargos públicos hasta la actualidad, se ha limitado paulatinamente el marco de libertad de elección, mediante regulaciones constitucionales, supranacionales, legales y reglamentarias.

Vimos que la Ley de Educación Superior permite la designación temporaria, con carácter excepcional, de docentes interinos, cuando ello sea imprescindible y mientras se sustancia el correspondiente concurso. Aún cuando permite –para determinados casos reglados- este tipo de vinculación cuya designación es altamente discrecional, establece límites reglamentarios que buscan atenuar la arbitrariedad en este tipo de designaciones que se apartan de las garantías que brindan los concursos públicos (art. 51).

El artículo 36 del Estatuto de la UNLP (2008) dispone que: “A falta de Profesor Titular, Asociado, Adjunto o Contratado, el Decano, con aprobación del Consejo Directivo o Director de departamento de universidad, instituto o escuela superior, encargará la cátedra interinamente a un Profesor Titular, Asociado, Adjunto o Contratado de materia análoga o afín y solo a falta de los mencionados, a una persona extraña a la casa que tenga los títulos exigidos para ser Profesor Titular. La designación se hará en las condiciones que fije el Consejo Directivo”.

Por su parte el Convenio Colectivo de Trabajo, mediante el dictado de una norma transitoria, establece un mecanismo para incorporar a la carrera docente a aquellos designados interinamente con una antigüedad mayor a cinco años (Art. 73), buscando una solución a los problemas generados por una práctica que –como veremos- se opone al derecho vigente, perjudicando a los trabajadores docentes y constituyendo un sistema signado por la precariedad.

Normativamente, la posibilidad de nombrar a una persona como docente -en carácter de interino- que esté por fuera de la carrera docente, es decir que no se encuentre designada ordinariamente mediante la sustanciación de un concurso público, abierto, de oposición y antecedentes, es mínima y de carácter excepcional. Así, en forma expresa lo disponen, tanto la Ley de Educación Superior, como el Estatuto de la UNLP, que establecen requisitos especiales, límites temporales y una prelación obligatoria en la selección del docente a ocupar el interinato en una cátedra.

Como ya lo indicamos, en su artículo 51 de la ley 24.521, en su párrafo final, agrega otro límite a la posibilidad de contar con docentes interinos en sus plantas orgánicas: “Los docentes designados por concurso deberán representar un porcentaje no inferior al setenta por ciento (70%) de las respectivas plantas de cada institución universitarias”.

derechos humanos, aunque no se encuentren sujetas a investigación penal, podrán ser consideradas actos lesivos graves contra la ética universitaria.

A pesar de todo ello, en el caso de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, para el año 2013 -del que contamos datos publicados por sus autoridades- sobre un total de 794 docentes³⁰, 486 son profesores ordinarios designados por concurso³¹. Esto representa el sesenta y uno coma dos por ciento (61,2 %) del total, incumpliendo con el artículo 51 de la Ley de Educación Superior que establece un piso del setenta por ciento (70 %).

Tal violación de disposiciones expresas de la Ley de Educación Superior y del Estatuto de la UNLP, además de significar una precarización laboral inaceptable en una facultad de derecho de una Universidad Pública, afecta en forma directa la tan enarbolada calidad académica, la excelencia institucional y científica. Es una práctica institucional que evade -con éxito por su magnitud- la designación mediante concurso público, principal garantía para lograr la idoneidad, aptitud, transparencia y movilidad de los docentes.

Como lo explica Pedro Sanllorenti, los docentes interinos, son los excluidos del: sus designaciones son precarias y la continuación de sus tareas dependen de una decisión que debe tomarse periódicamente, volviéndolos muy dependientes del poder de turno. Es importante destacar que los interinos son víctimas de un doble incumplimiento por parte de las autoridades universitarias. La primera falta tiene que ver con que todos los estatutos de las universidades establecen que en el plazo de uno o dos años, desde la designación de los docentes interinos, deben realizarse los concursos para la selección de ese cargo. Por otro lado, la Ley de Educación Superior también prevé un plazo de dos años para la realización de los concursos. En cambio, son muchos los docentes que llevan cinco, diez y hasta veinte años con designaciones interinas en un mismo cargo. Incluso hay docentes que se jubilan en esa condición.³²

El incumplimiento de estos recaudos legales en la designación de docentes interinos, ya sea por no reunir los requisitos expresamente establecidos, por no cumplir con el orden de prelación para su elección, por extenderse en el límite temporal para cumplir tales funciones, o por exceder el porcentaje establecido como límite de tal modalidad de nombramiento en el mencionado artículo 51, evidencian la utilización de figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una desviación de poder que tiene como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un vínculo temporal.

Como lo sostiene nuestra Corte de Justicia nacional, en esta situación resulta natural que el empleador genere una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra los despidos o el desconocimiento de sus derechos laborales. En estos casos, es claro que la Universidad empleadora ha incurrido en una conducta ilegítima, que genera su responsabilidad frente al docente interino, la comunidad académica y la sociedad.

³⁰ Disponible en: http://www.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/academica/anuario_estad_2014.pdf

³¹ Datos resultantes de la compulsa de los Padrones 2013 de Profesores Titulares; JTP; Profesores Extraordinarios; Ayudantes de 1° y Profesores Adjuntos.

³² Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/universidad/10-246616-2014-05-20.html>

X. Conclusiones

1. El Convenio Colectivo no afecta el principio reformista de acceso a las Cátedras por concursos públicos de oposición y antecedentes

Como lo sostiene el Consejo Directivo en su declaración, es muy cierta la imperiosa necesidad de cumplir aquellos principios que surgieron de la lucha de los estudiantes universitarios en Córdoba en el año 1918.

Coincidimos en rescatar el producto de aquella gesta del estudiantado nacional, pero nos oponemos a una lectura sesgada, parcial, no histórica, que no dé cuenta de la realidad social que condicionó el levantamiento y las críticas al sistema universitario de principios del siglo pasado, y que hicieron posible la trascendente reforma de 1918.

Además, la interpretación se impone integral, vinculando entre sí todos los principios establecidos en el manifiesto cordobés, con las imprescindibles adaptaciones a nuestros tiempos. Así, resulta oportuno recordar que uno de los principios reformistas es el compromiso de la Universidad con la realidad social y aquí se impone considerar que al momento de la proclama reformista, aún no existían: la Organización Internacional del Trabajo, ni el Constitucionalismo Social, ni la positivización de los Derechos Humanos –en especial los DESC–, ni la Constitución Nacional de 1949, ni el artículo 14 bis de la Carta Magna hoy vigente. El Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria proclamó su férrea oposición al “triste espectáculo de una inmovilidad senil” que se manifestaba en la negación de las autoridades universitarias a ver más allá de las puertas y ventanas de sus claustros.

La crítica a la forma descontextualizada en que los Consejeros Directivos pretenden trasladar los principios reformistas de 1918 a nuestros días, no debe entenderse como un desconocimiento o mirada negativa de aquellos valores que nosotros defendemos como propios.

Es por ello que –inspirada en los principios reformistas (asegurando la más completa libertad académica, sin discriminaciones, limitaciones o imposiciones, buscando generar profesionales íntegros, capaces de afrontar los desafíos de su tiempo y comprometidos con la realidad de su gente)–, la Universidad Nacional de La Plata se comprometió a educar en todas sus Unidades Académicas para el ejercicio de las libertades democráticas y el libre desarrollo de la personalidad humana; la *vigencia plena de los derechos humanos* sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, género, idioma, religión, origen nacional o social, condición económica o cualquier otra condición (Estatuto UNLP -2008-). Cómo no coincidir con el manifiesto preliminar de aquella “santa revolución” que se levantó “contra un régimen administrativo, contra un método docente, contra un concepto de autoridad” y que denunció que “Las funciones públicas se ejercitaban en beneficio de determinadas camarillas. No se reformaban ni planes ni reglamentos por temor de que alguien en los cambios pudiera perder su empleo. La consigna de hoy para ti, mañana para mí, corría de boca en boca y asumía la preeminencia de estatuto universitario. Los métodos docentes estaban viciados de un estrecho dogmatismo, contribuyendo a mantener a la universidad apartada de la ciencia y de las disciplinas modernas. Las lecciones, encerradas en la repetición interminable de viejos textos, amparaban el espíritu

de rutina y de sumisión. Los cuerpos universitarios, celosos guardianes de los dogmas, trataban de mantener en clausura a la juventud, creyendo que la conspiración del silencio puede ser ejercitada en contra de la ciencia.”³³

Aun así, y reconociendo los avances logrados en estos casi cien años desde aquella reforma, los dolores que quedan, siguen siendo las libertades que faltan y que hoy se encarnan en un sistema universitario que desconoce la efectividad plena de los derechos laborales de sus trabajadores docentes y los somete a oscuros regímenes de precariedad e incerteza. Si aquellos revolucionarios de Córdoba estuvieran hoy entre nosotros, no lo dudemos, estarían luchando por garantizar los derechos constitucionales de todos los trabajadores universitarios.

2. El Convenio Colectivo no viola el Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata

Como se pudo observar, contrariamente a lo afirmado por el Consejo Directivo, el Convenio Colectivo de Trabajo, por un lado, garantiza el ingreso por concurso abierto de antecedentes y oposición, y por el otro, no hace referencia a concursos semiabiertos.

Aún en ese caso, es el Estatuto Universitario el que tiene que adecuar su contenido al cumplimiento de obligaciones constitucionales e internacionales referidas a la protección de los derechos de los trabajadores.

Para concluir este punto, traeré la opinión de uno de los asesores en el proceso de redacción del Convenio Colectivo, profesor Aníbal Paz: “el CCT ha sido homologado, y ello le otorga un carácter normativo superior a los propios Estatutos Universitarios y, por ende, superior a las ordenanzas y resoluciones dictadas en consecuencia de los mismos. Podría decirse asimismo que, aun teniendo idéntico rango legal, el CCT sería superior a la mismísima LES. Salvando las enormes distancias simbólicas, no estoy lejos de afirmar que el cambio de paradigma en las relaciones docente-universidad podría ser comparable, al menos normativamente, con el cambio generado a partir de la reforma del 18.”³⁴

3. El Convenio Colectivo no afecta la Autonomía Universitaria

La autonomía universitaria se encuentra expresamente reconocida en el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional, que le atribuye al Poder Legislativo la facultad de sancionar leyes que garanticen “la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”. El derecho público le otorga al concepto de autonomía un contenido específico referido a la porción de soberanía interior no delegada por los estados provinciales al gobierno federal. Explica Ekmekdjian que “La autonomía es un grado menor que la soberanía y es más amplia que la autarquía, ya que esta última se limita a la facultad de administración”³⁵.

³³ El Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria fue redactado por Deodoro Roca y apareció en Córdoba el 15 de junio de 1918 y fue firmado por los miembros de la comisión directiva de la Federación Universitaria de Córdoba.

³⁴ Paz, A. (14/09/2015). *El nuevo Convenio Colectivo para Docentes universitarios y preuniversitarios –Un nuevo paradigma y un escenario jurídico previsiblemente conflictivo–*. Publicado en el diario Comercio y Justicia.

³⁵ Ekmekdjian, M. A. (2001). *Tratado de Derecho Constitucional*. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina. Buenos Aires: Argentina. Depalma. T°IV, p.578.

Por su parte, la autonomía universitaria –originada en la reforma universitaria de 1918– hace referencia a la autodeterminación normativa y administrativa que le permiten su autogestión. En su artículo 29, la ley 24.521 define la “autonomía académica e institucional” de las instituciones universitarias, que comprende las funciones de dictar y reformar sus propios estatutos, comunicándolo al Ministerio de Cultura y Educación; definir sus órganos de gobierno, establecer sus funciones y elegir a sus autoridades conforme a los estatutos y a la ley; administrar sus bienes y recursos; crear carreras de grado y de posgrado; formular y desarrollar planes de estudio y de investigación científica y de extensión universitaria, otorgar grados académicos y títulos habilitantes, establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente, etc.

No es posible entonces, a partir de reconocer la potestad de la universidades nacionales de dictar sus propias normas, pensar que dichas reglamentaciones u ordenanzas queden desvinculadas del ordenamiento jurídico nacional en el que se insertan por el propio reconocimiento que éste le hace a través de una disposición constitucional.

Todas las normas emitidas por las universidades públicas nacionales se encuentran vinculadas positivamente con el ordenamiento a partir de la imposibilidad de eximirse de los alcances del principio de legalidad y del control de constitucionalidad y convencionalidad. El Convenio Colectivo de Trabajo, como vimos, es parte del sistema de fuentes e integra el ordenamiento jurídico que alcanza a todas las universidades que participaron de su redacción, por lo que, mal puede sostenerse que tal producto de la voluntad autónoma (entre otros, de nuestra Universidad Nacional de La Plata) afecte su autonomía universitaria. La negociación colectiva que precedió a la homologación del convenio de trabajo en estudio se desarrolló en estricto cumplimiento de la legislación aplicable. Además, la voluntad y representación de la Universidad Nacional de La Plata no se encuentra viciada en modo alguno, resultando improcedente la denuncia efectuada por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

4. El Convenio Colectivo no vulnera la composición de los jurados de concursos

Este argumento planteado por los Consejeros representantes del Claustro Estudiantil y receptado por el organismo directivo, no tiene una fundamentación que revista importancia a la luz de lo resuelto en la paritaria de nivel particular.

En efecto, como vimos, en el acta paritaria del 20/09/2015 (previa a la declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de fecha 09/12/2015) se resolvió que, para el caso de la conformación de las Comisiones Asesoras de Concursos y para las Comisiones de Evaluación Periódica que oportunamente se reglamenten, se establece –como principio– que su integración deberá respetar la composición establecida en el Artículo 26 del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata, a saber: tres Profesores, un Graduado o Auxiliar Docente y un Estudiante, en igualdad de condiciones respecto a la validez del voto.”

La solución encontrada por la Comisión Negociadora de Nivel Particular no hizo otra cosa que aplicar el principio de aplicación de la norma más favorable al docente ante la concurrencia de normas con diferentes alcances (Art. 72 del Convenio Colectivo de Trabajo).

5. Los alcances de una futura reforma normativa.

Finalmente, encontramos una coincidencia con lo declarado por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: es necesario realizar una reforma normativa. Aunque compartimos el reclamo, nos ubicamos en el sitio opuesto en cuanto a las líneas de las futuras reformas estatutarias, ya que para nosotros se impone la adaptación del Estatuto de la UNLP y de las reglamentaciones derivadas y concordantes a lo establecido en el Convenio Colectivo de Trabajo vigente.

Una futura ley nacional o normativa estatutaria de la Universidad Nacional de La Plata que pretenda modificar *a la baja* el Convenio Colectivo de Trabajo (que asegura derechos a los trabajadores docentes expresamente reconocidos en la constitución) violaría el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que habilita la posibilidad de legislar en la materia, para –justamente– asegurar esos derechos. Es claro que si el legislador no puede disponer del patrimonio de derechos sociales de los trabajadores con sus leyes, menos puede hacerlo una Universidad Nacional, desde una facultad reglamentaria originada en una norma constitucional que reconoce una autonomía universitaria, cuyo límite –como dijimos– es el propio ordenamiento jurídico vigente.

“Ley 27.350 de Investigación Médica y Científica del uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados. Análisis jurisprudencia, legislativo, aspectos de investigación y proyecciones sociales.”

Por Marcos Antonio Torti Iermini¹

Resumen:

A través del presente trabajo, se intentará analizar la sanción de la ley 27.350 de “investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” a partir de diferentes puntos de estudio. Esto para poder interpretar de forma general e integradora los verdaderos efectos en la sociedad sobre el uso de los diferentes compuestos del cannabis en pacientes con distintos tipos de enfermedades que agravan su salud. En este sentido, cuatro son los puntos elegidos para analizar respecto a la ley 27.350, correspondiendo al tratamiento legislativo de la norma, el aspecto de la investigación sobre la planta de cannabis, el marco jurisprudencial en nuestro país, y finalmente, las proyecciones del debate en la sociedad en la actualidad.

1. Introducción

La sanción de la ley 27.350 de “investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” marca un antes y un después en nuestro país en relación a una forma de concepción sobre la salud. Pero es necesario entender que, si bien la sanción de la ley resulta un paso necesario, no resulta suficiente ni último. El análisis sobre la norma posee un trasfondo amplio donde intervienen otras disciplinas, materias, ciencias, creencias y aspectos relacionados al Estado. Por este motivo, en el presente trabajo se examinarán diferentes puntos de vista que confluyeron en el antes y el después de la sanción de la ley.

En el primer apartado veremos el tratamiento legislativo que se desarrolló en relación a la ley 27.350. Para esto, se mencionará el proyecto de ley que fuera aprobado en el mes de noviembre del 2016 en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación y que estuviera conformado por un cúmulo de antecedentes diversos. Después pasaremos por el planteo de diferentes intervinientes en el plenario de comisiones en la Cámara de Senadores del Congreso donde finalmente se sancionaría la ley a fines del mes de marzo del 2017. Finalmente, veremos una revisión general en relación al texto propio de la norma, a fin de obtener una idea del objeto de la misma.

Luego, siendo uno de los puntos más importantes dentro de la ley 27.350, dedicaremos un apartado a la temática de la investigación sobre los usos medicinales de la planta de cannabis. En este sentido, se debe remarcar la necesidad de ahondar esta temática por resultar escasa en nuestro país en la actualidad. En primer lugar, veremos un informe sobre los efectos del uso de cannabis en pacientes con epilepsia realizado por una profesional e investigadora médica de nuestro país con proyecciones a futuro en materia

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Empleado del Poder Judicial de la Nación. Fuero Criminal y Correccional. Contacto: tortiiierminimarcosantonio@gmail.com

de investigación. Posteriormente, mencionaremos algunos de los puntos expuestos en un informe realizado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) sobre el uso de derivados de la planta de cannabis en otros países. Por otro lado, se profundizará sobre el aspecto jurisprudencial en relación al uso de productos derivados de la planta de cannabis. Para ello, observaremos dos de los últimos antecedentes jurisprudenciales referidos a la cuestión del uso medicinal de la planta de cannabis en nuestro país, tomando como punto de inflexión la sanción de la ley 27.350. La primera sentencia presentada refiere a un momento anterior a la ley, mientras que el segundo dictamen se sitúa en un momento posterior, resultando importante observar la fundamentación de los derechos que intervienen en cada caso, y las primeras consideraciones que se realizan de la nueva norma en materia del uso medicinal la planta de cannabis. Finalmente, se considerará el aspecto social en relación a la sanción de la ley 27.350. En este sentido, se analizará uno de los puntos más importantes respecto al uso de los derivados del cannabis para su uso medicinal, como es la cuestión del “autocultivo” y “cultivo solidario y cooperativo” entre las familias de los pacientes que se benefician por los productos a base de compuestos de cannabis. Por este motivo, se tendrá en cuenta la participación de las organizaciones integradas por investigadores, profesionales, familiares y pacientes en el contexto de la sanción de la propia norma, en razón de ser los principales interesados en los temas relacionados con la protección de la salud en un marco de legalidad en nuestro país.

2. Tratamiento Legislativo

2.1. Antecedente legislativo de la Ley 27.350

El día 23 de noviembre del 2016 la Cámara de Diputados del Congreso Nacional dio media sanción al proyecto de ley² que preveía el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Fueron tres los grandes proyectos debatidos por las Comisiones de Seguridad Interior, de Acción Social y Salud Pública y de Legislación Penal. Los mismos junto con sus proyectos antecedentes, se encuentran en la Orden del Día N° 751³ de las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados de la Nación. En este sentido, el debate recaería en la decisión que se tomara en la Cámara de Senadores del Congreso para determinar o no la sanción de la futura ley.

² Proyecto de Ley de investigación científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. Reunión 21°, Sesión 20° - Ordinaria Especial, de fecha 23 de noviembre del 2016. Aprobado con modificaciones y comunicado a la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación. En <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2016/BAT2016/PDF/2427-D-2016.pdf>

³ Cámara de Diputados de la Nación (2016). Sesiones Ordinarias, Orden del Día N° 751, Comisiones de Seguridad Interior, de Acción Social y Salud Pública y de Legislación Penal. Impresión el día 21 de octubre del 2016. En <http://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-134/134-751.pdf>

Dichos antecedentes del proyecto correspondían a los siguientes expedientes: el 2427-D-16 de “Cannabis para uso medicinal”⁴, el 3726-D-16 de “Modificación al régimen legal de estupefacientes -Ley 23.277-. Despenalización de la tenencia de drogas para uso personal”⁵, el expediente 4795-D-16⁶, el 5618-D-16 de “Régimen contra el narcotráfico -Ley 23.737-. Modificación del Art. 15 sobre no punibilidad – Tenencia y consumo de cannabis sativa para uso terapéutico y/o cuidados paliativos”⁷, el 6899-D-16 de “Uso medicinal de cannabis”⁸, y el expediente 6965-D-16 de “Autorización del Cannabis medicinal para uso terapéuticos y de investigación científica”⁹; y todos estos se debatieron planteando diferentes aspectos de la regulación del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados.

2.2. Plenario de comisiones de Salud, Ciencia y Tecnología y de Presupuesto de Hacienda¹⁰

Durante la jornada del día 28 de abril del 2017, se llevó a cabo en el Senado del Congreso de la Nación el plenario de las Comisiones de Salud, Ciencia y Tecnología y Presupuesto de Hacienda en relación al debate sobre el proyecto de ley del uso medicinal del cannabis para uso medicinal, con el objetivo de obtener un dictamen favorable para su tratamiento y sanción como ley. Dicho plenario contó con la presencia de senadores, profesionales de la salud de todas las especialidades, activistas y militantes, y familiares (nucleados en diferentes organizaciones) de pacientes con algunas de las enfermedades que pudieran verse beneficiados por las propiedades del cannabis.

En dicha sesión, se debatió la actualidad de los aspectos medicinales de la planta de cannabis, de los diferentes países que se encuentran iniciando estudios controlados con pacientes, y de cómo la planta de cannabis, a diferencia de lo que se piensa, posee efectos adversos mínimos, los cuales se revierten una vez finalizado su uso. Asimismo, se planteó como muy necesaria la investigación de los diferentes componentes la planta, ya que pueden derivar en muchos tratamientos para enfermedades determinadas, pero que, a raíz de la poca información, no se puede llegar a conocer con certeza y seguridad todo el potencial del cannabis para uso medicinal.

Por otro lado, se hizo referencia la cuestión de la gran red de laboratorios públicos en la Argentina que están presentes y disponibles para comenzar a producir aceite de canna-

⁴ Diputados: Soledad Sosa, Jorge R. Barreto, Pablo S. López y Néstor A. Pitrola.

⁵ Diputada: Nilda C. Garré.

⁶ Diputados: Sergio O. Buil, Samanta M. C. Acerenza, Karina V. Banfi, Alejandro C. A. Echegaray, Anabella R. Hers Cabral, Ana L. Martínez, Cornelia Schmidt Liermann, Marcelo G. Wechsler y Sergio J. Wisky.

⁷ Diputadas: Diana B. Conti y Ana C. Gaillard.

⁸ Diputados: Franco A. Caviglia y Rubén Giustozzi.

⁹ Diputados: Olga M. Rista, Mario D. Barletta, Brenda L. Austin y Marcelo G. Wechsler.

¹⁰ Cámara de Senadores del Congreso de la Nación. Plenario de comisiones de Salud, Ciencia y Tecnología y Presupuesto de Hacienda. 28 de marzo del 2017. En: https://www.youtube.com/watch?v=zd1xj_JPjzQ&t=16s.

bis para uso medicinal, lo que se ve beneficiado a su vez, por el territorio disponible para la producción. Esto sería para contrarrestar la importación del aceite desde el exterior, el cual, no solo aumenta considerablemente su precio para las familias que desean adquirirlo, sino que el mismo proviene de países que no poseen el mismo régimen de control de medicamentos que nuestro país.

Luego, y en referencia a un tema remarcado por todas las organizaciones en favor del uso medicinal del cannabis y sus derivados, se trató el “autocultivo” y el “cultivo solidario”, el cual fue dejado de lado en el tratamiento parlamentario. Se hizo hincapié en la actual situación de indefensión de las familias frente al Estado en caso de poseer plantas de cannabis para uso medicinal para algún miembro de la familia que lo necesite. Esto a causa de que la ley no tiene en cuenta a las figuras del “autocultivo” y “cultivo solidario”, siendo que la tenencia de plantas de cannabis continúa siendo ilegal en la actualidad.

La responsabilidad recae en el Estado, el cual debe mantenerse presente al sancionarse la ley, ya que es el encargado de generar cannabis con un estándar de legalidad. Asimismo, el Estado debe encargarse de la educación médica necesaria para hacer frente a este nuevo paradigma en relación a la salud de los pacientes, debiendo encargarse de los costos necesarios para llevar adelante todo el proyecto. Esto último, para evitar las situaciones de inequidad social que genera el acceso o no al tratamiento mediante cannabis hoy en día, lo que dejaría de lado a muchos pacientes que no pueden acceder a productos derivado de cannabis si no fuera de forma gratuita.

En la actualidad, no se cuentan con estudios o evidencias importantes o concretas a raíz de la ausencia de investigación integral en los ámbitos científicos, académicos, jurídicos, sociales y políticos. Esto se debe a la falta de legislación aún a pesar de que en provincias como La Pampa, Chubut, Santa Fe, Salta, Mendoza y Catamarca se comience a incursionar en los usos medicinales del cannabis. Pero es claro que la investigación es necesaria para generar normas de calidad y seguridad en los productos que puedan llegar a producirse, garantizando el mejor producto posible para los pacientes en tratamiento.

Además, desde una perspectiva más científica, es necesario entender la interacción entre los diferentes compuestos que conforman la planta de cannabis, los cuales se utilizan de variadas formas en las diferentes enfermedades dependiendo también de cada paciente. No hay única forma de administración, pudiendo ser flores, aceite, pomada, y demás productos, siendo necesario el aporte de la experiencia con respecto a la planta de todas las organizaciones de familiares que realizan el “autocultivo” y el “cultivo solidario” para trabajar en conjunto con las organizaciones públicas científicas.

Finalmente, se dejó en claro que la ley 27.350 refiere a un primer paso, y que, si bien no es la mejor ley que pudiera haberse sancionado, resulta un paso importante para marcar una base a futuro respecto a lo relacionado al uso medicinal del cannabis. En consecuencia, corresponde a un compromiso de los poderes del Estado para poder continuar con este trayecto, en favor de garantizar una salud igualitaria y gratuita para todos.

2.3. Sanción de la Ley 27.350

La ley de “Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” fue sancionada con fecha 29 de marzo del 2017 por la Cámara de

Senadores del Congreso de la Nación¹¹, en razón del proyecto que fuera aprobado por la Cámaras de Diputados. La ley fue sancionada sin realizar modificaciones al proyecto originario y, es así que, con fecha 19 de abril del 2017 se realizó su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina¹², mediante el decreto 266/17 de promulgación¹³. El primer punto que marca la Ley 27.350, es el crear un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, con el fin de garantizar y promover el cuidado integral de la salud (Art. 1). Para esto, se piensa crear el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados en relación a tratamientos no convencionales, el cual se encontraría dentro de la órbita del Ministerio de Salud (Art. 2). Para ello, se prevé la capacitación continua de los profesionales de la salud en lo que refiere a los pacientes con las patologías involucradas para tender al cuidado integral de la salud y a mejorar su calidad de vida (Art. 3, inciso l).

En general, los objetivos del programa serán emprender acciones de promoción, prevención y concientización dirigidas a la población en general con el fin de garantizar el derecho a la salud, estableciendo guías adecuadas de asistencia, de tratamiento y accesibilidad. Asimismo, se deberá garantizar el acceso gratuito al aceite de cannabis a todas las personas que se incorporen en el programa, siendo que la participación de los pacientes será voluntaria, siempre y cuando presenten las patologías que la autoridad de aplicación determine. Sin embargo, se tomarán en cuenta las vivencias propias de los pacientes en relación a su autocuidado, así como todo conocimiento, métodos y experiencias que puedan aportar para contribuir al perfeccionamiento del programa (Art. 3, incisos a, b, c, d y e).

Luego, la investigación del programa deberá estar dirigida a los fines terapéuticos y científicos de la planta de cannabis y sus derivados y su incidencia en la terapéutica humana, recabando los datos necesarios para corroborar su eficacia (Art. 3, inciso f). Esto último, para establecer la eficacia en cada indicación terapéutica para poder llegar a la universalización del tratamiento, en la medida que se conocen los límites y efectos secundarios del propio uso del aceite de cannabis (Art. 3, inciso g, h, i y j). Por este motivo, se tiene contemplado un asesoramiento, cobertura y seguimiento completo del tratamiento de las personas que participen en el programa (Art. 3, inciso k).

La autoridad encargada de la aplicación del programa deberá estar determinada por el Poder Ejecutivo, dentro del ámbito del Ministerio de Salud (Art. 4), y deberá coordinar, junto con los organismos públicos nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la aplicación de la ley en todo el ámbito de las provincias

¹¹ Cámara de Senadores del Congreso de la Nación (2017). Expediente N° 86/17. En: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/83.16/CD/PL>.

¹² Ley N° 27.350. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 19 de abril de 2017. En: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/162454/20170419>.

¹³ Decreto N° 266/17. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 19 de abril de 2017. En: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/162455/20170419>.

y de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 5). Esta coordinación deberá emplazarse mediante la articulación y firma de convenios con instituciones académico científicas, organismos públicos y organizaciones no gubernamentales para un mejor desarrollo.

Uno de los puntos más importantes, refiere a la facultad de la autoridad que resulte designada, la cual deberá llevar a cabo las acciones necesarias para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios con el fin de realizar los estudios científicos y médicos de la planta de cannabis con fines medicinales. Este aprovisionamiento se realizará mediante la importación o la producción por parte del Estado nacional, autorizando para esto al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) o al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), (Art. 6). Asimismo, se deberá coordinar con la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) la importación del aceite de cannabis cuando sea requerida por los pacientes inscriptos con las patologías contempladas en el programa, debiendo contar con la indicación médica pertinente (Art. 7). Mientras que, se dará prioridad a la producción pública, a través de los laboratorios que se encuentran dentro de la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP), de cannabis en todas sus variedades y su eventual industrialización en cantidades suficientes para su uso medicinal, terapéutico y en relación a la investigación (Art. 10).

Ahora bien, en lo que refiere a la ley 23.737 de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes, se prevé la creación de un registro nacional voluntario, dentro del ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, para autorizar a los pacientes y familiares en relación al Art. 5¹⁴ de la

¹⁴ Ley 23.737, actualizada por la Ley 27.302. Art. 5. Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijadas el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijadas. Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueren ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco (5) a quince (15) años. En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.

En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere

mencionada ley, el cual regula todas las acciones relacionadas con estupefacientes penadas por no estar autorizadas o por tener un destino ilegítimo. Los pacientes inscriptos deberán presentar las patologías incluidas en el programa y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, autorizando el uso del aceite de cannabis y sus derivados. Estos registros deberán mantener resguardo y proteger la confidencialidad de los datos personales de los inscriptos (Art. 8).

Por último, a los efectos de dar un marco de participación, se creará un Consejo Consultivo, el cual estará integrado por instituciones, asociaciones, organizaciones no gubernamentales y profesionales del sector público y privado que intervengan y articulen acciones en el marco de la regulación de la ley de investigación médica y científica para el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, las cuales deberán acreditar que no cuentan con patrocinio de ningún tipo que afecten la transparencia de su participación (Art. 9).

3. Investigación

3.1. Artículo “Uso del cannabis en la Epilepsia. Situación actual a nivel internacional y en nuestro país”¹⁵

A fines del año 2016, la Dra. Silvia Kochen¹⁶ publicó un artículo en la Revista Argentina de Psiquiatría “Vertex” el cual integraba un dossier específico a tratar el tema de la “marihuana”. En primer lugar, es necesario resaltar que la Dra. Kochen fue una de las especialistas intervinientes en el Plenario de Comisiones llevado a cabo con fecha 28 de marzo del 2017 en la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación, remarcando la necesidad de una legislación nacional con el objetivo de desarrollar un nuevo camino en relación al uso de la planta de cannabis con fines medicinales.

La Dra. Kochen analiza como en la actualidad, existen gran cantidad de casos entre los pacientes de epilepsias (entre un 30% a 40%) que continúan teniendo crisis a pesar de recibir tratamiento con alguno de los más de 20 fármacos que se crearon para hacer frente a la epilepsia. En este sentido, se remarca que, a pesar de la poca experiencia e investigación que existe en la actualidad, algunos datos infieren que el uso de algunos componentes de cannabis, entre ellos el canabidiol resultan efectivos a la hora de emprender un tratamiento con pacientes con epilepsia. El principal problema se presenta cuando, debido a la falta de información concreta y efectiva no se llevan adelante ensa-

inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.

¹⁵ Kochen, Silvia (2016). Uso del cannabis en la Epilepsia. Situación actual a nivel internacional y en nuestro país. Vertex – Revista Argentina de Psiquiatría, Número 130, Volumen XXVII. Noviembre/Diciembre de 2016, pp. 457-462.

¹⁶ La Dra. Kochen es Jefe de Sección de Epilepsia, División Neurología, Hospital “Ramos Mejía”. Además, es profesora de Neurología en la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET. Directora de la Unidad Ejecutora de Estudios en Neurociencias y Sistema Complejos (ENYS), CONICET, Hospital El Cruce Néstor Kirchner, Universidad Nacional A. Jauretche.

yos clínicos respeto al tema, resultando en un ciclo que impide que se pueda iniciar una investigación seria.

El tema de la obtención y procesamiento de datos y estadísticas resulta de real importancia para conseguir una fuente confiable y eficaz de información, brindando respuestas seguras para el uso de los componentes de la planta de cannabis con fines medicinales. Pero sin duda, todo este proceso depende de la creación e implementación de una legislación interna nacional que acompañe e intervenga y funcione como encuadre en toda la sociedad y en las instituciones del Estado.

Hoy en día, la forma de tratamientos para los pacientes con epilepsia depende de cada paciente, a causa de las particularidades de cada uno, así como también de las resistencias que puedan presentar en relación a los medicamentos que se encuentren tomando. Se marca una tendencia donde cada vez más pacientes derivan en métodos terapéuticos alternativos, a causa de la ineficacia de los tratamientos convencionales en muchos de los casos. Esto llevó a que algunos países legalizaran el uso medicinal de la marihuana por resultar uno de los métodos alternativos que más eficacia demostró frente a los pacientes con epilepsia, obteniendo cada vez más personas a favor de su formalización legislativa en los estados.

En su artículo, La Dra. Kochen remarca que en el año 2015 se publicaron estudios en Estados Unidos en base al uso de los cannabinoides en pacientes con diferentes tipos de epilepsia. Estas investigaciones implicaron resultados efectivos ya que, los pacientes que usaron medicinas en base a compuestos de extractos de cannabis sufrieron una reducción en sus crisis. Asimismo, respecto a los casos en los que se tuvo que suspender el tratamiento debido a efectos adversos, la cantidad fue mínima. Por lo tanto, en comparación a los datos favorables obtenidos, se concluyó en una mirada positiva y alentadora respecto a la necesidad de continuar con mayores investigaciones en relación a la temática. Por otro lado, la Dr. Kochen plantea un panorama general en Latinoamérica sobre la situación del uso de los compuestos del cannabis en pacientes con epilepsia, siendo que en países como Chile, Puerto Rico, Uruguay y Colombia ya se encuentran legislados los tratamientos. En este sentido, resaltó el caso de Chile, que en el mes de abril del año 2016 abrió la primera plantación de cannabis medicinal, la cual contó con el apoyo y aporte del gobierno nacional. Mientras que Uruguay se convirtió en el primer país del mundo en legalizar la venta y el cultivo de marihuana.

Finalmente, y en relación a la situación de nuestro país, se remarcó la necesidad de una legislación interna, teniendo en cuenta que al momento de publicación del artículo todavía se discutía el proyecto de ley sobre “investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados”. Se describe a su vez, el trabajo que realizan las organizaciones no gubernamentales conformadas por los familiares, pacientes, investigadores, profesionales entorno al uso de los derivados del cannabis, marcando la falta de evidencia segura en un contexto de legalidad.

3.2. La ANMAT y el informe sobre el uso terapéutico de los cannabinoides¹⁷

En este punto, es importante resaltar el informe realizado por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología de fecha 8 de junio del 2016, cuyo objetivo era analizar los usos terapéuticos de los cannabinoides, marcando un punto de previsión ante un debate que se planteaba en nuestro país. El trabajo presenta los resultados obtenidos respecto a la eficacia y seguridad del uso medicinal de los cannabinoides para el tratamiento del dolor crónico, náuseas y vómitos debido a quimioterapia, estimulación del apetito en infección de HIV / SIDA, espasticidad debido a esclerosis múltiple o paraplejía, síndrome de Tourette y epilepsia refractaria, todo en relación a los tratamientos convencionales y en pacientes de cualquier edad.

El informe aclara que el término cannabinoides es genérico, y que se utiliza para denominar a los medicamentos producidos a partir de la planta *Cannabis Sativa*, y que son obtenidos mediante la extracción de la planta o bien fabricados sintéticamente. Los principales fitocannabinoides (obtenidos de la planta) son el Delta-9-tetrahidrocannabinol (THC) principal constituyente psicoactivo de la planta de marihuana, y el Cannabidiol (CBD), el cual tiene muy pocas propiedades psicoactivas y el cual resulta tener mayor interés respecto a su potencial terapéutico. Así también, los principales compuestos sintéticos son la nabilona, el dronabinol, el ácido ajulémico, el nabiximols y el levonantradol. Para confeccionar el informe, el cual se basa en el análisis de estudios publicados entre 2007 y 2016¹⁸, la ANMAT tuvo en cuenta la gran expectativa acerca de las posibles utilidades terapéuticas de algunos de los compuestos derivados de la planta de cannabis, y las controversias que se presentan entre los que están a favor de su uso con fines medicinales y aquellos que creen que se debe prohibir tanto el uso recreacional como el terapéutico. Además, se tiene en cuenta que el potencial terapéutico de los derivados del cannabis se enfrenta al estigma del consumo lúdico que se hace del mismo.

Si bien el análisis realizado resulta una aproximación a la investigación que se pudo llevar a cabo respecto del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados, continúa siendo necesario la realización de estudios que cumplan con todos los recaudos metodológicos. Los resultados obtenidos fueron favorables en cuanto a los cannabinoides, ya que mostraron beneficios leves a moderados para el tratamiento del dolor cuando se los comparó con los resultados del placebo que se les administraba a los pacientes. Asimismo, el THC fumado demostró ser la intervención con mayor efectividad. Por lo que, se

¹⁷ Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología. (2016). Informe ultrarrápido de evaluación de tecnología sanitaria. Usos terapéuticos de los cannabinoides. Fecha 8 de junio del 2016. En: http://www.anmat.gov.ar/ets/ETS_Cannabinoides.pdf.

¹⁸ Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología. (2016). Anexo 2, Tabla de Evidencias. Usos terapéuticos de los cannabinoides. Fecha 8 de junio del 2016. En: http://www.anmat.gov.ar/ets/Cannabinoides_Anexo_II.pdf.

infririó que el nivel de los cannabinoides resultan ser opciones útiles cuando se asocian a otras alternativas terapéuticas.

Respecto de la epilepsia refractaria, se observó una reducción mayor o igual al 50% en la frecuencia de las convulsiones en el 47% de los pacientes tratados con cannabidiol o su asociación con el THC, considerándose así, como una alternativa adyuvante en el tratamiento para los pacientes con dicha patología. Por otro lado, el nabiximols, demostró que podría tener un importante rol en el manejo de la espasticidad (rigidez muscular) o a los dolores derivados de la misma respecto de las terapéuticas habituales. Asimismo, los cannabinoides resultaron hasta cuatro veces más efectivos que el placebo en el control de náusea y vómitos en pacientes bajo tratamiento quimioterapéutico.

Cabe destacar que los estudios analizados en el informe de la ANMAT fueron llevados a cabo por diferentes países del mundo¹⁹, en los cuales se legalizó el uso de cannabinoides para el tratamiento de pacientes crónicamente enfermos, entre los que se encuentran España, Dinamarca, Suecia, Suiza, Bélgica, Alemania, Italia, los Países Bajos, Reino Unido, Francia, Israel, Canadá y Estados Unidos.

Estos países regularizaron las formas farmacéuticas de los derivados de los compuestos de cannabis, encontrándose disponibles tres medicamentos en la actualidad. Con el nombre de “SATIVEX” se conoce el preparado farmacéutico que contiene Delta-9-tetrahidrocannabinol (THC) y Cannabidiol, también conocido como nabiximols. Entre los análogos sintéticos del THC aprobados se encuentran el dronabinol cuyo nombre comercial es “MARINOL” y la nabilona, conocida comercialmente como “CESAMET”. En la Argentina, el “CESAMET” se encuentra aprobado ante el ANMAT, en el certificado N° 52.466, siendo el titular el laboratorio Investi Farma S.A., el cual se encuentra indicado para el tratamiento de náuseas y vómitos severos asociados a la quimioterapia del cáncer, en adultos.

4. Jurisprudencia

Ahora bien, con respecto al aspecto jurisprudencial, previo a la sanción de la Ley 27.350 unos pocos fallos judiciales decidieron intervenir en relación a la temática de la salud de pacientes que requerían de los derivados del cannabis para poder hacer frente a los síntomas de las enfermedades que conllevan. Estas primeras sentencias judiciales debieron, ante la falta de una regulación interna en el país, recurrir tanto a los derechos protegidos por la Constitución Nacional como a los derechos protegidos en los distintos pactos y tratados internacionales a los que está suscripta la Argentina.

Luego de la sanción de la Ley 27.350, comenzaron a dictarse los primeros fallos judiciales con injerencia en diferentes situaciones de pacientes que requerían de los productos derivados del cannabis, contribuyendo de esta manera, a que los aspectos tratados por la ley, y que fueran enérgicamente resaltados por quienes necesitaban de una posición

¹⁹ Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología. (2016). Anexo 1, Situación ante las agencias de medicamentos en países de alta vigilancia sanitaria. Usos terapéuticos de los cannabinoides. Fecha 8 de junio del 2016. En: http://www.anmat.gov.ar/ets/Cannabinoides_Anexo_I.pdf.

firme respecto al tema, pudieran verse plasmados en resoluciones que impactaron positivamente no solo en las posibilidades de salud de las personas, sino a contribuir en una mejora a sus calidades de vida.

Para analizar este apartado, veremos dos fallos judiciales, uno anterior a la sanción de la Ley 27.350, y uno posterior, y aunque partan desde dos momentos diferentes, es posible observar que los derechos a los que aluden respecto de los pacientes sobre los cuales se debe resolver son los mismos, basándose en un punto importante como es el reconocimiento de los derechos que hacen a los pacientes que dependen de un tratamiento a base de la planta de cannabis y sus derivados.

4.1. Expediente “L, S. L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO”²⁰

En primer lugar, y correspondiendo a un fallo anterior a la Ley 27.350, en el marco del expediente “L, S. L c/Obra Social de Petroleros”, con fecha 8 de noviembre del 2016, el Juzgado Nacional en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de La Plata ordenó hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los padres de un niño para que la Obra Social de Petroleros arbitre los medios necesarios para suministrarle al menor y con cobertura integral, el medicamento *Charlotte’s Web Extract Oil*. El principal compuesto activo del medicamento es el Cannabidol, y el mismo consta de un jarabe en una presentación de 100 ml. Sumado a ello, que el niño cuenta con certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

El menor en cuestión, de un año y siete meses edad, padece de encefalopatía epiléptica refractaria, comúnmente conocida como el Síndrome de West, la cual le genera alrededor de 620 espasmos por día. Si bien la medicación le fue prescrita al niño por un médico del Servicio de Neurología del Hospital de Niños “Sor María Ludovica” de la ciudad de La Plata, la misma no se comercializa en el país, y a ello se le suma que su componente substancial es un derivado de la planta de Cannabis, la cual está penalmente prohibida en la actualidad en nuestro país, y su uso medicinal no está autorizado o regulado.

En la sentencia del Juzgado Federal de La Plata, se resalta el valor del derecho a la salud, el cual se encuentra mencionado en el Art. 42 de la Constitución Nacional y que debe ser resguardado por el Estado en protección de la salud pública. Asimismo, pone énfasis en la estrecha relación que mantiene el derecho a la salud con el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas, entendiendo a salud como el estado en que la persona puede ejercer con normalidad todas sus funciones naturales, sean estas físicas o mentales. Sumado a esto, se detalla el apoyo y la protección que el derecho a la salud posee por parte de los tratados internacionales de derecho humanos que fueran ratificados por la Argentina, y los cuales, a través del inciso 22 del Art. 75 de nuestra Constitución mantienen jerarquía constitucional.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 25 se expresa que: *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia*

²⁰ Juzgado en lo Civil, Com. Y Cont. Adm. Federal N° 2 de la Plata, L, S. L c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS s/ AMPARO LEY 16.968, Sentencia del 8/11/16. En: www.saij.gov.ar

médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”, mientras que el Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre enuncia: *“toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*.

Además, la salud se encuentra resguardada en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus Arts. 12.3, 18.3, 19.3.b, 21 Y 22.2., en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), al establecer que *“toda persona tiene derecho a que se respete su vida”* en relación a la protección a la salud y luego expresarla en sus Arts. 12.3, 13.2.b, 15, 16.2 y 22.3, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que expresa en su Art. 12.1, *“los Estados partes del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, mientras que en su Art. 12.2.d establece que es obligación de los Estados partes *“la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en casos de enfermedad”*. Luego, el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos, en su Art. 10 refiere que *“toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”*.

Por último, se resalta el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su Art. 24 expresa que *“los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*. Asimismo, se nombra la protección especial que le corresponde a las personas discapacitadas mediante la ley 24.901, en conjunto con la ley 26.278 la cual aprobó la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

Por todos los derechos que amparan el derecho a la salud en los tratados y pactos internacionales, el Juzgado Federal de la Plata falló en favor de los padres del menor para que, mediante la obra social, se le otorgue un reconocimiento integral de la prestación para la enfermedad del niño. Además, el cumplimiento de lo ordenado debería hacerse de forma periódica, de acuerdo a las necesidades y modalidades del tratamiento que sean indicadas por los profesionales y teniendo en cuenta los recaudos previstos por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) para la importación de sustancias compasivas.

Así, además, y para finalizar, se manifestó que todo lo ordenado por el tribunal se respaldaba en base a los informes médicos especializados en neurología infantil respecto del niño en cuestión; y con el objeto de respetar a los derechos que amparan y protegen al menor en relación a su derecho a la salud y a su integridad física y mental y, en definitiva, a su derecho a la vida.

4.2. Expediente “GENCARELLI, NICOLÁS y otros p.aa.as. Infr. Ley 23.737”²¹

Ahora bien, luego de la sanción de la Ley 27.350, con fecha 7 de abril del 2017 el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, en el marco del Expediente N° FBC 13100/2017/ES1, resolvió hacer entrega de un frasco con aceite de cannabis a la menor Magalí, de 14 años de edad, lo que remarcó el camino seguido por nuestro país tanto legislativa como jurisprudencialmente en relación a como se observa la temática del uso de los derivados del cannabis para tratar patologías en pacientes con diferentes tipos de enfermedades.

En el expediente del Juzgado Federal, el pedido fue por medio de la Defensora Oficial la cual requirió la entrega de los frascos de aceite de cannabis, que resultaban necesarios para que Magalí, que padece la enfermedad de West, pudiera mantener su salud en mejoría. Esto debido a que el aceite evitaba las convulsiones propias de su padecimiento, el cual sufre desde los tres meses de vida. La enfermedad de West le causa a Magalí una importante cantidad de mil o más pequeños episodios convulsivos por día. A pesar de tener una corta edad, Magalí fue atendida en diferentes centros de salud, como el Hospital de Niños de Córdoba, el Hospital de Niños de Catamarca, el Hospital Garrahan de Buenos Aires y en el Sanatorio Allende de Córdoba, donde se le fue suministrando medicación para su enfermedad. El problema recae en la particularidad de esta medicación, ya que la misma ante el paso del tiempo y la repetición de su administración, trae como consecuencia que el efecto de la medicina decaiga por el acostumbamiento del paciente. Esto derivó en la angustiante situación donde Magalí tomaba 16 pastillas diarias y un jarabe para afrontar los episodios de convulsiones.

Ante este panorama, y al ver como desmejoraba la salud de su hija, Nancy Ávila (madre de Magalí) recurrió al aceite de cannabis a comienzos del 2016, y tras un año de su utilización, la cantidad de medicación que tenía que tomar Magalí se redujo a más de la mitad. Esto demostraba la mejoría en la calidad de vida, ya que no solo contribuía a disminuir la gran cantidad de fármacos que consumía, sino que disminuía las convulsiones diarias.

Nancy Ávila adquirió el aceite de cannabis por medio de Brenda Chignoli, quien es titular del Movimiento Cannábico Manuel Belgrano y coordinadora en Córdoba de la ONG “Mamá Cultiva”, y que brindaba el aceite a quienes lo necesitaran. Pero con fecha 29 de marzo del 2017 el domicilio de Brenda Chignoli fue allanado, y se secuestraron todos los frascos que contenían aceite de cannabis. Algunos de los frascos secuestrados eran para Nancy Ávila, que solo tenía en su poder gotas suficientes para cubrir la dosis de Magalí hasta el mismo día 7 de abril del 2017.

En el marco del expediente, se hizo referencia a la Ley 27.350 de “Investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados” que fuera sancionada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación con fecha 29 de marzo del 2016, lo que enmarcaba legalmente la tenencia del aceite de cannabis para fines me-

²¹ Juzgado Federal N° 2 de Córdoba, GENCARELLI, NICOLÁS y otros p.aa.as. Infr. Ley 23.727, Sentencia del 07/04/17. En: www.saij.gob.ar

dicinales. Cuestión que, planteada por la Defensora Oficial, no fue objetada por el Fiscal Federal, quien no se opuso a la restitución del aceite a Nancy y Magalí.

En la sentencia del Juzgado Federal de Córdoba, y al igual que en la resolución del Juzgado Federal de La Plata en el expediente “L. S. L c/Obra Social de Petroleros” se resaltó el valor al derecho a la vida y a la salud consagrado y garantiza en la Constitución Nacional de la Nación, así como también en diferentes tratados internacionales con jerarquía constitucional como la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre (Arts. I y XI), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Arts. 3 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12, incisos 1° y 2°, apartado d), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 4°, inciso 1, Art. 5°, incisos 1 y Art. 19) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Arts. 3°, 23° y 24°).

Sumado a esto, se tomó en cuenta el certificado de discapacidad de Magalí, lo que refiere a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), que fuera suscripta por la Argentina a través de la ley 26.378, y que tuvo rango constitucional a raíz de la ley 27.044. Es así que el Art. 25 de la Convención expresa que: *“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.”*, debiendo entenderse que el Estado no solo debe garantizar el acceso y el goce completo del derecho a la salud, sino que debe proporcionar los medios necesarios para tal fin.

Por último, se hizo referencia al interés superior del niño el cual se consagra en el Art. 3°, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que marca que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”* Entonces, teniendo en cuenta todos los derechos que protegen a los menores y niños, y la constatada mejoría que causaba el uso del aceite de cannabis frente a las consecuencias de su enfermedad, es que se decidió devolver el aceite de cannabis a Nancy Ávila para que Magalí pudiera continuar con su tratamiento.

5. Sociedad

5.1. La cuestión del “autocultivo” y el “cultivo solidario”

En este punto, es muy importante resaltar el valor que tiene la posición que presentan los actores que resultan principalmente intervenidos respecto a la cuestión de los usos medicinales de los derivados de la planta de cannabis.

Esto es así ya que, en el antes, durante y aún después de todo el tratamiento legislativo de la ley 27.350, un conjunto de ONG, asociaciones, fundaciones, agrupaciones y campañas integradas por profesionales, investigadores, madres, padres y familiares pacientes con las patologías para las cuales se prevé el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados se hicieron presentes a fin de remarcar puntos necesarios a debatir y legislar,

de los cuales algunos quedaron fuera de la consideración legislativa.²² El principal punto al cual refieren, se relaciona con el “autocultivo” y con el “cultivo solidario y cooperativo”. Esto plantea un doble análisis porque, incluso luego de la sanción de la ley 27.350, la tenencia y la producción de cannabis y sus derivados mediante el autocultivo continúa siendo ilegal. Aun cuando el autocultivo estaba previsto entre los antecedentes de los proyectos que fueron debatidos en la Cámara de Diputados del Congreso para el proyecto definitivo de ley, dicha propuesta no tuvo lugar en el texto de la norma. Esto deviene en una problemática importante, porque a partir de no haberse considerado la figura del autocultivo, todas las familias que lo llevan adelante en la actualidad para poder brindarle el aceite de cannabis a sus propios hijos estarían infringiendo la ley 23.737 de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes.

En este sentido, uno de los pedidos realizados por las organizaciones en favor del autocultivo y el cultivo solidario y cooperativo pretendía crear un registro de cultivadores que fuera regulado por el Ministerio de Salud de la Nación, como también fuera requerido en algunos de los proyectos antecedentes ante las comisiones en la Cámara de Diputados del Congreso. Pero al haberse dejado de lado la idea del registro, se sigue criminalizando a cualquier persona que realice autocultivo, ya sea para uso lúdico y recreacional, como a las familias que lo llevan a cabo por no poseer otro medio y con el fin de mejorar la salud y la calidad de vida de un familiar que posea una de las enfermedades para las que se prevé el uso medicinal de cannabis.

Uno de los fundamentos más importantes del autocultivo y del cultivo solidarios y cooperativo refiere a una concepción de salud pública independiente de la industria farmacéutica. La ley plantea en principio que el Estado otorgue gratuitamente los productos, pero deja de lado a todos aquellos que quizás quieren poder llevar a cabo el cultivo por cuenta propia excluyendo, además, todo el conocimiento que puedan llegar a aportar las familias en relación a como desarrollar el cultivo de las plantas de cannabis. Lo que se reclama no refiere a la mera intención de que se despenalice el autocultivo, sino que se establezca que el Estado pueda suministrarle gratuitamente los productos basados en la planta de cannabis a todas aquellas personas que lo necesiten, y que, a su vez, se tenga en cuenta la posibilidad de muchas familias de autocultivar sus propios productos, o compartirlos solidariamente y cooperativamente con quienes lo necesiten.

²² Durante la sanción del proyecto de ley a fines del 2016 en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, se realizó una presentación firmada por las siguientes ONG, asociaciones, fundaciones, agrupaciones y campañas: “Mama Cultiva”, Familias Usuarias de Cannabis Medicinal Misiones “Fucammi”, Asociación Cultivando en Familia “ACEF”, Mamás Cannabis Medicinal “MACAME”, Campaña por la Despenalización del Cannabis Medicinal “CADECAM”, Cannabis Medicinal La Pampa, Fundación Sida Córdoba, Solcitos – Madres y Padres de niños con Síndrome de Down, Cannabis Medicinal Tandil, Perspectiva Social, Asociación Autoregulada Soberanía Medicinal, Del otro lado del árbol – inspirado en pilar, Hablemos de Autismo T.E.A. Patagones Viedma, Nexo - Asociación de familiares y amigos de niños con TGD y TDA/TDAH, No me olvides – te acompaño, La Casa de Javi, Autismo – Red de Padres.

Por otro lado, se afecta directamente a las familias que realizan el autocultivo para producir productos que mejoren la salud de sus hijos, en razón del objetivo de la ley, que tiende a desarrollar un marco regulatorio y un programa integral para la investigación de la planta de cannabis con fines medicinales. Las investigaciones pueden tardar años mientras que, los pasos por los cuales las familias puedan llegar a conseguir los productos desde el exterior también pueden resultar problemáticos, sumando a esto, que los precios de los productos en el exterior resultan altos para nuestro país. Entonces, el autocultivo se presenta como necesario para hacer frente a una demanda de los derivados de la planta de cannabis que cada vez es mayor para hacer frente a diferentes enfermedades. Lo importante es no añadir más tiempos de espera e incertidumbre a las familias que requieren una respuesta por parte del Estado, teniendo en cuenta que la regulación y la producción de los derivados de la planta de cannabis por parte del Estado es importante, pero a su vez, es necesario tener en cuenta lo requerido por las organizaciones, en relación a una solución rápida y eficaz. Las familias hoy en día deben hacer frente a barreras de carácter legal, económicas y morales para poder hacer uso de los derivados de la planta de cannabis. Lo trámites que deben realizar, los precios que deben afrontar y los cuestionamientos que sufren por parte de la sociedad están basados en prejuicios que dejan de lado que el uso medicinal del cannabis y sus derivados puede contribuir a mejorar la salud y la calidad de vida de muchas personas.

6. Conclusión

Como palabras finales y a raíz de lo observado en el presente trabajo, se puede entender que, si bien queda un largo camino por recorrer, la sanción de la Ley 27.350 marca un avance de la Argentina hacia un modelo integral respecto a la utilización de la planta de cannabis para uso medicinal. Como se pudo observar, un tema tan importante requiere de una intervención de múltiples disciplinas a fin hacer frente a una problemática presente en la sociedad, todo en beneficio de concretar una mejoría en la calidad de vida de muchas personas que encuentran en la planta de cannabis una respuesta a sus padecimientos y enfermedades.

En este sentido, la investigación resulta de gran importancia en la actualidad a fin de garantizar una fuente segura de información, datos, estadísticas para establecer un conocimiento firme y concreto respecto a la planta de cannabis. Conocer más a fondo como cada uno de los compuestos del cannabis puede beneficiar a los pacientes, y traerá consecuentemente una determinación más adecuada en su aplicación y administración en los tratamientos. Al sancionarse la ley 27.350, el Estado asume la responsabilidad en relación a la cuestión del uso medicinal de los derivados de cannabis, incluyendo en dicho compromiso, el desarrollo de proyectos de investigaciones que haga frente a las incertidumbres. De esta forma, la fabricación y elaboración de productos basados en los compuestos del cannabis podrá llevarse a cabo en un marco de estándares de seguridad y legalidad, lo que en definitiva terminará beneficiando a cada paciente.

Además, así como la ley plantea un inicio en el aspecto de la investigación, marca también como la jurisprudencia nacional debe de ir en concordancia con lo marcado con el uso medicinal de la planta de cannabis. El derecho a la salud se encuentra protegido

no solo en nuestra Constitución Nacional, sino en los tratados y pactos internacionales a los cuales la Argentina ha suscripto, otorgándoles jerarquía constitucional. La sanción de la ley 27.350 marca ese respeto por la protección del derecho a la salud, que a su vez se encuentra muy relacionado con el derecho a la vida de las personas que se ven intervenidas. Por este motivo, en los casos sobre el uso medicinal del cannabis, las resoluciones judiciales mantienen una responsabilidad derivada de la propia posición de nuestro estado, principalmente en relación a la protección derechos y garantías respecto a la salud y a la vida de todas las personas en la sociedad.

Ante este panorama, no hay que dejar de lado la voz de las personas que se ven directamente afectadas por las regulaciones, las legislaciones, los prejuicios y los tiempos que se requieren para que el uso medicinal del cannabis pueda concretarse como una intervención directa en las vidas de los pacientes que lo necesitan. A partir de la sanción de la ley 27.350, lo importante concluye en desarrollar políticas que coloquen al ser humano, a la salud y a los derechos humanos en primer plano, en la medida que se fomenta la investigación por parte del Estado. Todo esto, con el fin de regular la producción en nuestro país de los compuestos que estos pacientes tanto requieren, y determinando una protección no solo de la salud de las personas que lo necesitan, sino el derecho a la salud y a la vida de todas las personas en la sociedad.

7. Bibliografía

Administración Nacional de Alimentos y Tecnología. (2016). *Informe ultrarrápido de evaluación de tecnología sanitaria. Usos terapéuticos de los cannabinoides*. Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Fecha 8 de junio del 2016. En: http://www.anmat.gov.ar/ets/ETS_Cannabinoides.pdf.

Administración Nacional de Alimentos y Tecnología. (2016). *Informe ultrarrápido de evaluación de tecnología sanitaria. Usos terapéuticos de los cannabinoides. Anexo 2, Tabla de Evidencias*. Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Fecha 8 de junio del 2016. En: http://www.anmat.gov.ar/ets/Cannabinoides_Anexo_II.pdf.

Administración Nacional de Alimentos y Tecnología. (2016). *Informe ultrarrápido de evaluación de tecnología sanitaria. Usos terapéuticos de los cannabinoides. Anexo 1, Situación ante las agencias de medicamentos en países de alta vigilancia sanitaria*. Programa de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Fecha 8 de junio del 2016. En: http://www.anmat.gov.ar/ets/Cannabinoides_Anexo_I.pdf.

Boletín Oficial de la República Argentina (2017). Decreto N° 266/17. Buenos Aires, Argentina, 19 de abril de 2017. En: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/162455/20170419>.

Boletín Oficial de la República Argentina (2017). Ley N° 27.350. Buenos Aires, Argentina, 19 de abril de 2017.

En: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/162454/20170419>.

Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. (2016). *Proyecto de Ley de investigación científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados*. Reunión 21°, Sesión 20°, Ordinaria Especial, 23 de noviembre del 2016. En <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2016/BAT2016/PDF/2427-D-2016.pdf>.

Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. (2016). *Sesiones Ordinarias, Orden del Día N° 751, Comisiones de Seguridad Interior, de Acción Social y Salud Pública y de Legislación Penal*. 21 de octubre del 2016. En <http://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-134/134-751.pdf>.

Cámara de Senadores del Congreso de la Nación. (2017). *Expediente N° 86/17*.

En: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/83.16/CD/PL>.

Cámara de Senadores del Congreso de la Nación. (2017). *Plenario de Comisiones de Salud, Ciencia y Tecnología y Presupuesto de Hacienda*. 28 de marzo del 2017.

En: https://www.youtube.com/watch?v=zd1xj_JPjzQ&t=16s.

Juzgado en lo civil, comercial y contencioso administrativo federal N 2 de L Plata, “L, S. L c/ Obra Social de Petroleros s/ Amparo Ley 16.968”, Sentencia de 8 de noviembre del 2016. En: www.saij.gob.ar.

Juzgado Federal N 2 de Córdoba, “GENCARELLI, NICOLÁS y otros p.aa.as. Infr. Ley 23.727”, Sentencia del 07/04/17. En: www.saij.gob.ar

Kochen, Silvia (2016). *Uso del cannabis en la Epilepsia. Situación actual a nivel internacional y en nuestro país*. Vertex – Revista Argentina de Psiquiatría, Número 130, Volumen XXVII. Noviembre/Diciembre de 2016, pp. 457-462.

Consideraciones relativas a la ley 27.348

Por Juan Amestoy y Nicolás Menestrina

1) Aclaración preliminar

Toda pretensión de un abordaje sistemático y ordenado del régimen de riesgos del trabajo vigente colisiona frontalmente con el carácter retaceado, fragmentario y, valga el oxímoron, perfectamente asistemático de las reglas que pretenden erigirlo como tal.

La ausencia del necesario debate público profundo de las diferentes reglas vertebrales del sistema¹, entendiendo por tales a las leyes 24.557, 26.773 y la aquí abordada 27.348, dan cuenta de la existencia de intereses sectoriales que han postergado y frustrado en forma constante la posibilidad de sancionar una norma de calidad, que pivotee sobre el establecimiento de una estructura de derechos y garantías del trabajador dependiente².

Las diferentes normas, a las que se suman los decretos 1278/2000 y 1694/2009 y los reglamentos de ejecución dictados por el P.E.N, así como las resoluciones de la S.R.T, AFIP y ANSeS, constituyen un entramado que prescinde de todo amalgamamiento, al mismo tiempo que desprecia las jerarquías normativas (y con ello el artículo 31 de la Constitución Nacional) y verifica un permanente ensanchamiento –cuando no lisa y llanamente extralimitación– de las reglas de deslinde de Competencias derivadas de la Carta Magna –al legislar– y de la ley formal –al reglamentar–.

Cuando referimos, inicialmente, al retaceo del sistema, lo hicimos con el propósito de enfatizar la existencia de una técnica legislativa que –como lógica derivación del privilegio de la premura en limitar los reclamos de los trabajadores siniestrados sobre la construcción de la norma derivada de un profundo debate en el marco de la garantías constitucionales reconocidas a los trabajadores dependientes–, genera inconsistencias de al menos tres órdenes distintos.

1) El vacío legal³.

¹ Entendemos que la importancia específica que tiene esta materia legislativa torna imperioso un mecanismo de construcción legislativa similar al satisfactorio proceso dialéctico, federal y amplio que se puso en marcha para la redacción del Código Civil y Comercial, finalmente sancionado mediante la ley 26.994 o la ley 26.522 de servicios de Comunicación Audiovisual.

² No obstante la disparidad del signo político de los titulares del P.E.N en nuestra siempre presidencialista dinámica estatal, existió una permanente e indemostrada premisa que atravesó a la sanción de la L.R.T y las restantes reglas legales señaladas, que hacía eje en la excesiva litigiosidad y por añadidura en los abogados, a quienes se los rotuló injustamente como integrantes de una industria del juicio, sin mención alguna a los sistemáticos incumplimientos a las normas de seguridad e higiene en el trabajo que constituye la fuente de los reclamos.

³ Por mencionar un ejemplo: La ausencia de inclusión del caso de fallecimiento derivada de los artículos 8 y 17.6 de la ley 26.773.

2) La incoherencia por la regulación contradictoria de contenidos idénticos⁴.

3) La derogación tanto implícita como explícita de normas⁵.

Si bien toda norma jurídica es pasible de interpretación, lo cierto es que existe una variable constante que indica que a mayor amplitud del campo interpretativo por parte del operador jurídico (derivado de la vaguedad, ambigüedad o lagunas), mayor resultará la litigiosidad, circunstancia que se exagera más aun cuando se imponen interpretaciones que obstaculizan, cercenan o clausuran el ejercicio de derechos y garantías Constitucionales. No escapará al lector que en el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas coexisten a los efectos del direccionamiento de tal labor, factores de formación jurídica, culturales, de la asunción de un registro ideológico de la realidad, plasmados luego en la selección y jerarquización de principios, valores y reglas hermenéuticas con arreglo a justificar una conclusión determinada.

Sin perjuicio del reconocimiento de esas variables, lo cierto es que toda decisión en la materia, para tener rigor jurídico, debe estar guiada por el nuevo paradigma constitucional de los derechos humanos fundamentales.

Ello es precisamente obra del quehacer de la doctrina y de la labor que nos convoca. Bueno es recordarlo periódicamente con la finalidad de aventar toda noción de asepsia en los lineamientos, fundamentos y resultados de la faena interpretativa.

Con estas necesarias aclaraciones preliminares, hemos decidido centrar nuestro foco de atención en aspectos puntuales de la reforma con la intención de que estas líneas consti-

⁴ La ausencia de supresión explícita de la situación de provisionalidad prevista por el primer inciso de los artículos 14 y 15 y su colisión con el principio sentado por el artículo 2 parte final de la ley 26.773.

⁵ El artículo 46 de la ley 24.557 constituye la expresión más cabal del desbarajuste legislativo, que produce una atípica situación, por cuanto produce la derogación de una norma de derecho común (pretensamente de naturaleza federal en el diseño original declarado inconstitucional), en aquellos ámbitos provinciales y de la C.A.B.A. que hayan emitido las leyes de adhesión, mientras que genera una vacilación interpretativa en orden a su situación en aquellos estados provinciales que no lo hicieran. Si se interpreta que las reglas de atribución de competencia y procedimentales diseñadas por los artículos 1°, 2°, 14° y 15° constituyen un bloque inescindible cuya entrada en vigor está supeditada a la indispensable adhesión prevista por el artículo 4°, existirán provincias en que continuará rigiendo el antiguo texto del artículo 46 de la ley 24.557, ello sin mengua de los planteos de inconstitucionalidad o su declaración de oficio. Si por el contrario y ateniéndonos a una interpretación literal, se entiende que la adhesión a que refiere el artículo 4° está limitada al título I de la ley, el artículo 14° -que modificó el artículo 46 de la ley 24.557- impone en forma inconstitucional el agotamiento de una vía administrativa incluso en casos de ausencia de adhesión, circunstancia análoga a las consecuencias del artículo 15° de la ley 27.348.

tuyan un aporte y no una reiteración de aquellos aspectos que han merecido un análisis particular y detallado por parte de la doctrina especializada⁶.

1) Introducción general: La ubicación del sistema de riesgos del trabajo

La primera consideración crítica en orden al régimen de riesgos del trabajo vigente en nuestro país se vincula a un aspecto super estructural, derivado de la tensión que existe entre dos concepciones relativas a la inclusión de la problemática de riesgos del trabajo en su faz preventiva (reglas de higiene y seguridad en el trabajo) y reparatoria (enfermedades profesionales, enfermedades laborales y accidentes de trabajo) en el campo del derecho de daños o de la seguridad social.

Recordamos que cuando se sancionó la ley 24.557, sus cultores esgrimían una falsa dicotomía.

En pos de una supuesta automaticidad, celeridad y accesibilidad propia de la seguridad social, se marginaba la reparación integral de los daños sufridos por los trabajadores siniestrados, salvo el resquicio meramente teórico en los supuestos de dolo del empleador. Claro está que los supuestos beneficios de la nueva legislación solo constituían un discurso, que pretendía vanamente ocultar las limitaciones resarcitorias como la apertura al sistema financiero, vía las ART, de un lucro con fuente en los trabajadores siniestrados. Luego de realizar un minucioso análisis de la evolución legislativa en la materia, Ackerman sostiene que históricamente se ha adoptado –en una matriz que con matices continúa hasta la fecha- un sistema especial de responsabilidad individual del empleador, que limita los presupuestos de responsabilidad relevantes y los factores de eximición, tarifado y por lo tanto limitado.

Al respecto, y en disidencia con esa postura, señalamos que el actual sistema pivotea sobre las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo como sujeto fundamentalmente obligado, lo que tiene directa relación con la estructura misma de la ley 24.557 y el carácter imperativo –no meramente facultativo- de contar con aseguramiento contra los riesgos del trabajo⁷. Ello al margen de los supuestos de utilización de la vía de reclamo con fundamento en el derecho común, en la que podemos encontrar configurada la responsabilidad civil de las ART, de los empleadores o eventuales terceros.

⁶ Vease, entre otros, el Dictamen sobre la validez constitucional de la ley 27.348, que reforma y complementa la ley 24.557, del Instituto de Derecho Social (Del trabajo y la previsión), publicado en la revista “La Defensa” del I.D.E.L.-F.A.C.A. el 14 de marzo de 2017.; Mario E. Ackerman, “Ley de Riesgos del Trabajo comentada y concordada”, 1ra. Edición revisada, Rubinzal Culzoni Editores, año 2017.

⁷ El artículo 3 inc. 3 de la ley 24.557 establece que aquellos empleadores que no cuenten con los extremos de solvencia económico-financiero para autoasegurarse, deberán obligatoriamente contratar una ART de su elección. Nos queda siempre la posibilidad patológica del no aseguramiento, en el cuál resultará directamente responsable el empleador. No creemos, sin embargo, que la violación de la ley –de orden público- pueda dar pie a la interpretación de Ackerman, que cree ver en esta hipótesis y otros aspectos residuales una continuidad del modelo histórico.

A partir de la primera conclusión, el autor citado cuestiona toda referencia legal y posturas doctrinarias que mencionen –siquiera en forma incidental- a la materia en estudio como propia del campo de la seguridad social. Lo hace, insistimos, a partir de una toma de posición enraizada en el devenir histórico legal⁸. Nuevamente discrepamos.

Entendemos que existe un mandato Constitucional inatendido, derivado en forma directa del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que ancla la materia con profundidad en el sistema de seguro social.

Y ello es así precisamente por cuanto el sistema de seguro social, connatural al derecho de la seguridad social incluye entre sus contenidos históricos y determinantes del concepto mismo, al campo de los riesgos del trabajo.

El abordaje desde esta disciplina lindante con el derecho del trabajo aun -cuando lo excede en cuanto a los sujetos alcanzados- nos permitiría sortear limitaciones interpretativas. Claro está que incursionar en la lógica del seguro social establecido por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional para los accidentes de trabajo importará (o debería) la exclusión de sujetos como las ART que no responden a los principios rectores en la materia en tanto su norte es el lucro y que bien pueden ser encuadrados en la ley 17.418. El texto constitucional determina que el seguro social obligatorio debe contar con la participación de los interesados. Estos no son otros que los trabajadores, que al participar de esa gestión podrán establecer un círculo virtuoso en materia de prevención de siniestros al participar en el control y cumplimiento de las normas relativas a seguridad e higiene en el trabajo.

Lo que expondremos seguidamente no importa sostener que desde el derecho de daños laborales no se encuentre sustento teórico para el reclamo de algunas situaciones particulares que presenta la ley. El deber de no dañar y su consecuente deber de reparar (art. 19 CN) constituyen un punto de partida sólido para toda fundamentación desde ese marco.

Con la previa aclaración anterior señalamos, a modo de ejemplo, que desde la adecuada conceptualización del seguro social, la disputa sobre las contingencias a las que corresponde aditar la prestación prevista por el artículo 3 de la ley 26.773 (del 20% en concepto de otros daños no reparados por las fórmulas de la L.R.T).

De aceptarse que estamos en presencia de una contingencia propia del seguro social, y desde el principio de integralidad, invalidaría aquellas posturas que interpretan que el plus indemnizatorio no corresponde si se está en presencia de un accidente in itinere. No tiene lógica, en tanto se trata de una contingencia (accidente u enfermedad del trabajo) que la misma pueda ser tratada en forma diferencia y peyorativa bien se trate de un siniestro “típico” o de uno in itinere.

Idéntica ponderación podríamos formular, siempre desde el principio de integralidad, en cuanto a que la base de cálculo para determinar la reparación solo toma como tal el IBM del contrato de trabajo motivo del siniestro, marginando otros ingresos del trabajador⁹. Finalmente, las cuestiones relativas a la aplicación del derecho intertempo-

⁸ Aut y ob. cit, pág. 19, 43 y siguientes.

⁹ De conformidad con lo dispuesto por los artículos 12 y 45 inc. “a” de la ley 24.557, así como

ral (sustitución normativa) se resuelve de un modo completamente distinto según nos ubiquemos en esta disciplina¹⁰.

Otro principio o regla de la seguridad social es el de accesibilidad, unido al de la automaticidad de las prestaciones.

Es notorio que el diseño de la ley 24.557 y su última reforma, en modo alguno se compatibilizan con estos principios en tanto la arquitectura legal establece un procedimiento que, a más de ser inconstitucional, es notoriamente obstativo del cumplimiento de un esquema del seguro social a la luz de estos principios.

Finalmente, estimamos que la seguridad social siempre debe ofrecer –al menos como piso–, la sustitución de ingresos del trabajador en forma íntegra

De lege ferenda pero en un impostergable llamamiento a la Supremacía Constitucional y la operatividad directa de sus cláusulas, así como el rol asignado dentro del nuevo paradigma interpretativo de las normas de derecho común, que proviene de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, no podemos dejar de cuestionar la continuidad en la tradición histórica.

Ello así por cuanto el sistema continúa edificado sobre la lógica y encuadrado en la órbita del derecho de la responsabilidad por daños –lo que no debe perderse de vista aun con la tarificación–, y que por lo tanto hace eje –explícita e implícitamente– en intentar colocar al empleador en un sitio de indemnidad, cuando el sujeto sobre el que debe girar la regulación no es otro que el ser humano que trabaja y resulta dañado.

La aplicación efectiva en la regulación de los principios de la seguridad social en esta materia, reiteramos, por mandato constitucional y no producto de un antojo voluntarista, redundará en una verdadera e integral protección del trabajador.

II) Una aproximación general del procedimiento ante las Comisiones Médicas

Efectuado este señalamiento general y calando en los contenidos de la ley 27.348 y su reglamento de ejecución 298/17, estamos convencidos que el problema de fondo lo constituye la remanida pero a su vez remozada imposición del procesamiento administrativo de los siniestros laborales ante las Comisiones Médicas creadas por el artículo 51 de la ley 24.241 y que ello además asuma el carácter obligatorio y excluyente de toda otra vía por parte del trabajador siniestrado.

En definitiva, lo que asoma como novedad es el carácter de instancia previa, de carácter obligatorio y excluyente.

el artículo 13 del dec. 497/1997, solo se considera la sumatoria de los ingresos relativos a los distintos contratos de trabajo en la medida que se verifique la exposición al agente de riesgo o que –extraña hipótesis– se encuentre desempeñando dos prestaciones únicas al momento del accidente. Sin embargo, ello comporta una inaceptable ficción, en los que la incapacidad (ya sea transitoria o permanente) se proyecta a todos ellos. En definitiva, el abordaje de esta situación desde la perspectiva de la seguridad social con certeza resultará diferente.

¹⁰ En lo atinente al régimen de riesgos del trabajo, este tipo de conflicto interpretativo se produjo con particular insistencia, a partir de las mejoras introducidas en la cuantía de las prestaciones –y en las prestaciones mismas– por los decretos 1278/2000, 1694/2009 y la ley 26.773.

En tal sentido discrepamos con aquellas opiniones que creen encontrar un antecedente de la obligatoria instancia previa en lo dispuesto por el art. 4 de la ley 26.773. En rigor, desde sus albores la ley 24.557 diseñó un sistema de intervención de organismos administrativos, ámbito al que destinaba el procesamiento de los siniestros. No obstante, es la norma en comentario la primera en establecer el carácter excluyente y previo, lo que resulta derivación directa de la desactivación de todo el andamiaje que preveía el artículo 46 de la ley 24.557 en cuanto imponía la competencia federal. Con anterioridad, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo debía determinar el porcentaje de incapacidad y poner a disposición el pago de las prestaciones¹¹.

El declamado carácter federal del sistema de las Comisiones Médicas –aun subsistente– desprende de su propio origen y forma de funcionamiento (art. 51 de la ley 24.241). Ello tiene un correlato natural con el marco en que se inserta, esto es, el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, y que no es vano recordar, tiene como antecedente la privatización de este subsistema de la seguridad social, del cual luego derivó la sanción de la 24.557 valiéndose de las estructuras organizativas de la primera.

El capítulo VI de la ley 24.557 establece a estos órganos administrativos como verdaderos encargados de llevar adelante una función típicamente jurisdiccional de carácter originario y fue ideada sobre la base de un inconstitucional sistema de revisión judicial por parte de la Justicia Federal.

La Corte Federal se expidió en primer término sobre la inexistencia de materia federal, lo que acarrió la declaración de inconstitucionalidad del artículo 46 de la L.R.T (caso “Castillo”, fallos 327:3710). Descartada la naturaleza federal de la L.R.T, quedó por añadidura determinada la ausencia de validez constitucional de los artículos 21 y 22 de la ley 24.557¹².

En definitiva, continuó interviniendo en el procesamiento de los casos previstos por los artículos 21 y 22 un órgano originariamente inserto en una estructura de naturaleza

¹¹ Se sostuvo en doctrina que: El primer título de la ley 27.348 establece la obligatoriedad del trámite ante las comisiones médicas. En este sentido se aprecia en primer lugar que su necesario trámite era incuestionable a partir de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 26.773 cuando se pretendía iniciar una acción de reparación en base a la normativa de derecho común. De modo tal que lo que está introduciendo con la reforma es la imposibilidad de iniciar una acción intrasistémica fuera del trámite ante las comisiones médicas, que, conforme el texto del decreto, son el único procedimiento habilitado para determinar la naturaleza del accidente o enfermedad profesional y el porcentaje de incapacidad del trabajador” (Romualdi, Emilio E., Comisiones Médicas jurisdiccionales-Actuación-Competencia-Revisión de resolución-Servicio de homologación-Autoseguro Público Provincial-Creación-Normas complementarias de la ley 24.241- Modificación de las leyes 24.557 y 26773, Revista Anales de Legislación Argentina, febrero de 2017, pag.100, editorial Thomson Reuters-La Ley).

¹² Paradójicamente, la Corte Federal nunca declaró frontalmente la inconstitucionalidad de los artículos 21 y 22 de la ley 24.557, ocupándose en forma tangencial del abordaje de la cuestión en “Obregón” –O.223.XLIV, del 17 de abril de 2012.

declamadamente “federal”, en la medida que el trabajador siniestrado no recurriera a un abogado e interpusiera en forma directa demanda ante la justicia ordinaria.

Cabe ponderar, inicialmente, que la intervención de estos órganos continuó siendo la regla, al menos en una primera instancia. Sucede que, fulminada la superestructura conformada por el tándem Comisiones Médicas- Justicia Federal y por influjo asimismo de la declaración de inconstitucionalidad de la obturación de la vía del derecho común respecto del empleador, las resoluciones pasaron a tener un efecto relativo y lejano al originalmente cavilado por el diseño legal.

En el caso “*Llosco*” (fallos 330:2696) la C.S.J.N restó toda eficacia en términos de “*cosa juzgada administrativa*” a los dictámenes de las Comisiones Médicas, indicando que el sometimiento al sistema de la ley de riesgos del trabajo no implica la abdicación a formular un reclamo posterior con fundamento en las normas de derecho común.

Las conclusiones y efectos del fallo bien se pueden expandirse a los reclamos por diferencias de prestaciones insuficientemente determinadas en el procedimiento administrativo, ello merced al grado de incapacidad, determinación del IBM, etc. Se señala habitualmente, por lo tanto, que este pronunciamiento ha marcado la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios en la materia.

La S.C.B.A se expidió en la misma línea, ahondando la cuestión sobre las competencias locales, (en “*Quiroga*” L. 75.708, sent. del 23-4-2003) declaró -por mayoría- la inconstitucionalidad del art. 46 de la Ley de Riesgos del Trabajo al considerar que la referida norma altera la estructura jurisdiccional de la Nación en relación con las Provincias.

En sostén del fallo puntualizó que la norma federalizó temas que no son de esa índole, ni en razón de la materia, porque los accidentes y enfermedades del trabajo son de derecho común, aun cuando se considerase a la ley incluida dentro de la seguridad social, ni en razón de los sujetos puesto que los trabajadores, empleadores y Aseguradoras de Riesgos del Trabajo son sujetos de derecho privado; consiguientemente el sometimiento a la competencia federal de cuestiones que corresponden a las jurisdicciones provinciales. Por todo ello se concluyó que la citada norma atenta contra la autonomía provincial y desvirtúa el sistema federal establecido en el art. 1 de la Constitución nacional, violando de esa manera también los arts. 5, 75 inc. 12, 121, 122 y 123 de la Carta Magna.

Estas breves reflexiones, por todos conocidas, se vinculan con dos tramos o aspectos neurálgicos de la ley complementaria sobre riesgos del trabajo acerca de la que fijaremos nuestra posición.

III) La ley 27.348 y el establecimiento de un implícito sistema de caducidad de derechos

El planteo que formulamos a continuación intenta encontrar, en los entresijos del sistema, algunas cuestiones que consideramos importantes y que fueron diseñadas con el fin de desactivar los criterios de la C.S.J.N en punto al diseño procesal de la ley, conforme también adelanta el proyecto de dictamen.

La reforma somete a los trabajadores siniestrados a los avatares propios de los códigos rituales, pero claro, lo hace en el marco de un procesamiento ante órganos administrativos a los que se dota de plenas funciones jurisdiccionales.

Interpretamos que en esta cuestión anida una nueva estrategia de limitar las reclamaciones por los accidentes y enfermedades provocadas por el trabajo por cuenta ajena.

Uno de los efectos propios de la cosa juzgada es la inmutabilidad de la resolución que adquiere tal calidad.

Tal como es sabido, la caducidad en el ejercicio de los derechos constituye un instituto jurídico que reposa sobre el no ejercicio del derecho o facultad jurídica y el transcurso del plazo legal¹³; no está sujeto a suspensión ni interrupción como acontece con la prescripción.

La primera de las cuestiones sobre las que pretendemos poner el acento está constituida por un nuevo forzamiento legislativo, contrario a la Constitución, cuando establece un sistema de caducidad de derechos implícito (arts. 2 inc. “b” tercer párrafo y 46 de la 24557, texto según artículo 14 ley 27348).

Ello así por cuanto instituye que las decisiones de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales o la Comisión Médica Central que no fueran objeto de recurso pasarán en autoridad de cosa juzgada administrativa en los términos del artículo 15 de la L.C.T.

A modo de digresión y repasado este último dispositivo, cabe señalar que para asignar a la resolución irrecurrida los efectos de la cosa juzgada administrativa no cabía efectuar ninguna remisión a la ley de contrato de trabajo.

La trampa que encierra la solución legal es ostensible.

El artículo 15 de la ley 20.744 otorga eficacia y por lo tanto el carácter de la cosa juzgada a un acto de homologación que –conforme su primer párrafo– es producto de un razonamiento positivo, asertivo y fundado de la autoridad administrativa o judicial respecto de haberse alcanzado *“una justa composición de los derechos e intereses de las partes” en el marco de un “acuerdo transaccional”*.

La remisión normativa omite ponderar –y de allí el trasvasamiento de contenidos no homogéneos– que nada de ello ocurre en el caso de una decisión del órgano administrativo que pasará en autoridad de cosa juzgada administrativa, independientemente de su eventual desacierto sustancial, por la ausencia de interposición de recursos en tiempo propio. En términos más sencillos, vía el establecimiento de la cosa juzgada administrativa y lo que hemos denominado como caducidad implícita de derechos¹⁴, opera el despla-

¹³ Jorge Joaquín Llambias, en “Tratado de Derecho Civil”, tomo II, pág. 712, citado en Maddaloni, Osvaldo y Tula, Diego Javier “Prescripción y Caducidad en el derecho del trabajo”, pág. 158, Abeledo Perrot.

¹⁴ Siempre tenemos presente que el artículo 259 de la LCT –que constituye el cuerpo jurídico regulador del derecho común laboral– establece que no existen otros modos de caducidad que los establecidos por la propia L.C.T. Naturalmente, esta norma tiene una interpretación literal que no requiere mayores precisiones, pero también sienta las bases, en cuanto disposición de derecho común laboral, para afincar el principio de que en el derecho del trabajo no “existe la caducidad implícita de derechos”. De allí que enfatizamos en el carácter implícito o si se quiere subrepticio con que el legislador ha establecido tan grave mecanismo de cancelación en la exigibilidad de los derechos.

zamiento del instituto de la prescripción liberatoria como único medio para finiquitar por el transcurso del tiempo y la inacción del acreedor los conflictos que se deriven respecto del otorgamiento y extensión de las prestaciones.

La diferencia más notoria entre el instituto de la prescripción liberatoria y la caducidad del derecho es de plazos (aunque también y en forma inescindiblemente vinculada lo están el cómputo y la posibilidad o no de que medien hechos suspensivos o interruptivos). A partir la reforma, el plazo de prescripción seguirá operando sobre el derecho a efectuar una denuncia para el reconocimiento de la existencia de un accidente o de la enfermedad profesional o laboral y luego sobre el plazo para plantear la acción de derecho común, con las posibilidades de suspensión e interrupción propias del instituto.

En el resto de los casos, aquellos que sean materia de procesamiento mediante denuncia, la cuestión no se vinculará entonces al plazo de prescripción (regido por el artículo 44 de la ley 24.557, cuyo *dies a quo* fue reformado por el artículo 4 de la ley 26.773), sino de caducidad por la no interposición de recursos en el exiguo plazo fijado legalmente (de diez o quince días según los artículos 16 o 17 de la res. 298/17).

Conforme la doctrina de la CSJN y SCBA, lo actuado ante las comisiones médicas –con anterioridad a la reforma– no impedía ni clausuraba el reclamo sistémico o de daños y perjuicios, aun en los casos de silencio del trabajador siniestrado e incluso cuando hubiere percibido una parte de la reparación. No se nos escapa que siempre nos encontrábamos con el límite de la prescripción, pero ésta y la caducidad, tal como lo señalamos, juegan en planos decididamente diferentes.

Ocurre que, conforme nuestra interpretación, de ahora en más y mediante convalidación de la CSJN (que no descartamos dado los retrocesos en materia social de sus últimos fallos¹⁵), la percepción de una suma por prestaciones dineraria o la omisión recursiva, solo por citar las principales vicisitudes procedimentales, constituirán los actos relevantes para la convalidación de la cosa juzgada, y poco importará entonces si el trabajador ha sido adecuadamente reparado.

Pero además, el diseño legal adquiere ribetes insensatos.

Puede presentarse la hipótesis en que el derecho a recurrir a la justicia un dictamen de la Comisión Médica se encuentre precluido en cuanto a las prestaciones sistémicas me-

¹⁵ Nos referimos a la paulatina revisión escalonada de la valiosa irrupción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de los organismos encargados de interpretar los instrumentos base que le asignan jurisdicción, plasmada en el sentido de la resolución del caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amito vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, del 14 de febrero de 2017 y las innecesarias aclaraciones vertidas en el considerando 12° parte final -cuando señala “más allá de la relevancia jurídica que se le asigne” a la opinión del Comité de Libertad Sindical- del voto de la mayoría en la causa caratulada “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”, del 11/4/2017).

diando un rechazo¹⁶, pero que por vía de la reclamación con fundamento en las normas de del derecho común, la ART deba finalmente integrar aquellas prestaciones sistémicas que se encontraban “caducas” por la ausencia de recurso. Decimos esto a partir de que el artículo 6° de la ley 26.773 continúa en vigor aun con la modificación del artículo 4 de la ley 26.773 que solo impone el agotamiento de la vía para abrir la posibilidad de la reclamación por reparación integral.

Resulta ostensible que el nuevo diseño legal da por tierra con los precedentes en la materia de la C.S.J.N. en cuanto a la inaplicabilidad de la teoría de los actos propios, en este caso traducido en la omisión recursiva, en punto a la imposibilidad de reeditar todo debate en orden al otorgamiento y extensión de las prestaciones sistémicas.

Podría decirsenos que ello ocurre en muchas instancias de las leyes de procedimientos administrativos e incluso en los procedimientos diseñados por el C.P.C.C y laborales en los que el trabajador cuenta con el debido patrocinio letrado.

Desde el derecho administrativo podrá argüirse que el reclamo en esa materia pivotea sobre el agotamiento de la vía y luego comienza un plazo que fenece por caducidad por la ausencia de promoción del reclamo judicial.

Ello es tan cierto como que la CSJN y SCBA, vía la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 46 y los concordantes 21 y 22 de la LRT, habilitaron la promoción de una acción judicial sin importar el sometimiento del siniestro ante las comisiones médicas, la percepción de una suma indemnizatoria, el silencio ante un dictamen, etc

En suma, se privilegiaba la realización del derecho reparatorio que cuenta con explícita tutela constitucional (arts. 14 bis, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución). El nuevo diseño legal, siendo benévolo en orden a la interpretación de las finalidades implícitas de la pluma que lo redactó, ha privilegiado a hierro y fuego el carácter hermético del sistema, de ineludible tránsito previo, aun cuando ello implique, tal como con certeza ocurrirá de seguirse a pie juntillas sus previsiones, el sacrificio del derecho al reconocimiento y goce de las prestaciones por parte del trabajador.

Adviértase que las distintas leyes de procedimientos administrativos se cimentan en la necesidad de obtener un pronunciamiento de la administración en cuanto manifestación propia del estado en la adopción de decisiones concernientes a cuestiones típicamente administrativas. La cosa juzgada administrativa, entonces, se correlaciona en forma directa con la necesidad de otorgar certeza y estabilidad a los actos de gobierno.

A diferencia de ello, en el trámite ante las Comisiones Médicas se procesan conflictos entre un trabajador siniestrado y una Aseguradora de Riesgos del Trabajo o un empleador autoasegurado, por lo que el órgano compuesto por médicos –y un secretario letrado al que luego nos referiremos- asume un rol o función típicamente jurisdiccional, que nada tiene que ver con la emisión de un acto administrativo que refleje la voluntad del estado. En orden a ello, si a través de la mentada “cosa juzgada administrativa” se pretende proyectar y tal como se asume a través de la lectura integral de la norma, la estabilidad e

¹⁶ El que puede referir a la existencia misma del accidente o enfermedad profesional o a la inexistencia de incapacidad de carácter permanente.

inamovilidad de las conclusiones del dictamen de la Comisión Médica Jurisdiccional o en su caso Central que no hayan sido objeto de recurso, con certeza se trata de una disposición inconstitucional, por aniquilar el derecho a acción, que solo puede ser ejercido ante los tribunales de justicia.

IV) Una lectura alternativa desde el derecho administrativo acerca de los alcances de la cosa juzgada administrativa

El motivo por el cual hemos tenido que recurrir a otra rama del ordenamiento jurídico para analizar una parcela del derecho del trabajo se lo debemos a quien erigió a las Comisiones Médicas en verdaderos Tribunales Administrativos, jerarquización que obedece pura y exclusivamente a la novedad de la introducción del instituto de la cosa juzgada administrativo, que solo se hallaba implícitamente adherido a la redacción originaria de la ley 24.557.

Desde esta rama del ordenamiento existen concepciones teóricas fundamentalmente encontradas acerca de su eje, puesto que algunos lo ubican en el estado, lo que implica una toma de posición y consecuencias en toda la regulación, mientras que otros autores –con los que comulgamos– centran el fundamento último de la disciplina en la tutela del administrado, al menos en la materia laboral.

En esta dicotomía, Agustín Gordillo –a quien como se ha visto venimos citando como nuestro punto cardinal de una materia que solo conocemos en términos muy generales– sostiene que *“la cosa juzgada judicial y la cosa juzgada administrativa no tienen en común, como a primera vista podría parecer, ser ambas cosa juzgada; por el contrario, cosa juzgada en sentido estricto es sólo la que se produce respecto de las sentencias judiciales. Una sentencia judicial que hace cosa juzgada no es ya impugnabile por recurso o acción alguna y no puede ser modificada por otro tribunal; la cosa juzgada administrativa, en cambio, implica tan sólo una limitación a que la misma administración revoque, modifique o sustituya el acto y no impide que el acto sea impugnado y eventualmente anulado en la justicia”*¹⁷.

Luego, con la misma línea, concluye que *“Por lo demás, la administración puede siempre revocar o modificar el acto si con ello beneficia al interesado, lo que no ocurre con la cosa juzgada judicial. La llamada cosa juzgada administrativa, pues, ni es definitiva como la judicial, ni es tampoco inamovible, inmutable o inextinguible. Por ello preferimos el empleo de la palabra estabilidad o en todo caso irrevocabilidad para referirnos a este principio jurisprudencial y legal”*¹⁸.

En definitiva, para esta concepción, la llamada cosa juzgada administrativa es un límite a la administración (en este caso la Comisión Médica jurisdiccional o Central) que no puede revocar su propio dictamen, mas no implicará la imposibilidad de revisión judicial, siempre que no haya operado el plazo de prescripción.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente: jurisprudencia que está arriba.

17 Ob. cit, tomo III, capítulo VI, pag. 3.

18 Ob. cit, tomo III, capítulo VI, pag. 3.

V) Aspectos procedimentales de la resolución 298/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo

Seguidamente analizaremos y en directa relación con el procedimiento administrativo, algunos tópicos inherentes a la resolución 298/2017.

En un primer apunte, cabe señalar que la potestad de dictar reglamentos de ejecución es privativa del poder ejecutivo nacional, como directa derivación del artículo 99 inc. 2° de la Constitución Nacional. No cabe su delegación en estamentos inferiores.

Señala Gordillo que: *“La facultad de dictar reglamentos de ejecución está otorgada principalmente al Poder Ejecutivo y sólo en forma limitada al Jefe de Gabinete. No corresponde admitir su delegación a niveles inferiores de la organización jerárquica de la administración central. Sólo por excepción puede admitirse esa facultad, de manera limitada, en las entidades descentralizadas que sean autoridades administrativas genuinamente independientes”*¹⁹.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo es una entidad autárquica pero que funciona en la jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación (art. 35 de la ley 24.557). Mal puede entonces el P.E.N. delegar en ella la facultad de dictar el reglamento de ejecución, plagado de inconsistencias²⁰.

En otro orden de ideas, la resolución 298/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo establece con notoria ausencia de rigor en materia de técnica legislativa un procedimiento ante las Comisiones Médicas que sustituye a las previsiones del decreto 717/96 “en la medida que se opongan a lo dispuesto en la presente”²¹.

Resulta notorio que una resolución de la S.R.T. no puede derogar un reglamento dictado mediante decreto del P.E.N, lo que resulta contrario al artículo 31 de la Constitución Nacional. No defendemos la calidad sustancial de la regulación derogada parcialmente, sino el alarmante desconocimiento de elementales reglas de deslinde de jerarquía normativa.

A poco de analizar la dinámica y evolución legislativa del sistema de riesgos del trabajo, se advierte un permanente atropello a los límites constitucionales. El que hemos referido constituye tan solo uno más.

Adentrándonos en los aspectos más preocupantes de la reforma, cabe apuntar que, si bien constituía una objeción de orden constitucional la ausencia de patrocinio letrado obligatorio, lejos de prever la intervención letrada como un modo de garantizar la defensa de los derechos de los trabajadores siniestrados, toda la regulación parece inclinarse

¹⁹ Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, capítulo VII pág. 44, pub. en www.gordillo.com

²⁰ Presumimos que el hecho que el reglamento de ejecución provenga de la S.R.T y no del P.E.N. obedece a que originariamente fue redactado en relación al decreto 54/2017, de efímera vigencia.

²¹ Tan ambigua forma de reglamentación sólo puede dar pie a conflictos interpretativos, derivados de la amplitud en la colisión normativa genérica a que refiere la norma

en otro sentido. Para evaluar la previsión en punto al “debido patrocinio letrado” a que refiere la norma, cabe analizar el marco normativo vigente sobre la materia.

El artículo 20 del decreto 1745/2015 modificó el artículo 36 del decreto 717/96, que quedó redactado del siguiente modo: “... Encomiéndose a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo la instrumentación de las medidas necesarias para garantizar a los damnificados o a sus derechohabientes el patrocinio letrado previsto en el artículo 12 en forma gratuita.”

Pues bien, en una reglamentación flagrantemente inconstitucional los artículos 36 y 37 de la resolución 298/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo prevé la forma y condiciones de intervención de los letrados en el procedimiento y regula su régimen de honorarios.

Cabe señalar que en los supuestos en que el trabajador no cuente con asesoramiento letrado particular, se le defiende en forma gratuita la asistencia de un abogado del “Servicio de Patrocinio Gratuito” que no devenga honorarios de ningún orden.

Cabe precisar, entonces, que todo el procesamiento del sistema y la defensa de los derechos de la víctima siniestrada –sujeto a plazos de caducidad estrictos- en una enorme cantidad de casos estarán en manos de letrados remunerados a sueldo fijo por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, cuya relación profesional con el trabajador viene impuesta.

Toda la reglamentación está orientada a generar defensas formales frente a los planteos de inconstitucionalidad que corresponde introducir tanto desde una perspectiva general como particular²².

A modo de ejemplo, se advierte que la inexistencia de formación jurídica de los integrantes de la Comisión Médica, a todas luces oblativa de cualquier resolución fundada que escape a aspectos puramente médicos, pretende ser salvada mediante el recurso a la figura del Secretario Técnico Letrado²³.

Resulta particularmente preocupante la ausencia de rigor en la reglamentación de un aspecto tan medular como la proposición y producción de prueba. El artículo 7° no establece ninguna regla supletoria para determinar el modo de producción²⁴.

Es en este segmento donde se advierte con total nitidez la invalidez constitucional en el ejercicio de una función típicamente jurisdiccional por parte de un órgano administrativo compuesto por médicos. Indica el dispositivo legal que *“podrá rechazarse la prueba ofrecida que se considere manifiestamente improcedente, superflua o meramente*

²² Cabe indagar qué abogado remunerado a sueldo fijo por el Servicio de Patrocinio Gratuito, arrojándose en forma abnegada contra el sistema que le ha contratado, aconsejará al trabajador atacar las disposiciones de la ley a través de un planteo de inconstitucionalidad.

²³ La figura fue introducida mediante la incorporación del artículo 12 bis al dec. 717/96. Pese a establecer la identidad de rango respecto de los integrantes de la Comisión Médica, no dispone si el dictamen jurídico previo a que refiere el artículo 21 inc. 5 de la L.R.T. es de carácter vinculante o no para el órgano encargado de resolver.

²⁴ Vgr. Código Procesal Civil y Comercial, Ley de Procedimiento Administrativo, etc.

dilatoria”. A renglón seguido establece que “no se tendrá el deber de expresar la valoración de toda la prueba producida”²⁵.

Cabe anotar, como dato de particular gravedad y ante la inexistencia de remisión a otro cuerpo normativo, que no se establece bajo que método se valorará la prueba. Quizá la omisión responda a que un médico no se encuentra habilitado para tal faena, lo cual no constituye más que una verdad de perogrullo²⁶. No obstante esto último, la indeterminación de un sistema de valoración probatoria constituye otro agravio a la garantía constitucional del debido proceso, si es que al procedimiento establecido por la ley se la puede enmarcar dentro de la manda constitucional, con respuesta obviamente negativa. Estas evaluaciones preliminares nos permiten evidenciar que lejos de estar cimentado sobre la base del respecto de los derechos y garantías de orden constitucional de los trabajadores siniestrados y sus derechos habientes, el sistema de riesgos del trabajo ha llegado a un punto culmine que lo descalifica como una norma válida constitucionalmente. Toda norma jurídica tendría que considerar cinco criterios de racionalidad: *“Primero la racionalidad lingüística, cuyos fines son la claridad y la precisión del mensaje que se quiere transmitir: el valor que se protege es la comunicación. Segundo, una racionalidad jurídico-formal cuyos fines son la sistematicidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento: los valores protegidos son la seguridad y la certeza. Tercero, una racionalidad pragmática que busca que las normas se traduzcan en el cumplimiento efectivo, en obediencia. Cuarto, una racionalidad teleológica, que busca el cumplimiento de los fines sociales. Quinto, una racionalidad ética, que hace suyos una serie de valores que permitan justificar los fines. Una ley es irracional en este sentido si carece de legitimidad ética, ya sea que prescriba comportamientos inmorales, o porque no prescribe lo moralmente correcto o porque persigue fines ilegítimos”²⁷*

Es palmario que la ley 27.348 y más aún su reglamento de ejecución, no consultan en modo alguno los tópicos que se enumeran en la cita precedente. Esta conclusión resulta extensiva a los antecedentes legales que conforman el régimen sobre riesgos del trabajo. El sistema ha sido objeto de numerosas revisiones y reformas tendientes a salvar achaques de inconstitucionalidad que solo ha derivado en la profundización de las inconstitucionalidades originarias o en la aparición de nuevos planteos de inconstitucionalidad. Como señalamos inicialmente, se pretende solucionar el pretendido y nunca demostra-

²⁵ En la redacción se evita toda referencia directa a la Comisión Médica como órgano encargado de emitir la resolución mediante la valoración de material probatorio y ello obedece probablemente a lo reproable que resulta a la simple lectura detraer de las ciencias jurídicas la ponderación de cuestiones inherentes a las ciencias jurídicas.

²⁶ Ley 17.132

²⁷ Manuel Atienza, Contribución a una teoría de la legislación, ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 27/40, citado en “Los métodos para los juristas”, Juan Antonio Parceros Cruz, Observar la ley, Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Edición de Christian Courtis, Editorial Trotta, pág. 37, año 2006, primera reimpresión 2016.

do flagelo de la litigiosidad agregando cuestiones que necesariamente deberán ser ventiladas en los Tribunales ordinarios.

VI) El avasallamiento del Federalismo y el aniquilamiento de la distribución de competencias – La afectación de la organización interna de las instituciones locales y la afrenta al principio republicano

En los apartados anteriores hemos analizado incidentalmente el modo en que, al ahondar la regulación de la ley 27.348 en el sostenimiento del sistema de Comisiones Médicas, integrado también por la Comisión Médica Central e imprimirle el carácter de instancia previa y obligatoria, se lesiona la forma Republicana de Gobierno y con ello los artículos 1° y 5° de la Constitución Nacional.

Y ello es así precisamente porque se desfiguró toda noción de los contornos de la función jurisdiccional. Siguiendo a Gordillo, podemos sostener que “El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser definitiva y, fundamentalmente, que sea producida por un órgano imparcial (ajeno a la contienda; un tercero desinteresado del proceso) e independiente”²⁸.

La pretensión de adjudicarle al precario sistema administrativo de procesamiento de infortunios laborales el carácter de una jurisdicción con los alcances fijados (la cosa juzgada administrativa) y solo sujeta a una revisión recursiva por parte del Poder encargado de dispensar una tutela judicial intensa y robusta al trabajador, luce como contrario al Sistema Republicano de gobierno.

Pero el señalamiento del título del capítulo, en punto al avasallamiento del sistema federal de gobierno, que comporta asimismo la conculcación de los artículos 1° y 5° de la Constitución Nacional, se vincula fundamentalmente lo dispuesto por el artículo 4° de la ley 27.348.

En el primer párrafo se prevé la denominada “*cláusula de adhesión*”, que encubre -bastante mal por cierto- el avance sobre el deslinde de competencias previsto por los artículos 5, 121 y 126 de la Constitución Nacional.

En el segundo párrafo la Nación invade de plano las facultades privativas de las provincias de organizar el poder judicial, al imponerles por ley la adecuación de sus propias leyes adjetivas.

La ley y el reglamento ejecutivo antes analizado establecen que la producción de toda la prueba se efectúe ante las Comisiones Médicas. Al ser esto así, un razonamiento lógico conlleva a que esas pruebas deberían ser reproducidas en la instancia judicial de revisión. No podrá ser entendido de otra manera, pues el propio procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires (a modo de ejemplo) tiene como principios el de inmediatez y oralidad. Entonces, no cabría otra alternativa que su reproducción, salvo que se pretenda que las pruebas orales recibidas en sede administrativa solo sean incorporadas por los tribunales a través de su mera lectura.

²⁸ Aut. Cit. en “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, título IX, pág. 13, publicado en www.gordillo.com.

Y esto es precisamente así, por cuanto el artículo 4º, segundo párrafo, de la ley 27348 establece que las provincias que adhieran al sistema deberán modificar los procedimientos laborales para adaptarlos a este nuevo diseño.

Cuando se analiza al federalismo como sistema de organización, se evalúan las distintas relaciones, que al decir de Rosatti pueden ser de participación, coordinación y de subordinación²⁹.

Nos centraremos –por la materia aquí abordada– en las relaciones de coordinación o de distribución de competencias.

Asumimos que la Constitución Nacional establece –excepto en lo concerniente al manejo de los recursos naturales– estableció un criterio de distribución de competencias excluyentes del que, al menos en la materia que nos convoca, no cabe apartarse³⁰.

No se trata de un supuesto en que existe tensión entre las facultades indelegables de las provincias y los poderes implícitos de la nación.

Estamos frente a un inconstitucional ensanchamiento de la excepcional competencia federal (acotada ahora al sistema de comisiones médicas), que en el caso no se presenta ni por las personas ni por la materia, que es de derecho común.

Es nuestra opinión que debemos buscar en el diagrama constitucional el núcleo básico en disputa, y en ese marco, es la revitalización o degradación de los estados locales.

En doctrina encontramos la cita de José B. Gorostiaga, quien define con claridad la cuestión en debate al analizar las facultades exclusivas de los gobiernos locales: *“el gobierno de las provincias viene a ser la regla, el gobierno federal la excepción”*³¹

*En la misma obra y bajo el título “Atribuciones exclusivas de las provincias”, en el acápite 2.1.2 “Derivadas de las condiciones impuestas por la Constitución Nacional a los efectos de la garantía federal: a) administración de justicia: crear los tribunales locales y aquellos encargados de aplicar el régimen sobre los jurados creado por el Congreso, y dictar los códigos de procedimiento o las leyes procesales necesarias o convenientes para que el Poder Judicial local aplique el derecho común dictado por el congreso; b) establecer el régimen municipal; c) impartir la educación primaria”*³²

Por otra parte, el artículo 75 inc. 12 de la CN, cuando establece las competencias del congreso nacional, dice expresamente *“sin alterar las jurisdicciones locales”*, y en tal sentido, el dictado de los códigos de procedimiento son inexorablemente provinciales e irrenun-

²⁹ Rosatti, Horacio, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, tomo II, primera edición, pag. 578 y siguientes, Rubinzal Culzoni.

³⁰ Entendemos que la corriente que sitúa este modo de regulación en el denominado “federalismo de concertación” resulta equívoca, por cuanto carece de todo asidero normativo y constitucional, importando una deformación y consecuente pretensión de reforma del texto constitucional y su fisonomía a través de la interpretación doctrinal.

³¹ Quiroga Lavie, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel, Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, pag. 938, Rubinzal Culzoni.

³² Ob. cit. pags. 1046/47.

ciables como obligación constitucional (art. 5) que a su vez constituye la posibilidad de que los estados locales no sean objeto de la intervención federal.

El Federalismo, como forma de organización sistemática, constituye un modo de edificación del estado que, en cuanto tal, marca límites a los distintos estamentos del estado (nación, provincia y municipio).

Una interpretación de la Constitución en orden a su distribución de competencias debe efectuarse de conformidad con su artículo primero y el carácter federal.

Entendemos que el federalismo constituye una forma de comprender la organización estadual que tiene como finalidad marcar un límite concreto al avasallamiento de los estados provinciales por parte del estado nacional.

Se trata de un límite abstracto a la correlación de fuerzas políticas en el Congreso de la Nación, encargado natural de dictar la normativa infra constitucional legislativa.

Lo que debe juzgarse es si es lícita la invitación del estado nacional a las provincias a adherir y mas aun con la condicionante de que ello implique “delegar” las competencias necesarias y la obligación de “adecuar” la normativa local.

Analizada bajo el ideario y forma organizativa del federalismo y bajo el prisma de la distribución de competencias, la norma resulta inconstitucional.

Debe ponderarse, para concluir de tal forma, que lo único que se pretende salvar con la regulación es la forma³³, lejos de subsanar la verdadera objeción constitucional. Cuando no se legisla sobre el fondo de la cuestión, sino sobre el aspecto puramente formal, el agravio constitucional subsiste, tal como ocurre con el artículo 4° de la ley 27.348.

Si el Congreso Nacional pudiera alterar, por medio de la invitación a las provincias, la distribución de competencias, así como los límites y condiciones de ejercicio, que emana de los artículos 31, 75 inc. 12, 121, 126 y concordantes de la Constitución, una determinada correlación de fuerzas políticas combinada a nivel nacional y provincial puede modificar implícitamente la constitución, aun sin poner en marcha el mecanismo de reforma previsto por su artículo 30, que establece una mayoría calificada al efecto.

Podría objetársenos que siempre es necesaria la adhesión del estado provincial y que, si se lleva a cabo a través de sus órganos constitucionales naturales, nada tiene de censurable la articulación.

Luego de mucho cavilar sobre el asunto, nos parece que la forma “federal” de organización resulta un límite conforme al cual deben analizarse las competencias, que por propia definición resultan indelegables.

De mediar una ley de adhesión de un determinado estado provincial³⁴, se producirán con certeza dos tipos de inconstitucionalidades. La primera de ellas entre la norma provincial y su propia Constitución, puesto que ninguna de las vigentes en nuestro país prevé la posibilidad de delegar el poder reservado, circunstancia que resulta aplicable tanto a los estados originalmente constituyentes del estado nacional como las denomi-

³³ De ahí la mentada adecuación a la doctrina del caso “Castillo” de la Corte Federal.

³⁴ Advertimos que en la provincia de Santa Fe ha sido presentado un proyecto de adhesión por parte del diputado.

nadas nuevas provincias del año 57³⁵. La segunda, con certeza, ocurrirá entre la Constitución Nacional y la norma local, por el quebrantamiento de su artículo 121.

En suma, entendemos que el sistema federal de organización no admite que por vía de la adhesión formal –resultado de condicionamientos económicos, políticos e incluso de la convicción de los estados provinciales–, se produzcan delegaciones, a todas luces prohibidas en la doble faz constitucional provincial y nacional.

Al igual que el carácter republicano –que impera tanto a nivel nacional como provincial– constituye un sistema de resortes, pesos y contrapesos, cabe acotar que en el plano de la forma organizativa descentralizada y por mandato constitucional ocurre exactamente lo mismo.

Para finalizar, señalamos que en orden al carácter republicano de gobierno, cuando una ley del Congreso, por vía de una delegación impropia, altera las regulaciones procesales locales, imponiéndoles una vía recursiva e incluso la “adecuación” de sus normas locales, se inmiscuye en la organización interna de las instituciones locales y con ello afecta la forma republicana de gobierno.

Sujeta a los estados provinciales a organizar una faceta del poder Judicial –en orden a lo aquí tratado– estableciendo un recurso donde debe existir una acción.

Para más y siempre en el incoherente producto legislativo, se produce una inédita vía recursiva de un dictamen emitido por un órgano federal en la órbita de la justicia provincial.

VI) Conclusión

Dentro de los acotados objetivos del trabajo, en que hemos dado revista a aquellos aspectos de la nueva ley y su reglamento sobre los que nos parecía oportuno realizar un análisis, sin mayores pretensiones de hacerlo bajo una sistematicidad absoluta, mantenemos nuestra singular preocupación en orden a lo que hemos denominado el estableci-

³⁵ Todas las constituciones provinciales contienen la denominada “cláusula federal” o sin nominarla de tal forma disposiciones de análogo alcance. Véase: Constitución de la Provincia de Buenos Aires (art. 1°); Constitución de la Provincia de Catamarca (arts. 1°, 6 inc. 2° y concordantes); Constitución de la Provincia de Córdoba (art. 16 inc. 1°); Constitución de la Provincia de Corrientes (art. 1°); Constitución de la Provincia de Chaco (art. 13 inc. 1°); Constitución de la Provincia del Chubut (art. 1°); Constitución de la Provincia de Formosa (art. 1°); Constitución de la Provincia de Jujuy (arts. 1° y 3 inc. 1°); Constitución de la Provincia de La Pampa (art. 1°); Constitución de la Provincia de Mendoza (art. 1°); Constitución de la Provincia de Misiones (art. 1°); Constitución de la Provincia del Neuquén (preámbulo; artículos 1°, 2°, 8° y concordantes); Constitución de la Provincia de Río Negro (art. 12 inc. 1°); Constitución de la Provincia de Salta (art. 3); Constitución de la Provincia de Santa Cruz (art. 1°); Constitución de la Provincia de Santa Fe (art. 1° y 55 inc. 27°); Constitución de la Provincia de San Juan (art. 1°); Constitución de la Provincia de San Luis (art. 1°); Constitución de la Provincia de Santiago del Estero (preámbulo, artículo 1° y concordantes); Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (preámbulo y artículo 1°); Constitución de la Provincia de Tucumán (art. 1°);

miento de un sistema implícito de caducidad de derechos, abiertamente lesivo de los postulados constitucionales y convencionales que han ido tejiendo la línea jurisprudencial de la C.S.J.N y los restantes órganos inferiores.

Luego, hemos transitado diferentes aspectos de la ley que repugnan a los postulados básicos de la forma federal y republicana de gobierno y hemos marcado distintas cuestiones objetables en el procedimiento aprobado por la nueva reglamentación.

Podríamos extendernos en las reflexiones y continuaríamos encontrando aspectos de la ley merecedores de reparos, evaluaciones e interpretaciones, pero hemos pretendido –esperamos haberlo conseguido– plantear nuestra perspectiva, que esperamos sirva al lector para profundizar el estudio de las cuestiones abordadas, con la finalidad de confirmar nuestros lineamientos, de profundizarlos o naturalmente de cuestionarlos.

Encontramos satisfacción en haber podido verter en estas líneas la resultante de conversaciones, lecturas, interpretaciones (de ida y vuelta) e incluso discusiones entre los autores.

Como siempre, el resultado es perfectible.

Legislación

Por Eduardo Baldi

Nación

Agravamiento de las penas en delitos culposos

A través de la ley 27.347, se modificó el Código Penal respecto de los delitos culposos. La reforma apunta, fundamentalmente, a quienes causen lesiones u homicidios conduciendo en forma imprudente o negligente automóviles. De esta forma, se elevan las penas para quienes causaren la muerte con un automotor y se dieran a la fuga, no intentase socorrer a la víctima o se encontrase bajo los efectos de estupefacientes o del alcohol, entre otras causales.

Prórroga de la emergencia en seguridad pública

Así lo dispuso el Poder Ejecutivo Nacional por medio del Decreto 50/17 que prorroga la declaración de Emergencia de Seguridad Pública dispuesta por el Decreto N° 228 de fecha 21 de enero de 2016. Afirma el decreto que los esfuerzos realizados y los éxitos obtenidos hacen imprescindible prorrogar la vigencia de la declaración de la emergencia de seguridad pública dispuesta y ratifica la lucha contra el narcotráfico es uno de los objetivos centrales del gobierno.

Modificación del régimen de ART por medio de un DNU

El Poder Ejecutivo, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 54/17, estableció una instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales. Además creó el Servicio de Homologación en el ámbito de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales y el Autoseguro Público Provincial destinado a que las provincias y sus municipios puedan autoasegurar los riesgos del trabajo. Por último la norma modifica los alcances de lo que debe entenderse por Incapacidad Laboral Temporal y el cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva.

Eliminación de los Feriados Puente

A través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 52/17 se eliminaron los llamados “feriados puente” y se estableció que los feriados nacionales cuyas fechas coincidan con los días martes y miércoles serán trasladados al día lunes anterior y los que coincidan con los días jueves y viernes serán trasladados al día lunes siguiente.

Entre sus fundamentos se desprende la meta de cumplir con los 180 días de ciclo lectivo, la afectación de competitividad del sector productivo debido al anterior régimen y que los feriados nacionales apuntan a conmemorar y concientizar sobre determinadas fechas que tienen relevancia histórica para el país, por lo que no debe perderse ese norte diluyendo su significado simbólico.

Por su parte, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 80/17, se modificó el anterior para establecer al 24 de marzo de cada año como inamovible.

Modificación del Reglamento de Acceso a la Información Pública

A través del Decreto 79/2017 se modificó el Reglamento General de Acceso a la Información Pública, aprobado por Derecho 1172/2003 del entonces presidente Néstor Kirchner. La reforma busca actualizar el reglamento a los parámetros de la Ley de Acceso a la Información Pública N° 27.275 hasta la entrada en vigencia de ésta, en septiembre de este año.

Reglamentación de la Ley de Contratación Público Privada

A través del Decreto 118/2017 se reglamentó la Ley Nacional 27.328 que creó un régimen de participación público privada como existe en otros países de la región. El sistema legal ofrece diversas garantías a quienes inviertan junto al Estado, la aplicación supletoria de normas de derecho privado y establece la posibilidad de someter las controversias a tribunales internacionales o, en el caso de ser resueltas esas controversias por medio de laudos arbitrales con sede en el país, los recursos contra esos pronunciamientos serán limitados.

Ley Complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo

Se trata de la norma que lleva el número 27.348 y reproduce los términos del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 54/17, cuya síntesis efectuamos más arriba.

Reglamentación de la Ley de Emergencia Social

El Poder Ejecutivo, a través del Decreto 159/2017, reglamentó la ley 27.345 que prorroga la emergencia social, declarada por ley 27.200. La nueva normativa regula las funciones y los objetivos del Consejo de la Economía Popular y los parámetros para la asignación del Salario Social Complementario, que funcionarán dentro de la órbita del Ministerio de Desarrollo Social.

Reglamentación parcial de la Ley Nacional de Acceso a la Información Pública

A través del Decreto 206/2017 se reglamentó parcialmente la Ley Nacional N° 27.275 que regula el acceso a la información pública en todos los organismos del Estado. La norma establece que en 15 días de solicitada una información de carácter público el organismo requerido la debe facilitar, responsabilidad para los funcionarios que la obstruyan, la creación de una Agencia de Acceso a la Información Pública y la obligación para que los restantes poderes del Estado también lo hagan en sus marcos de competencia, entre otros aspectos. Tanto la ley como el reglamento entran en vigencia el próximo 29 de septiembre del corriente año.

Ley de apoyo a los emprendedores

La ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor, sancionada por el Congreso el 29 de marzo último, tiene “por objeto apoyar la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de capital emprendedor en la República Argentina”. La norma crea la figura jurídica de Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), que permitirá la conformación vía internet de una empresa en 24 horas e incluye la apertura de una cuenta bancaria en el acto y la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT).

Habilitación del uso de marihuana medicinal

Se trata de la ley 27.350, que tiene como objeto establecer el marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud.

Prohibición del cómputo 2x1 de la prisión preventiva en casos de lesa humanidad

A través de la ley 27.362 se prohíbe el cómputo 2x1 en las penas a los condenados por delitos de lesa humanidad, como una forma de dar respuesta a la interpretación que hizo la Corte Suprema al aplicar el 2x1 a favor del represor Luis Muiña. La norma se erige como una “interpretación auténtica” del legislador de los alcances de la ley 24.390, derogada en 2001, que establecía el beneficio 2x1.

Ley de Electrodependientes

A través de la ley 27.351 se establece el acceso gratuito al suministro eléctrico a las personas o convivientes de aquellos que dependen de la electricidad por cuestiones de salud. Esta última norma es para el ámbito federal, por tanto, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán adherir.

Declaración de emergencia en once provincias

A través de la ley 27.355 se declara “zona de desastre y emergencia hídrica, económica, productiva y social” en una serie de partidos, departamentos, localidades y parajes pertenecientes a las provincias de Catamarca, Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Misiones, Chubut, Tucumán, Río Negro, La Pampa, Salta y Jujuy.

Ampliación de la figura del delito de abuso sexual en el Código Penal

A través de la ley 27.352, publicada en el Boletín oficial de esta mañana, se modificó el artículo 119 del Código Penal de la Nación a los fines de definir en forma más precisa las acciones que comprende el delito de abuso sexual.

Adhesión a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos**Humanos de las Personas Mayores**

A través de la ley 27.360 se aprueba la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, insertándola dentro del marco normativo nacional. La Convención fue adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45a Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015. Surge de cinco años de trabajo y posiciona al continente americano como el único en tener una Convención que protege los derechos de las personas mayores.

Provincia de Buenos Aires**Prórroga de la emergencia en seguridad**

A través de la ley 14.866, se prorrogó por el término de un año, la emergencia en materia de seguridad pública y de política y salud penitenciaria en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires, lo que hará que llegue hasta el 2018. La norma, además, habilita a las carteras de Seguridad y Justicia a efectuar contrataciones bajo un régimen de excepción mientras dure la emergencia.

Suspensión por un año los desalojo de familias viviendo en villas o asentamientos en la Provincia de Buenos Aires

Así lo dispuso la ley 14.875 al modificar el artículo 70 de la ley Acceso Justo al Hábitat estableciendo por el plazo de un año la suspensión de los lanzamientos de personas y/o familias que vivan en villas o asentamientos precarios que se encuentren inscriptos en el Registro Público de Villas y Asentamientos. La normativa también incorpora al Código de Procesal Civil y Comercial dos artículos que reglamentan el actuar de los magistrados ante dichas situaciones.

Ley de Bosques Nativos

Se trata de la ley 14.888, sancionada en diciembre pasado por la Legislatura y publicada este 2017, que establece un Ordenamiento Territorial de los Bosques Nativos, los cuales actualmente ocupan sólo un 3% del territorio, con el objetivo de conservar el suelo y la calidad del agua, reducir inundaciones y reducir los gases que produce el Cambio Climático, entre otros. Prevé una zonificación que generó discusiones y el mayor conflicto se da en la zona ribereña de Quilmes donde está previsto un emprendimiento inmobiliario.

Modificación de la Ley del Defensor del Pueblo

Así se dispuso por medio de la ley 14.883 que entre otras modificaciones abandona la figura unipersonal del Defensor para crear, junto con ésta, las figuras de dos Adjuntos Generales, el Adjunto de Derechos Humanos y Sociales y el Adjunto de Derechos de Consumidores y Usuarios. A su vez, la norma contiene una cláusula transitoria que establece las nuevas autoridades por única vez.

Licencia para Mujeres Víctimas de Violencia

A través de la ley 14.893 se estableció la “Licencia para Mujeres Víctimas de Violencia” destinada a todas las trabajadoras de la Administración Pública o sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria, de la Provincia de Buenos Aires. La norma indica que se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

Convierten al sitio donde funcionó el centro clandestino de detención “Pozo de Quilmes” en un sitio de memoria

La Legislatura bonaerense sancionó la ley 14.895 que declara Bien de Interés Histórico Cultural y transfiere a la Comisión Provincial por la Memoria el edificio ubicado en Garibaldi N° 650 esquina Allison Bell de la ciudad de Quilmes a los fines de erigir un sitio de la memoria. En dicho edificio sede actual de la Delegación Departamental de Investigaciones de la Policía Bonaerense funcionó, entre 1975 y 1979, un centro clandestino de detención denominado “Pozo de Quilmes” o “Chupadero Malvinas” donde pasaron más de dos centenares de personas durante la dictadura cívico-militar. Los atroces delitos de lesa humanidad cometidos en esa sede están próximos a ser debatidos en juicio oral por la Justicia Federal de La Plata.

Arresto a los padres que agreden a docentes

Así lo dispone la ley 14.898 que reformó el Código de Faltas y estableció que padres, familiares o personas cercanas a los estudiantes que ataquen de forma verbal o física a los maestros y personal no docentes, serán castigados con arresto o multas que van desde los 6 mil a 15 mil pesos, dependiendo de la gravedad de los hechos

Prórrogas de la emergencia administrativa, tecnológica, infraestructura y servicios públicos

La Gobernadora María Eugenia Vidal, prorrogó por el plazo de un año la Ley de Emergencia en Infraestructura, Hábitat, Vivienda y Servicios Públicos (N° 14.812) y la Ley de Emergencia Administrativa y Tecnológica (N°14.815) en la Provincia de Buenos Aires, a través de los Decretos 52 y 53 respectivamente. Las prórrogas fueron autorizadas por única vez y por el plazo de un año en las propias normas cuya vigencia, ahora, se extiende otros 365 días.

Una ley establece que en actos públicos debe colocarse los términos dictadura cívico-militar y 30.000 desaparecidos para referirse al accionar del terrorismo de Estado del periodo 1976 y 1983

La Legislatura bonaerense sancionó la ley 14.910 que establece que “en las publicaciones, ediciones gráficas y/o audiovisuales y en los actos públicos de gobierno, de los tres poderes de la provincia de Buenos Aires, el término Dictadura Cívico-Militar, y el número de 30.000 junto a la expresión Desaparecidos, cada vez que se haga referencia al accionar genocida en nuestro país, durante el 24 de marzo de 1976 al 9 de diciembre de 1983”.



JURISPRUDENCIA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | CHICHARRAS VECINAS.

TÉCNICA ACRÍLICO 87 X 65.

OBRAS A LA VENTA

De un momento al otro, todos corrimos; sabíamos las reglas, teníamos 57 segundos. Corrí hacia el sudeste, conté siete lapidas, la quinta estaba excesivamente adornada, velas consumidas decoloradas por el sol, los restos de un ramo de flores y un ajuar de botellitas, reforzaban el abandono; crucé, corriendo, por una plazoleta hacia un camino que formaban los mausoleos. A lo lejos escuche una voz clara “no cuento más para ninguno”, nadie pudo encontrarme.

BAIBIENE Ramón Mariano

Comentario al fallo “Muiña” de la Corte Suprema de Justicia

Por Juan Pablo Gomara y Martín Daniel Lorat

1. Introducción. 2. Las cuestiones penales en discusión. 2.1. La ley 24.390. Los fundamentos del cómputo privilegiado. 2.1.1. Ley penal. 2.1.2. Ley penal más benigna. 2.2. El delito permanente. 2.2.1. Ley al momento del inicio de la conducta. 2.2.2. Ley al momento del cese. 2.2.3. La posición de la Corte Suprema. 3. Las discusiones de las cuestiones penales en el contexto de los delitos de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos. 3.1. Responsabilidad internacional del Estado. 3.2. La aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad. 3.3. El delito permanente como delito de lesa humanidad. 4. La ley 27.362. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en este precedente expedirse expresamente, por primera vez, sobre la aplicación del cómputo privilegiado que establecía el art. 7º de la ley 24.390, a un penado por delitos considerados de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

De esta manera, con las opiniones de los Jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Rosatti, se fijó como criterio de interpretación que dicha normativa iba a regir el caso, motivo por el cual cada día de encierro cautelar del imputado que superara el segundo año de detención debía computársele doble.

Lo cierto es que más allá de las discusiones técnicas en materia de derecho sustantivo que al respecto se pudieran plantear (ley penal más benigna; vigencia de las leyes penales y procesales penales en el tiempo; delitos permanentes y normas aplicables durante su comisión; etc.), el motivo central que impone un comentario sobre lo decidido por la Corte Suprema excede concretamente aquel límite, puesto que se vincula con el modo en que el Estado de Derecho en su conjunto se enfrenta a la temática del juzgamiento y castigo de los delitos de Lesa Humanidad a partir de las obligaciones que el propio Estado asume internacionalmente.

2. Las cuestiones penales en discusión

En el caso, se han debatido diferentes cuestiones que se encuentran atravesadas por discusiones que no son nuevas. Tanto el concepto de ley penal, la extensión a las denominadas leyes penales en sentido material, como el principio de irretroactividad de la ley y la excepción de la ley penal más benigna, han sido objeto de discusiones doctrinarias y posicionamientos jurisprudenciales diversos. Lo mismo ha ocurrido con la problemática relativa al delito permanente y cuál, de las diferentes leyes vigentes durante su consumación, es la ley aplicable.

A continuación haremos una breve reseña de estas discusiones, de las posturas que integran el debate y de las diversas soluciones jurisprudenciales que en algunas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha ido ofreciendo en los últimos años.

2.1. La ley 24.390. Los fundamentos del cómputo privilegiado

El análisis de la norma en cuestión posee distintas aristas, que en esta nota a fallo no serán abordadas (puntualmente, aquellos vinculadas con la duración del encierro du-

rante el proceso o la razonabilidad del mismo, a tenor de lo establecido en el art. 7.5. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del que la ley mencionada se autoproclama reglamentaria), sino que –por cuestiones metodológicas- solo nos limitaremos a tratar lo vinculado a los alcances del art. 7°, que establecía que transcurrido el plazo de dos años de encierro preventivo, se iba a computar por un día de prisión preventiva dos de (pena de) prisión o uno de (pena de) reclusión.

Como se advierte, era de aplicación la normativa a los supuestos en que los procesos penales se prolongaran en exceso, generándose un perjuicio concreto a la persona que se hallaba privada de la libertad sin condena. Esa situación (la de estar detenido por un tiempo muy largo sin una sentencia firme que destruyera el estado de inocencia constitucional –art. 18 de la C.N.-) generó, en la práctica, una realidad de hacinamiento carcelario que llegó a presentar ribetes críticos, con episodios de protestas en los centros de detención que culminaron luctuosamente.

Ante la necesidad de acortar la duración de dichos encierros preventivos, se sancionó la norma en estudio con una finalidad clara: limitar y culminar con las situaciones en que las detenciones durante el proceso resultaban muy prolongadas. Esto es, ante la inadecuada respuesta judicial en torno a la celeridad de los juicios, el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria, se adoptó una respuesta legislativa específica, lo que permitió acortar los tiempos de cumplimiento de las detenciones provisionales, habilitándose –de esa manera- excarcelaciones que pusieran fin a aquellas.

Desde una óptica contraria, con eje en las –hipotéticas- situaciones de injusticia que la aplicación de la norma imponía, quienes se manifestaron en contra del *cómputo privilegiado*, sostenían que las penas –aún para los delitos más graves- se iban a acortar concretamente en su duración. Si bien esta objeción aparece como válida en abstracto, cuando se vuelca sobre el análisis de los casos concretos, colisiona con los alcances de un encierro preventivo con una duración razonable.

Esto es, si una persona sometida a proceso –detenida sin una sentencia firme- estaba acusada de la posible comisión de un delito penado con una sanción [denominada] *perpetua*, con el recto entendimiento de lo establecido en el art. 7° de la ley 24.390, podía acceder a su excarcelación (en términos de libertad condicional) a los once -11- años de privación de libertad (conf. texto art. 13 del Código Penal anteriormente vigente).

La pena, si bien se *licuaba* notoriamente en cuanto a su duración, respondía –dicha manera de computarla- a la necesidad de respetar los alcances de lo establecido en el art. 7.5. de la C.A.D.H. *en las condiciones de su vigencia*, puesto que –de lo contrario- la situación de incertidumbre que el procesado vivía, en condiciones de hacinamiento y sobrepoblación (las que deben necesariamente ponderarse a la hora de merituar los alcances de las leyes reglamentarias de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad), recaían siempre sobre aquel, y no en un recto entendimiento de los alcances del principio *pro personae*.

De allí que los fundamentos utilizados para sancionar el cómputo del 2 por 1 respondieron a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos respecto al lapso razonable del encierro durante el proceso, ponderándose –al efecto- la realidad

carcelaria imperante en la época, y proyectándose con efectos plausibles sobre las problemáticas de hacinamiento y mora judicial que existían.

2.1.1. Ley penal

Uno de los puntos a dilucidar es el relativo a si se trata, en el caso, de una norma de fondo o de forma, porque los principios aplicables para su interpretación y aplicación, no resultarían siempre los mismos¹.

En este aspecto, hay que señalar que la norma que establece un modo particular de computar la *pena* –en el caso, la privativa de la libertad- es una *ley penal*, puesto que –en concreto- es de aquellas que van a habilitar poder punitivo de forma material (es decir, van a precisar cuánto tiempo de pena el detenido deberá cumplir en encierro). Luego, al igual que las normas que regulan la ejecución de la pena, posee carácter *material*².

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no son unívocas en el punto. En este sentido, la visión procesalista clásica sostiene que la detención durante el proceso posee carácter *procedimental*, puesto que se dirige a lograr el éxito del juicio, y encierra a la persona procesada para que no se fugue u obstaculice la investigación. Luego, toda derivación de este principio general, lleva a concluir que todo lo vinculado a la prisión preventiva (incluida su duración, por supuesto) es de carácter *procesal*³.

La propia Corte Suprema ha variado su postura. En el precedente “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Emmanuel Álvarez en la causa...N° 1788”-, con remisión al dictamen del Sr. Procurador General, se afirmó que el cómputo de la *prisión preventiva* era una cuestión de derecho común y procesal (lo que, además, vedaba su carácter de *cuestión federal*)⁴.

En tanto que en el fallo “Muiña”, se destaca el carácter *material* de las reglas referidas al cómputo, con cita específica del precedente “Arce” (Fallos: 331:472)⁵.

¹ Sobre la cuestión, véase –por todos- especialmente, capítulo IV Zaffaroni E.R., Alagia, A. y Slokar A. (2000) “Derecho Penal Parte General”, Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediar.

² Zaffaroni E.R., Alagia, A. y Slokar A., ob. cit., pp. 36/37.

³ Véase *in extenso* esta discusión en Maier, Julio B. J., (1999) Derecho Procesal Penal, Tomo I. Fundamentos, 2da. edición, primera reimpresión, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, pp. 514 y ss.; Cafferata Nores, José I. (1992), Medidas de Coerción en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, , Buenos Aires, Argentina, páginas 3/4 Ediciones Depalma; Clariá Olmedo, Jorge A.(1984), Derecho Procesal Penal, Tomo II, , Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora, páginas 448/452; Roxin, Claus (2000), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, páginas 256 y ss.; Velez Mariconde, Alfredo (1986), Derecho Procesal Penal, Tomo I, tercera edición, segunda reimpresión, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora páginas 330 y ss.; entre otros.

⁴ Voto unánime. Sentenciada dictada el 26 de setiembre de 2006.

⁵ Voto de la *mayoría*, Consid. 6°, segundo párrafo. Voto del Dr. Lorenzetti, Consid. 18), quinto párrafo. Dr. Maqueda, Consid. 9°).

2.1.2. Ley penal más benigna

Aspecto intrínsecamente vinculado con la vigencia de la *ley penal*, los debates en la materia se circunscriben a determinar –en lo que aquí interesa– cuál es el fundamento para la aplicación, de forma retroactiva y –por ende– contraria al principio general establecido en el art. 2° del C.P. (en este aspecto, reglamentario de los arts. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), de una norma más benigna.

Así, la doctrina y jurisprudencia se dividen en dos posturas. Una, derivada del principio de legalidad. Otra, fundada en un principio de política criminal.

Para quienes se enrolan en la primera, la aplicación retroactiva de la norma penal más benigna, se deriva –de manera directa– de lo establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional, y abarca tanto a las leyes desincriminatorias, como aquellas que imponen una pena menor, modifican favorablemente los plazos de la prescripción o reducen los requisitos para acceder a la libertad durante la ejecución de la pena⁶.

En cambio, otro importante sector de la doctrina concluye que la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna se fundamenta en un principio de política criminal que impide la aplicación de una sanción por un hecho que ya no se considera delito o cuya pena ya no guarde relación con la gravedad del injusto culpable, y que hace hincapié en que dicho obstáculo se establece a partir de un cambio en la valoración social del hecho atribuido⁷.

En este aspecto, la Corte Suprema también se ha expresado en sentido ambivalente. En el fallo “Torea”, los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, al remitir a la opinión del Sr. Procurador General, se volcaron por el segundo de los criterios expuestos, en tanto que el Dr. Lorenzetti hizo lo contrario en su disidencia parcial (sentencia del 11 de diciembre de 2007).

En cambio, al opinar en “Arce” –el 1° de abril de 2008–, los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni –con remisión al dictamen del Ministerio Público– concluyeron que la motivación principal a la aplicación retroactiva de la ley penal, se encontraba en el principio de *legalidad material*.

Aspecto que también es debatido en “Muiña”, sin que se desprende de su lectura unanimidad de criterios al respecto.

2.2. El delito permanente

La Corte Suprema se introduce en la problemática del delito permanente a partir de afirmar en el voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco⁸ que se encuentra fuera de discusión que los delitos por los que se condenó al recurrente tienen carácter permanente. Más precisa resulta la referencia que efectúa el voto en minoría del Dr. Lorenzetti al señalar que uno de los hechos de privación ilegal de la libertad tuvo como

⁶ Zaffaroni et al, ob. cit., pp. 114/115.

⁷ Stratenwerth, Gunter (1982), Derecho Penal. Parte General, Madrid, España, Ed. Ederda, capítulo 2, parágrafos 3 y ss..

⁸ Consid. 9°.

víctima a Jorge Mario Roitman, quien a la fecha de la sentencia de mérito permanecía en condición de desaparecido⁹. Si bien la cuestión no alcanzó mayoría en la medida en que el Dr. Rosatti no efectuó mención alguna a la problemática del delito permanente, consideramos conveniente efectuar algunas reflexiones.

El delito permanente es entendido como aquel cuya comisión se extiende aún después de la consumación. Son hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por él mismo¹⁰.

La problemática en torno al delito permanente que aquí interesa se vincula al debate en relación a la ley aplicable cuando durante su comienzo de ejecución, consumación y cese han coexistido diferentes leyes en el tiempo. La discusión cobra sentido en el caso en la medida en que al momento del hecho la ley aplicable al cómputo para el abono de la prisión preventiva era el art. 24 del Código Penal, luego de consumado entra en vigencia la ley 24.390 y, finalmente, antes de su cese, se sanciona la ley 25.430 que deroga el cómputo de la ley anterior y retorna al sistema del art. 24.

La intención de dirimir la cuestión del delito permanente en relación a la ley que lo rige tendría como consecuencia, resolver también la cuestión de la ley que rige el cómputo del encierro preventivo en el caso.

El análisis de los momentos de la comisión del delito permanente a los fines de determinar la ley aplicable introduce también la cuestión relativa a si corresponde regir la decisión por el principio de ley penal más benigna

2.2.1. Ley al momento del inicio de la conducta

Un sector de la doctrina entiende que la ley que debe aplicarse al delito permanente es la vigente al momento de la ejecución del hecho. Zaffaroni propone esta solución en función de una interpretación restrictiva agregando además que, cuando la ley del momento del cese es más severa existiría un tramo de la conducta que no estaría abarcado por esta nueva ley y su aplicación violaría la prohibición de retroactividad¹¹.

Para quienes sostienen esta postura, es posible postular que en caso de que la ley vigente al momento del cese sea más benigna que la vigente al comienzo de ejecución, la cuestión se dirima por la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

2.2.2. Ley al momento del cese

Otra parte de la doctrina entiende que, en la medida en que en el delito permanente se prolonga la consumación en el tiempo, lapso durante el cual el sujeto continúa teniendo en sus manos la decisión sobre esa persistencia o su cese, corresponde aplicarle la nueva

⁹ Consid. 17°.

¹⁰ Roxin, C. (1997) Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. De Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Concelledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, ed. Civitas, pág. 329. Mir Puig, Santiago (2004) Derecho Penal Parte General, Montevideo, Uruguay, ed. BdeF, pág. 227.

¹¹ Zaffaroni E.R., ob. cit., pág. 116; No resulta claro Nuñez, Ricardo (1976), Tratado de Derecho Penal, Tomo Primero, Córdoba, Argentina, ed. Lerner, pág. 133.

ley aún cuando esta sea más severa que la vigente al comienzo de ejecución, sin que tal circunstancia implique violentar la prohibición de irretroactividad de la ley penal.

El parágrafo 2 del Código Penal Alemán tiene una previsión expresa al respecto, al sostener que *Si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, entonces se debe aplicar la ley que rige en el momento de la culminación del hecho*¹².

Se justifica esta postura en virtud de que, una vez vigente la nueva ley más severa, el sujeto ya se encuentra con la posibilidad de motivarse en la norma y sin embargo persiste en mantener voluntariamente la consumación cuando le era exigible la adecuación de su comportamiento a la nueva ley¹³.

Para quienes defienden esta posición, al regirse el delito permanente por la ley vigente al momento del cese, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna carece de importancia.

2.2.3. La posición de la Corte Suprema

Esta última mencionada en el párrafo anterior es la postura que asumió la Corte en el caso “Jofré”¹⁴ en donde la mayoría, por remisión al dictamen del Procurador, entendió que no resultaba aplicable al caso el principio de ley penal más benigna en la medida en que no se daba la hipótesis del art. 2 del Código Penal que contempla sólo un supuesto de sucesión de leyes entre el tiempo de comisión y el de condena o, eventualmente, el intermedio. Se entendió que la nueva ley que agravaba las penas de la norma que regían el caso había sido sancionada mientras el delito seguía consumándose y, por lo tanto, nunca se había salido del primer momento que prevé el art. 2 del Código Penal referido al *tiempo de cometerse el delito*. La Corte reitera esa postura en el caso “Gomez”.

En el caso “Muiña”, los dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco, sostienen que en esos fallos los votos que formaron la mayoría no tenían fundamentos compartidos sin embargo no parece ser así. En el fallo “Jofré” los dres. Petracchi, Fayt, Maqueda y Boggiano remiten al párr. IV., aps. 2 y 3 del dictamen del Procurador General, de donde surgen los fundamentos señalados en el apartado anterior. En “Gomez”¹⁵ se remite al voto de los dres. Petracchi, Fayt, Maqueda y Boggiano en causa J.46.XXXVII, “Jofre, Teodora s/ denuncia”.

La minoría en los casos “Jofré” y “Gómez”, integrada por los dres. Belluscio, Vazquez y Zaffaroni, sostuvieron las tesis del comienzo de ejecución como *momento de comisión*, argumentando que cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo pero antes del cese de la acción existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley y obligaría a resolver la cuestión planteada trayendo los efectos de la ley más gravosa, constituyendo una violación del principio

¹² Código Penal Alemán, traducción de Claudia López Díaz, publicado por Universidad Externado de Colombia.

¹³ Donna, Edgardo (2006), Derecho Penal Parte General, Tomo I, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 403; Fierro, Guillermo “La ley penal y el derecho transitorio”, ed. Depalma, pág. 222.

¹⁴ CSJN, “Jofré, Teodora”, J.46.XXXVII., sent. Del 24 de agosto de 2004.

¹⁵ CSJN, “Gomez, Francisco s/ denuncia”, G.523.XXXVII, sent. Del 24 de agosto de 2004.

contenido en el art. 18 de la Constitución nacional y en el art. 2 del Código Penal, concluyendo que *definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna*.

Con posterioridad, en la causa “Granillo Ocampo”¹⁶ la Corte pareciera mutar su postura anterior. En este caso la mayoría, integrada por los dres. Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi, señaló que *dado que la conducta atribuida a los imputados habría comenzado a ejecutarse a partir del 1° de noviembre de 1994 y continuaría ejecutándose hasta el 1° de diciembre de 1999, esta se iniciaría durante la vigencia de la ley 16.648, y aún cuando su último tramo se habría ejecutado encontrándose ya vigente la ley 25.188, de acuerdo a los principios constitucionales, corresponde aplicar la ley 16.648, por ser la que se ajusta al principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional(...)* La aplicación de la ley 25.188 efectuada por el a quo resulta violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional e impide aplicar la excepción prevista, *dado que la ley posterior en modo alguno resulta más benigna*.

En el caso “Muiña” los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco sostuvieron que la solución de la ley penal más benigna debe aplicarse a todos los delitos, inclusive los de carácter permanente, señalando que dicha característica *en modo alguno inhibe la posibilidad de que durante el transcurso de la acción –pero antes de pronunciarse el fallo– se dicte una ley penal más benigna y, con ello se configuren las únicas condiciones a las que la norma supedita la aplicación de la ley más favorable*. El tercer voto que integra la mayoría, el dr. Rosatti, no hace alusión alguna al delito permanente. Por su parte, los magistrados que integran la minoría, dres. Lorenzetti y Maqueda, parecen mantener la postura de que el delito permanente se rige por la ley vigente al momento del cese, sostenida en “Jofré” y “Gómez”. Es decir, no existe mayoría de fundamentos al respecto.

Como se observa, ambas posturas cuentan con argumentos aceptables y, más allá de las preferencias por una u otra de las posiciones, se está siempre dentro del terreno de lo opinable, en la medida –claro está– en que se trate exclusivamente de delitos comunes.

3. Las discusiones de las cuestiones penales en el contexto de los delitos de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos

Como se desprende de los párrafos anteriores, las discusiones en materia penal en relación a delitos comunes han tenido un desarrollo prolongado en el tiempo, con argumentaciones doctrinarias fundadas a favor de diversas posturas. Como hemos visto, estos debates se han trasladados a los pronunciamientos jurisdiccionales que han adherido con alternancia a uno u a otra de las posturas en cuestión.

Sin embargo, cuando se producen esos debates en relación a delitos de lesa humanidad, la discusión y el confronto de posturas cuenta con un límite infranqueable impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por las obligaciones que los

¹⁶ CSJN, “Granillo Ocampo, Raúl Enrique y otros s/ recurso de queja”, G.688.XLVI, sent. Del 4 de febrero de 2014.

propios Estados han asumido, debiendo enmarcarse en los estrechos márgenes interpretativos que dejan las convenciones internacionales en las condiciones de su vigencia. Las opiniones de los especialistas y los debates que ellas generan, respecto de delitos comunes, más allá de los argumentos sólidos que pueden motivarlas, cuando se extienden a la interpretación de los delitos de lesa humanidad, dejan de poseer ese carácter de opinables, y necesariamente deben saldarse en función de la obligación internacional asumida por el Estado.

3.1. Responsabilidad internacional del Estado

Al firmar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado argentino asumió la obligación frente a la comunidad interamericana de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento regional y *garantizar* su libre y pleno ejercicio¹⁷.

Desde los primeros casos contenciosos, la Corte Interamericana comenzó a desarrollar su jurisprudencia sobre la responsabilidad de los Estados partes, prestando especial atención a la obligación de *garantía*, señalando que la misma *implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, previniendo, investigando y, si es del caso, juzgando y sancionando toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como procurando el restablecimiento del derecho vulnerado (de ser posible) y reparando los daños producidos por la violación de los derechos humanos*¹⁸. Las obligaciones del Estado, conforme el art. 2, implican la adopción de dos tipos de medidas: a) la supresión de normas y prácticas que entrañen la afectación a derechos de la Convención y, b) la adopción de medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos y libertades¹⁹.

La Corte Interamericana ha mantenido constante su jurisprudencia según la cual, de la *obligación de garantía* del art. 1.1 de la Convención se desprende el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar toda violación de los Derechos Humanos reconocidos en la Convención²⁰.

Construye su argumento a partir de definir la *impunidad* como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, entendiendo que esa situación propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas²¹. Al no investigar esas violaciones de *manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos*

¹⁷ Art. 1.1 CADH.

¹⁸ Corte IDH, caso “Velazquez Rodriguez vs. Honduras”, párr. 166.

¹⁹ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi vs. Perú” párr. 207; “Almonacid Arellano vs Chile” párr. 118; “Lori Berenson vs. Perú”, párr. 219; “Heliodoro Portugal vs Panamá”, párr. 180.

²⁰ Corte IDH, caso “Niños de la Calle vs. Guatemala”, párr. 225.

²¹ Corte IDH, caso “Garibaldi vs. Brasil”, párr. 167.

reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse ²².

El razonamiento completo sería el siguiente: cuando un Estado no investiga, juzga y sanciona a los responsables de las violaciones a los derechos humanos contribuye a la creación de una situación de impunidad que permite la reiteración de esas violaciones. En definitiva, cuando un Estado no investiga, juzga y sanciona a los responsables de las violaciones a los derechos humanos incumple su obligación de *garantía* e incurre en responsabilidad internacional.

3.2. La aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad

En el sentido de lo señalado en el párrafo anterior, la Corte ha entendido que en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos los Estados no pueden invocar institutos como el indulto, las leyes de amnistía o autoamnistía, la prescripción, el non bis in idem y la cosa juzgada para desmarcarse del cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar²³. Estas normas resultan contrarias a la Convención cuando se trata de este tipo de delitos²⁴ en la medida en que constituyen un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de garantía y su aplicación genera responsabilidad internacional²⁵.

En la República Argentina, luego de décadas de impunidad e incumplimiento de la obligación internacional de garantía en relación a los crímenes cometidos durante la última dictadura cívico militar, la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final por el Congreso y la declaración de inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de las mismas y del otorgamiento de los indultos permitieron el retorno del Estado a la legalidad internacional.

En este contexto, se iniciaron centenares de juicios y se arribó a más de setecientos sentencias de condena a los responsables de los delitos cometidos durante el periodo señalado. Muchos recibieron la pena máxima de prisión perpetua²⁶.

²² Corte IDH, caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, párr. 126; caso “Masacre de Mapiripán vs. ”, párr. 237; “Ticona Estrada y otros vs. Bolivia”, párr. 146.

²³ Corte IDH, caso “Barrios Altos vs Perú” párr. 41/44; “La Cantuta vs Perú” párr. 173.

²⁴ Por el contrario, en casos de “delitos comunes”, la Corte IDH ha reconocido que estos institutos cumplen una función de garantía en el marco del debido proceso. Conf. Caso “Albán Cornejo vs...”

²⁵ Corte IDH, caso “La Cantuta vs Perú”, *El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente*

consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

²⁶ Ciento treinta (130) juicios orales, en los que se pronunciaron setecientos noventa y un (791)

De esa manera, el Estado Argentino cumplió con el deber de sancionar y juzgar esos crímenes, pronunciándose efectivamente respecto a la necesidad de que ellos no quedaran impunes, procesando, condenando y deteniendo materialmente a los responsables de aquellos.

Dicho activismo judicial, de incuestionable apego a la normativa convencional, entra en crisis a partir del fallo en examen. En el caso “Muiña”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve la aplicabilidad del mecanismo de compensación que preveía la ley 24.390 a las personas condenadas por delitos de lesa humanidad. No resulta claro el fundamento final de la mayoría, ya que dos de los Magistrados ponentes resuelven expresamente en función de la aplicación de la ley penal más benigna a los delitos permanentes cuando más de una norma estuvo vigente en el curso de la comisión, mientras que el tercer Magistrado que integraría esa mayoría solo se expide en relación a la ley 24.390 en su condición de ley intermedia, sin efectuar mención alguna a la situación de los delitos permanentes. De cualquier manera, más allá de los posibles cuestionamientos a la eventual falta de mayoría en los argumentos, se concluye en la aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad.

Ese mecanismo, que resultaba una solución justa para aquellas personas condenadas por delitos comunes y que habían sufrido extensos encierros preventivos por la falta de debida diligencia de las autoridades judiciales, pierde toda justicia en los casos de delitos de lesa humanidad por ser precisamente crímenes de Estado, cuyos procesos se han dilatado durante años debido, no solo a la complejidad de los hechos, sino a las cadenas de encubrimiento que todavía perduran en los diferentes estamentos de los diferentes poderes del Estado.

Se trata de hechos sumamente complejos de investigar, juicios extraordinariamente extensos e instancias de impugnación engorrosas y prolongadas, todo lo cual se traduce en procesos que culminan y adquieren firmeza al cabo de varios años. Esto hace que los imputados transcurran esos años de proceso en encierro preventivo.

La aplicación del cómputo privilegiado de la prisión preventiva a los imputados y condenados por delitos de lesa humanidad tiene como consecuencia la reducción de las penas de los responsables. En este contexto, la pena más grave de prisión perpetua aplicada a un condenado por delitos de lesa humanidad se convierte en una pena de once (11) años de encierro²⁷.

Ya es parte del *ius cogens* la concepción de que los Estados deben sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. La Convención contra la tor-

veredictos condenatorios, en el período enero 2008-febrero 2016. Fuente: Centro de Información Judicial. Al efecto, consúltase en <http://www.cij.gov.ar/nota-20466-Hubo-791-condenadas-en-todo-el-pa-s-por-cr-menes-de-lesa-humanidad.html>.

²⁷ La afirmación es el resultado de la aplicación del cómputo del dos por uno a partir del segundo año, al cabo de 11 años de encierro preventivo, la persona llega al total de 20 años, que es el requisito temporal para obtener la libertad condicional según el art. 13 del Código Penal, vigente al momento del hecho.

tura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁸ establece en su art. 4.2 la obligación de los Estados de castigar los actos de tortura con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad. La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²⁹ establece en su art. 7 que los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad. La Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura³⁰ establece en su art. 6 párrafo segundo la obligación de los Estados de establecer sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas³¹ establece en su art. 3 que los Estados se obligan a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

A partir de allí, la Corte Interamericana advierte que existe un marco normativo internacional que establece que los delitos que tipifican hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos deben contemplar penas adecuadas en relación con la gravedad de los mismos³². Esto significa entonces que la obligación del Estado derivada del art. 1.1 de la Convención Americana no se agota en la sanción a los responsables de las violaciones sino que exige además que esas sanciones sean *adecuadas* a la gravedad de los crímenes. Por lo tanto, la obligación de *garantía* importa el deber de investigar, juzgar y *sancionar adecuadamente a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos*.

Para cumplir con la obligación que impone la aplicación de sanciones adecuadas primero el Estado debe cumplir con su obligación de adecuar su normativa interna contemplando escalas penales adecuadas a la gravedad de los hechos. La Corte Interamericana, al analizar si la tipificación del delito de desaparición forzada de personas que había legislado Panamá cumplía los estándares internacionales, señaló que *los Estados tienen una obligación general, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Convención y que de esta obligación deriva el deber de perseguir conductas ilícitas que contravengan derechos reconocidos en la Convención. Dicha persecución debe ser consecuente con el deber de garantía al que atiende, por lo cual es necesario evitar medidas ilusorias que sólo aparenten satisfacer las exigencias formales de justicia*³³.

²⁸ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

²⁹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

³⁰ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en su decimoquinto periodo de sesiones el 12 de septiembre de 1985.

³¹ Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

³² Corte IDH, caso “Cepeda Vargas vs. Colombia”, párr. 150.

³³ Corte IDH, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, párr. 203.

Luego, más allá de la adecuación en abstracto de la pena, la obligación se extiende a la adecuación de la sanción efectivamente impuesta en el caso concreto. En este sentido, la Corte Interamericana señala que *“En atención a la regla de proporcionalidad, los Estados deben asegurar, en el ejercicio de su deber de persecución de esas graves violaciones, que las penas impuestas y su ejecución no se constituyan en factores de impunidad, tomando en cuenta varios aspectos como las características del delito y la participación y culpabilidad del acusado”*³⁴.

Consecuentemente, cuando un Estado no sanciona *adecuadamente* esos crímenes, sea por no tipificar adecuadamente o por imponer judicialmente penas inadecuadas, genera también una situación de impunidad que posibilita la reiteración de los hechos y, en esa medida, incumple su obligación de garantía desencadenando la responsabilidad internacional.

La aplicación del mecanismo de compensación del art. 7 de la ley 24.390 a personas imputadas y condenadas por delitos de lesa humanidad convierte a la pena más grave en una sanción que a los 11 años permite acceder a la libertad condicional. La reducción que se opera hace que sanciones que nominalmente aparecían adecuadas devengan materialmente inadecuadas.

En el caso “Cepeda Vargas” la Corte Interamericana analiza, a la luz de los estándares internacionales, la situación de las penas impuestas a los responsables y las reducciones realizadas. Menciona que *“En cuanto a la pena impuesta, los autores materiales fueron condenados a 43 años de prisión efectiva como pena principal y 10 años de interdicción de derechos, como pena accesorio, en calidad de coautores responsables del delito de homicidio agravado, lo cual fue confirmado integralmente por la instancia de apelación. Posteriormente, en marzo y junio de 2006, los condenados obtuvieron la disminución de la pena a 26 años, diez meses y quince días. Finalmente, debido a beneficios otorgados en el cumplimiento de la pena, se concedió el beneficio de libertad condicional a Zuñiga Labrador en marzo de 2006 y a Medina Camacho en mayo de 2007. En definitiva cumplieron efectivamente la pena de 11 años y 72 días y de 12 años y 122 días, respectivamente, y actualmente se encuentran en libertad”*³⁵.

La Corte concluyó que la forma en que se disminuyó la pena impuesta indicó la insuficiencia del Estado para perseguir y sancionar adecuadamente las graves violaciones a los derechos humanos.

En el caso “Muiña”, los votos que integran la mayoría hacen insistente referencia al apego a la ley como imperativo propio del Estado de Derecho en la justificación final de su decisión. Sin embargo, parece no recordarse que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a ella, los que los obliga a velar porque

³⁴ Corte IDH, caso “Cepeda Vargas vs. Colombia” párr. 150.

³⁵ Corte IDH, caso “Cepeda Vargas...” párr. 150.

los efectos de las disposiciones, en este caso de la Convención Americana, no se vean mermados por leyes contrarias a su objeto y fin³⁶.

La ley 24.390 no era una ley contraria a la Convención, por el contrario, se autoproclamaba reglamentaria del derecho contenido en el art. 7.5 de dicho instrumento e, incluso, había sido saludado con beneplácito por la Comisión Interamericana la decisión del Estado de autolimitarse legalmente³⁷. Es la Corte Suprema de Justicia la que, al resolver la aplicación de la ley a los delitos de lesa humanidad, contraría la Convención y, de este modo, compromete la responsabilidad internacional del Estado. Como ya ha advertido la Corte Interamericana, *“es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”*³⁸.

Lo que resulta contrario a la Convención es la aplicación de la ley 24.390 a delitos de lesa humanidad y a graves violaciones de los derechos humanos.

3.3. El delito permanente como delito de lesa humanidad

La discusión penal que atraviesa el delito permanente en cuanto a cuál es la ley aplicable de las diferentes leyes que estuvieron vigentes durante su comisión, en los casos de delitos de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos, se vincula directamente con las obligaciones que los Estados han asumido en relación a la tipificación de esos delitos y a las sanciones que deben aplicarse. Es decir a la obligación de adecuación normativa que los instrumentos internacionales imponen en relación al derecho interno. En este sentido, diversos países de la región han efectuado modificaciones a su normativa interna, dando cumplimiento a su obligación de adecuar sus normas a las convenciones, tipificando los comportamientos de acuerdo a los criterios internacionalmente elaborados (vrg. los elementos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas) y estableciendo sanciones adecuadas a la gravedad de los mismos³⁹.

En diferentes casos que arribaron a la competencia contenciosa de la Corte IDH se ha planteado la cuestión de si esas leyes, que daban cumplimiento a las obligaciones internacionales y que habían sido sancionadas mientras el delito aún no había cesado, podían

³⁶ Corte IDH, caso “La Cantuta”, párr. 173; “Almonacid Arellano” párr. 124; “Heliodoro Portugal vs. Panamá” párr. 180..

³⁷ CIDH, informe 12/96. La ley es tenida en consideración también por la Corte IDH en el caso “Bayarri vs Argentina” para analizar la prisión preventiva.

³⁸ Corte IDH, caso “La Cantuta”, párr. 173.

³⁹ La Corte IDH ha mencionado que la falta de tipificación del delito de desaparición forzada de personas ha obligado a utilizar otros recursos penales, pero que no es suficiente la protección que puedan dar la normativa penal del plagio, secuestro, tortura u homicidio, Caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá” párr. 181/183; caso “Ibsen Cárdenas vs. Bolivia”, párr. 200. En cuanto a la obligación de adecuar la legislación, caso “Anzualdo Castro vs Perú”, párr. 167.

ser aplicadas, pese a la prohibición de retroactividad de la ley penal contemplado en el art. 9 de la Convención.

Así, ha señalado la Corte Interamericana en relación al delito de desaparición forzada de personas que *Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente una aplicación retroactiva*⁴⁰.

Luego, la obligación de los Estados respecto de la aplicación de la ley ante los delitos permanentes en los supuestos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos, impone la necesidad de que aquellos estén previstos específicamente en la legislación interna, con los requisitos típicos establecidos por el derecho internacional, y que el marco punitivo impuesto sea adecuado a la gravedad de los crímenes cometidos⁴¹. En esos casos, la decisión de la Corte Interamericana coincide la posición doctrinaria que entiende que la ley vigente al cese es la que debe aplicarse y regir el caso. Sin embargo, no resulta de ello que la Corte haya adoptado una posición absoluta en la discusión sino que su solución va a estar inevitablemente determinada por cuál de las leyes en cuestión es la que permite al Estado cumplir su deber de garantía, sancionando adecuadamente a los responsables de las violaciones.

Esto es, no necesariamente se va a aplicar la ley vigente al momento del inicio de comisión de los hechos, en su intermedio o sobre la etapa final de la conducta típica, sino aquella que prevea específicamente los tipos penales adecuadamente legislados y que contengan una sanción adecuada a la gravedad del hecho, puesto que –vale resaltar– si la ley vigente en la última etapa constituyera una norma desincriminatoria, en términos absolutos o relativos, tampoco resultaría acorde a las convenciones su aplicación, en la medida en que la situación de impunidad que generaría también comprometería la responsabilidad del Estado.

4. La ley 27.362

El Congreso de la Nación sancionó prácticamente por unanimidad la ley 27.362, que contiene solamente dos artículos:

Artículo 1° - De conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional.

Artículo 2° - El cómputo de las penas establecido en su oportunidad por, el artículo 7° de la ley 24.390 —derogada por ley 25.430— será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado Privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley.

⁴⁰ Corte IDH, caso “Tiu Tojin vs. Guatemala” párr. 87/88; “Radilla Pacheco vs. México”, párr.239 y 241; “Ibsen Cárdenas vs. Bolivia”, párr. 201/212; “Gelman vs. Uruguay” párr. 236.

⁴¹ Corte IDH caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, párr. 191 y sgtes.

El artículo primero no hace más que reafirmar la obligación que asumió el Estado al firmar las Convenciones Internacionales de derechos humanos por las que se obliga al deber de garantía, y las obligaciones asumidas en virtud de convenciones específicas.

Por otra parte, reafirma lo expresado por el propio legislador en el texto de la ley 27.156. Es difícil pensar que la Corte Suprema pueda variar el criterio adoptado en el caso “Muiña” con el sólo argumento de la sanción de la ley 27.362, pues los magistrados que integraron la mayoría se encargaron de señalar que el legislador no había establecido ninguna excepción a la aplicación del cómputo privilegiado a los delitos de lesa humanidad y que la única excepción que la ley 24.390 contemplaba en relación a los delitos de la ley de estupefacientes 23.737, había sido declarada inconstitucional en el caso “Veliz”⁴² con el argumento de la Corte Interamericana expresado en el caso “Suarez Rosero”, según el cual no se puede privar de un beneficio a una persona por el sólo hecho de pertenecer a una determinada categoría de delitos.

Pareciera que de los votos de la mayoría se puede leer que no sólo el legislador no estableció excepción alguna en relación a los delitos de lesa humanidad sino que si lo hubiese hecho, la misma sería inconstitucional. Por ello resulta complejo que la Corte pueda salirse del criterio sentado en “Muiña”, con la sola invocación de la sanción de la ley 27.362, sin entrar en contradicción con lo afirmado allí.

Caber recordar que la Corte IDH en “Suarez Rosero” se expidió sobre los obstáculos que contemplaba la legislación procesal penal ecuatoriana al prohibir la obtención de la libertad durante el proceso por tratarse de un delito de la ley de estupefacientes. Es decir, la Corte IDH no formuló ese estándar en materia de libertad durante el proceso en relación a delitos de lesa humanidad, respecto de los cuales, como ya se explicó, rige la obligación de garantía del Estado.

En relación al art. 2 de la ley se genera el problema de que, bajo el argumento de ser una ley interpretativa de la ley 24.390, se altera el carácter de *ley penal material* que la propia Corte Suprema le asignó a las normas que regulan el cómputo del abono de la prisión preventiva.

Repárese que en este punto la ley incide directamente respecto de delitos comunes, pues los de lesa humanidad ya habían quedado excluidos por el artículo 1°. Es difícil pensar también que la Corte Suprema aplique el art. 2 de la ley 27.362 sin que ello importe modificar su criterio acerca de que las normas sobre el cómputo de la prisión preventiva son ley penal en sentido material y que, por ende, se rigen por el momento del hecho y resultan alcanzadas por la excepción de retroactividad de ley más benigna.

En este sentido, pareciera que no alcanza con sólo decir que se trata de una ley interpretativa si bajo ese título se altera el sentido y alcance de la norma que supuestamente se procura interpretar. Al respecto Nuñez señalaba que *“una ley es interpretativa, en consecuencia, no porque su texto o la intención del legislador le atribuya ese carácter, sino cuando ella misma se limita a resolver sobre la legitimidad de las inteligencias que admite*

⁴² CSJN, “Veliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640” (41-V)/CS1, sent. del 10 de junio de 2010.

*otras. No lo es si, so pretexto de aclaración, modifica el alcance posible del contenido de otra ley, por ejemplo, agregando supuestos no comprendidos en ellas o alterando los comprendidos*⁴³.

5. Conclusiones

Los fundamentos utilizados para sancionar el cómputo del 2 por 1 respondieron a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos respecto a respetar el lapso razonable del encierro durante el proceso, ponderándose –al efecto– la realidad carcelaria imperante en la época, y proyectándose con efectos plausibles sobre las problemáticas de hacinamiento y mora judicial que existían.

Las discusiones en torno a los alcances de aquella norma y su naturaleza jurídica (si es ley penal o procesal penal), como así también el abordaje del principio de legalidad en cuanto a la vigencia de las leyes penales en el tiempo, con especial énfasis en los delitos permanentes, cuentan con fundamentos sólidos para sostener diversas posturas, incluso opuestas entre sí, tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

Todos dichos abordajes resultan útiles para tratar las cuestiones en los casos de los delitos comunes, pero no son suficientes si se trabaja en relación con los delitos de lesa humanidad o en los supuestos en que se han juzgado graves violaciones a los derechos humanos y se encuentra en juego el deber de garantía del Estado.

Tanto para el caso de que se acepte que la ley 24.390 es una ley intermedia que por su benignidad conserva la ultraactividad como para el caso de que se entienda que, sin ser ley intermedia, en el caso de los delitos permanentes el hecho se debe regir por la ley más benigna de las diversas leyes que durante la comisión estuvieron en vigencia, en ambos casos la aplicación a delitos de lesa humanidad desencadena la responsabilidad internacional del Estado.

La aplicación del mecanismo de compensación del art. 7 de la ley 24.390 a personas imputadas y condenadas por delitos de lesa humanidad provoca una reducción de la pena impuesta de gran magnitud, haciendo que sanciones que nominalmente aparecen adecuadas devengan materialmente inadecuadas.

En el caso del delito permanente vinculado a delitos de lesa humanidad, la solución al debate acerca de la ley aplicable, va a estar inevitablemente determinado por cuál de las leyes en cuestión es la que permite al Estado cumplir su deber de garantía, sancionando adecuadamente a los responsables de las violaciones.

⁴³ Nuñez, Ricardo, ob. Cit., pág. 154.

Constitucionalidad de la designación de jueces subrogantes por el Consejo de la Magistratura de la Nación. Comentario a la medida cautelar y sentencia dictadas por el Juzgado Federal N° 4 de La Plata

Por Eduardo Baldi

I. Antecedentes

La Asociación Civil AJUS La Plata, Berisso y Ensenada – en adelante AJUS – se presentó ante la Justicia Federal platense a fines de marzo del corriente, solicitando una acción declarativa de certeza a fin de que se declare “si resulta constitucional o no, la subrogación del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 1 de La Plata, de la Provincia de Buenos Aires, con competencia electoral en el distrito **por un juez de extraña jurisdicción desinsaculado para que ejerza el imperium de una materia para la cual no ha concursado** (competencia electoral), por violar flagrantemente las resoluciones previamente dictadas por el Consejo de la Magistratura en la materia, y la doctrina del Máximo Tribunal Nacional en el caso ‘Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad’. Así también **por violar el derecho a la jurisdicción y al juez natural, constitucionalmente consagrado**” -el destacado es propio-. Asimismo, solicitó medida cautelar y medida cautelar interina, en los términos del art. 4° de la Ley N° 26.854 (de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviniente el Estado Nacional), a fin de que el Juzgado de trámite, ordenara al Consejo de la Magistratura de la Nación, (en adelante CM), que se abstenga de designar juez subrogante para el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 1 de La Plata con competencia electoral en el distrito de la Provincia de Buenos Aires.

La acción se inició ante la inminencia de la designación de un Juez subrogante en el citado Juzgado (con competencia criminal, correccional y electoral), atento que desde el mes de Diciembre de 2016, tramitaba ante el CM un pedido de “*traslado*”, del Juez Juan Manuel Culotta, a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia de Tres de Febrero (con competencia criminal y correccional). La solicitud, brevemente fundada en cuestiones tales como la vacancia propiamente dicha y el “*crecimiento personal*” del requirente, del cual se menciona, como todo antecedente, que ha cursado una especialización, años atrás, en la cual “*algunas materias eran de carácter electoral*”.

Dicho pedido de traslado contó con Dictamen favorable de la Comisión de Selección y Escuela Judicial del Consejo en el mes de Diciembre (Dictamen N° 101/16); pero, por motivos desconocidos, el traslado, mutó en subrogancia (el juez se hace cargo temporariamente del Juzgado, a modo de suplencia, para el eventual lector ajeno términos judiciales), a principios de 2017. Mediante Dictamen N° 17/17 del 16 de Marzo de este año, la Comisión de Selección propuso la designación del Dr. Juan Manuel Culotta como magistrado subrogante del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 1 de La Plata, con competencia electoral.

En este resumen de antecedentes fácticos de la causa, resulta pertinente recordar que, el Juzgado Federal N° 1 de La Plata, se encuentra con su titularidad vacante desde el

fallecimiento del Dr. Manuel Blanco ocurrido en septiembre de 2014. Fue llamado un concurso de oposición y antecedentes (el N° 348 del CM), pero su trámite resulta extremadamente lento, no habiéndose constituido a la fecha el jurado del mismo.

Mientras se sustancia el dilatado concurso, en aras de sostener la administración de justicia, el Consejo ha ensayado distintas soluciones para cubrir transitoriamente la titularidad del Juzgado.

Una de ellas fue la designación del Dr. Laureano Alberto Durán como juez subrogante. La misma fue judicialmente cuestionada, y dio lugar al fallo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conocido como “Uriarte”, mediante el cual se declararon inconstitucionales, la resolución 331/14 del CM, el artículo 7° del “Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación”, aprobado por la Resolución 8/14 del CM, el Decreto 1264/2015 y el régimen de subrogaciones establecido por la ley 27.145, producto de lo cual se invalidó la designación del Dr. Durán, como juez subrogante en el Juzgado Federal 1 de La Plata, y de todos los jueces subrogantes designados bajo la normativa declarada inconstitucional. Más adelante, nos referiremos detalladamente al precedente “Uriarte” por su estricta relación y aplicabilidad en este caso.

Con posterioridad al dictado del precedente “Uriarte”, el CM, mediante Resolución N° 1/16, optó por desdoblarse las competencias del Juzgado Federal N° 1 de La Plata, asignándole los asuntos criminales y correccionales al titular del Juzgado Federal N° 3 de La Plata, Dr. Ernesto Kreplak, y los asuntos electorales a la Dra. María Romilda Servini de Cubría, titular del Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual posee competencia electoral a nivel nacional. La renuncia de la Dra. Servini de Cubría a dicha subrogancia, se produjo en Diciembre de 2016, en medio de especulaciones respecto del “inminente traslado” del Dr. Juan Manuel Culotta que dispondría el CM².

II. Desarrollo del Proceso

En primer término, el Juzgado de trámite rechazó el pedido de cautelar y cautelar interina formulado por la Asociación AJUS, por entender que no se encontraban verificados en los hechos relatados el peligro en la demora, y por ende acreditada la verosimilitud del derecho.

Es preciso señalar que al momento en que se instó la acción, la Comisión de Selección del CM había emitido dictamen favorable a la subrogancia del Juzgado Federal N° 1 (N° 17/17), pero no se había dictado resolución del Pleno del Consejo de la Magistratura que lo avalara. En ese estado el juzgador entendió que el dictamen de la Comisión de Selección, no era un elemento suficiente como para sostener que, en caso de no dictarse la medida requerida se produjera un daño inminente o perjuicio irreparable que trans-

¹ CSJN 04/11/2015 FLP 9116/15 “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”

² Para más información véase: <http://www.telam.com.ar/notas/201612/174677-maria-servini-renuncia-subrogancia-juzgado-federal-la-plata.html>. Publicada el 26/12/16.-

formaría en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión.

Sumado a ello señaló que dicho dictamen constituye un *acto preparatorio*, y por tratarse el Consejo de la Magistratura del órgano constitucional encargado de la selección de magistrados y de la administración del Poder Judicial, en tales funciones posee autonomía y atribuciones constitucionales suficientes que, en principio, resultarían ajenas a la intervención jurisdiccional. Por el contrario, sostuvo que los jueces no deben adoptar decisiones que obstaculicen el normal desarrollo de los órganos establecidos por la Constitución Nacional.³

Al día siguiente del rechazo de la medida cautelar, el 30 de marzo del corriente mediante Resolución N° 104/17 el Consejo de la Magistratura designó al doctor Juan Manuel Culotta, titular del Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires, como Juez Subrogante del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de La Plata, únicamente en la competencia en materia electoral, hasta el 30 de noviembre de 2017 o hasta el nombramiento de un titular, conforme al régimen constitucional y legal, permaneciendo a cargo de la competencia criminal y correccional, el Dr. Ernesto Kreplak.

La mentada designación motivó una nueva presentación por parte de la Asociación AJUS en la que, invocando la producción de hechos nuevos, solicita que cautelarmente se suspendan los efectos de la Resolución, absteniéndose el CM de efectivizar la designación realizada.

En fecha 31 de marzo de 2017 el Juez Osvaldo Recondo hizo lugar a lo solicitado, dictando una medida cautelar interina, en el entendimiento de que con la Resolución proponiendo la subrogancia, se cumplieran las condiciones de admisibilidad de la medida (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), existiendo riesgo de que el pronunciamiento que se dicte pierda virtualidad, al no haberlo asegurado durante el transcurso del proceso. Continuó su fundamentación sosteniendo que, aún ante la pretensión de una declaración de certeza, si existe el riesgo de afectar el reconocimiento que se persigue, corresponde dictar la medida preventiva. En efecto, con el dictado de la cautelar interina, se pretendió evitar la concreción de aquellos daños irreparables que la actora invocó sobre el orden público, verificándose así las graves circunstancias y objetivamente impostergables, que requiere el Art. 4° inc. 1, tercer párrafo de la Ley N° 26854, para el dictado de una cautelar interina.

Luego de producido el informe previo al dictado de la cautelar por el CM (art. 4° de la ley N° 26854), el Juez entendió que la demandada no alcanzó a acreditar que resultaría comprometido el interés público en caso de dictarse la cautelar definitiva, ni a conmovir la aparente ilegalidad del accionar administrativo que pretende promover la designación de un magistrado proveniente de otra jurisdicción (aun considerando los argumentos

³ Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4 de La Plata, en autos “AJUS La Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil c/ Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ acción declarativa de certeza” resolución del 29/03/17.-

formulados por la demandada, relativos a la existencia de una competencia de orden provincial que excedería la propia de este distrito). Sostiene además que los argumentos esgrimidos por la demandada, merecen mayor sustanciación para adoptar una decisión final que contemple su legitimidad.

Resulta asimismo destacable el argumento utilizado para sostener la cautelar, en el mismo sentido que ya se pronunciara en oportunidad de dictar sentencia en el caso “Uriarte”, respecto de los requisitos que han de cumplirse para designar jueces subrogantes, sin transgredir la garantía de “juez natural” contemplada en el art. 18 de la CN. Cabe en este punto citar, tal cual lo hace el decisorio, el considerando n° 10 del Fallo “Uriarte” mediante el que la Corte Suprema de Justicia indica las pautas a tener en cuenta para la designación de jueces: “En efecto, los procedimientos constitucionales que regulan la integración de los tribunales han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley. Las disposiciones que rigen esos procedimientos se sustentan, pues, en la aspiración de contar con una magistratura independiente e imparcial, lo que está directamente relacionado con la consagración constitucional de la garantía del ‘juez natural’, expresada en la contundente prohibición de que los habitantes de la Nación puedan ser juzgados por comisiones especiales o sacados de los jueces legítimamente nombrados (artículo 18 de la Constitución Nacional) (conforme Fallos:330:2361 y causa “Aparicio” cit.)”⁴. La garantía de “juez natural” y su violación a partir de la designación de un juez de otra jurisdicción que no ha concursado para entender en materia electoral, ni ha sido designado para actuar en la jurisdicción platense, resulta concomitante en todo el desarrollo del proceso; así lo plasmó AJUS en su escrito inicial, y así lo entendió el Juez A quo en el dictado de la cautelar y en su sentencia.

Por otra parte, destaca el juzgador que mantener la medida cautelar evitará perjuicios graves al Estado, a los ciudadanos, y a los aspirantes a cargos electivos, puesto que el proceso electoral que tendrá lugar este año debería seguirse bajo la tutela del “juez natural”, y que de lo contrario, las autoridades investidas en un procedimiento viciado (por ser el juez que dirigió y controló tal proceso, ilegítimamente designado), carecerían de la legitimidad necesaria, lo que traería aparejado un grave perjuicio a las instituciones.

A través de los argumentos enunciados, el Dr. Recondo entendió que se mantenía el peligro en la demora, y que la verosimilitud de la ilegitimidad del acto “...se advierte en los vicios denunciados por la actora, por cuanto *prima facie* no se habrían seguido los lineamientos de la doctrina del caso ‘Uriarte’, invocados en la propia Resolución del Consejo de la Magistratura.”

Asimismo, se entendió en la resolución que otorgó la cautelar, que no se lesionaba con la misma el interés público, si no, más bien se lo estaba protegiendo. Se distingue además,

⁴ Juzgado Federal de Primera Instancia N° 4 de La Plata, en autos “AJUS La Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil c/ Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ acción declarativa de certeza” resolución del 07/04/17.-

con meridiana claridad que el “interés público” no es el “interés de la administración”, identificando al primero con el “orden institucional” o el “orden público”.

El Estado Nacional – CM apeló la medida cautelar dictada por el Juez a quo, concediéndose la apelación con efecto devolutivo, es decir, sin suspenderse los efectos de la cautelar dictada. Esta concesión del recurso, luce razonable a la luz de los argumentos dados por el a quo en oportunidad de convertir la cautelar interina en definitiva, y que fueran citados más arriba.

La demandada acudió en queja ante la Sala I de la Cámara Federal de La Plata por entender que el recurso debía haberse concedido con *efecto suspensivo*, conforme lo normado por el art. 13 punto 3 de la Ley N° 26854, la que rápidamente resolvió: “Hacer lugar al recurso de queja, concediendo la apelación interpuesta con el efecto solicitado y, consecuentemente, suspender el cumplimiento de la medida cautelar ordenada el 7 de abril del corriente año en las actuaciones principales hasta tanto aquélla sea resuelta, recobrando su vigencia, por el momento, la Resolución N° 104/2017 del Consejo de la Magistratura de la Nación”⁵.

En lo que resulta una muy discutible resolución, que tiene como único fundamento esgrimido la dudosa interpretación del art. 13 de la ley N° 26854, y la no declaración de inconstitucionalidad por parte del a quo, para apartarse de ella.

Cabe destacar que, el citado art. 13, punto 3 de la ley N° 26854, prescribe: “La providencia que suspenda los efectos de un acto estatal será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación interpuesto contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una **disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico**, tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.” (El resaltado es propio).

Resulta imposible entender de otra forma el término “*disposición legal*” que no sea como sinónimo de ley; y el de “*reglamento del mismo orden jerárquico*” como un Decreto de Necesidad y Urgencia (art. 99 inc. 3 CN) o un Decreto de delegación legislativa (contenidos en el art. 76 CN).

Por otra parte, se incurre en un serio error procesal al no aplicar el art. 498 inc. 6 del CPCCN, que indica que en el proceso sumarísimo (y éste lo es), “...sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo.”

En otras palabras, la concesión del recurso con efecto devolutivo que hizo la primer instancia se ajustó a las prescripciones procesales. Si la Cámara entendía que debía con-

⁵ Cámara Federal de La Plata, Sala I, en autos caratulados “Recurso Queja N° 1 en autos AJUS La Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil c/ Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, resolución del 20/04/17.-

cederse el recurso con efecto suspensivo, debió fundar su decisión indicando cuál sería el perjuicio irreparable que se pretendía evitar tornando inaplicable la medida cautelar. Es decir, que a partir de esta interpretación errónea, en esta apresurada decisión, se ha dado lugar a que el Juez Subrogante cuya designación se encuentra cuestionada, asuma sin más el cargo de Juez Electoral de la Provincia de Buenos Aires.

AJUS, planteó revocatoria y nulidad de esta resolución, recusando asimismo a un juez de la Sala I CFALP, y pidiendo la nulidad de la intervención de otro. Los motivos de la recusación fueron la amistad manifiesta que existiría entre uno de los jueces y el Dr. Juan Manuel Culotta, y la participación de esos mismos Jueces, en una actividad en la Cámara Federal de La Plata, con miembros del Consejo de la Magistratura, encontrándose este pleito pendiente de resolución. El pedido de nulidad, se basó en que el segundo juez habría sobrepasado el límite constitucional de edad (75 años, según art. 99 inc. 4 CN), para seguir ejerciendo la magistratura, sin nuevo aval del Senado de la Nación. Esto conforme el reciente fallo dictado por la Corte Suprema, “Schiffrin”⁶, que declaró la plena validez de la citada cláusula constitucional.

Integrada la Sala, con jueces de las otras, se decidió rechazar ambos planteos. La recusación por no hallarse probada la amistad manifiesta ni interés alguno en la resolución de la causa. La nulidad de la actuación, se rechazó porque el juez aludido demostró contar con sentencia firme previa al caso Schiffrin, que lo avala para continuar en la función, aún pasados los setenta y cinco años de edad. Tampoco se le dio entidad como para apartarlos de la causa, al hecho que ambos jueces hayan participado de un acto público con integrantes del CM.⁷

Mientras transcurrían las actuaciones por las recusaciones y nulidad ante la Cámara, el Juez de Primera Instancia, dictó sentencia definitiva en el proceso principal. De ella, sólo diremos por ahora, que declaró la “inconstitucionalidad de la designación del Dr. Juan Manuel Culotta como Juez Federal a cargo de la Secretaría Electoral en el Juzgado Criminal y Correccional N° 1 de La Plata”. Nos referiremos *in extenso* a ella, en el siguiente apartado.

Procesalmente, habiendo confirmado la Cámara el efecto suspensivo que ella misma le otorgó al recurso de apelación contra la medida cautelar decretada en primera instancia, y resuelto las recusaciones y nulidades planteadas, resta al cierre del presente comentario la resolución de la apelación contra la cautelar, y lo propio con la sentencia de fondo. Lo cual entendemos, se realizará conjuntamente.

III. Fundamentos Jurídicos de la acción y de la sentencia

Tal como se dijera más arriba, la actora (AJUS), solicitó una acción declarativa de certeza a fin de que se declare “si resulta constitucional o no, la subrogación del Juzgado Federal

⁶ Corte Suprema de Justicia, autos caratulados “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 28/03/17.-

⁷ Cámara Federal de La Plata, Sala I, en autos caratulados: “Incidente N° 2 – AJUS La Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil c/ Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 16/05/2017.-

de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 1 de La Plata, de la Provincia de Buenos Aires, con competencia electoral en el distrito por un juez de extraña jurisdicción desinsaculado para que ejerza el imperium de una materia para la cual no ha concursado (competencia electoral), por violar flagrantemente las resoluciones previamente dictadas por el Consejo de la Magistratura en la materia, y la doctrina del Máximo Tribunal Nacional en el caso ‘Uriarte’; y, el derecho a la jurisdicción y al juez natural, constitucionalmente consagrado”.

Asimismo y como medida cautelar, se solicitó al Juzgado de trámite, que ordene al Consejo de la Magistratura de la Nación que se abstenga de designar juez subrogante para el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 1 de La Plata con competencia electoral en el distrito de la Provincia de Buenos Aires.

III. a) Legitimación Activa

En primer término, haremos una breve referencia a la legitimación activa de la actora, que como asociación civil puede tener la representación de un colectivo de personas indeterminado.

No abundaremos profundamente en esta cuestión porque excede el ámbito del presente comentario, y ha sido tratado por doctrinarios de la talla de Agustín Gordillo, entre otros.⁸ Diremos como cuestión fundamental que, la Reforma Constitucional de 1994 ha incorporado en nuestra Carta Magna el reconocimiento de derechos de incidencia colectiva en cabeza de diversos sectores o grupos de habitantes (arts. 41, 42, y 75 inc. 22 CN), ampliando la legitimación para peticionar al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a la defensa de tales derechos (art. 43 segundo párrafo CN). La jurisprudencia y la doctrina, fueron las encargadas, desde la sanción del texto constitucional, de ir cincelando gradualmente la legitimación activa de las asociaciones civiles, en la tutela efectiva de los derechos de incidencia colectiva. A la par, el escenario de discusión ante los estrados de la justicia fue ampliado y comenzó a exigir una redefinición de la mismísima noción de “causa” o “controversia” (elemento habilitante de la jurisdicción en el sistema argentino) para dar paso a la de “causa o controversia colectiva”.⁹

Mediante el precedente “Halabi”, la CSJN consagra definitivamente la existencia de “caso”, “causa” o “controversia” colectiva, indicando que: “...En materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, y en todos los supuestos es imprescin-

⁸ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”, 1ª Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, T. II. Véase también VERBIC, Francisco “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, capítulo II.

⁹ VERBIC, Francisco, “Procesos colectivos, control judicial de políticas públicas y división de poderes en la República Argentina a 20 años de la reforma constitucional”, consultado en el sitio web: www.academia.edu/7163015/, en mayo de 2017.-

dible comprobar la existencia de un “caso” (art. 116 de la Constitución Nacional y art 2° de la ley 27...¹⁰

En el caso que nos ocupa, la petición formulada por AJUS, tiene por objeto la protección de un bien que pertenece a toda la comunidad, como lo es la supremacía de la Constitución en el mecanismo de designación de jueces subrogantes, por lo que entendemos (así también lo entendió el sentenciante), que se encuentra configurado el “caso colectivo”. En dicho precedente, el máximo tribunal se pronunció por la plena operatividad de la cláusula constitucional del art. 43 aunque no se haya sancionado ley que lo reglamente, entendiendo que tal disposición constitucional facilita el acceso a la justicia y que “... es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”.¹¹

La pretendida legitimación de la actora, se complementa con lo dispuesto en el precedente “Colegio de Abogados de Tucumán”, en el que la CSJN se manifiesta por otorgar legitimación a cualquier ciudadano en casos en los que se encuentre en juego la supremacía constitucional.¹²

En dicho sentido se pronunció el Juez de Primera Instancia, al entender ante la pretensión, que existe caso y que la Asociación se encuentra legitimada para solicitar se declare si resulta constitucional o no, la designación del Dr. Juan Manuel Culotta para subrogar en el Juzgado Federal 1 de La Plata.

Entiende el Dr. Recondo al pronunciarse sobre la legitimación activa, que se encuentran en juego cuestiones fáctico-jurídicas de alto impacto en la vigencia del principio de legalidad al que debe estar sometida la administración. Ellas son la independencia judicial y el efectivo control ciudadano en todo proceso de designación de magistrados, por un lado, junto con el acceso a la justicia y la garantía del juez natural en relación con derechos electorales, por el otro.¹³

Estas cuestiones, derivan en la posible afectación de derechos humanos tales como:

1. Derecho a toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.
2. Derecho de los ciudadanos de votar y ser elegidos

¹⁰ CSJN, en autos “*Halabi Ernesto c/ P.E.N.-Ley 25873-Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986*”, sentencia del 24/02/2009. Fallos 332:111

¹¹ Ídem.

¹² CSJN, en autos “*Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad*”, sentencia del 14/04/2015. Fallos 338:249. “Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé”.

¹³ Juzgado Federal N° 4 de La Plata, en autos “*AJUS La Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil c/ Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación s/ acción declarativa de certeza*”, sentencia del 05/05/17.-

Ambos de raigambre constitucional y protegidos por los tratados internacionales de Derechos Humanos, destacando el magistrado en su pronunciamiento que, “la vulneración de tales derechos a través de la puesta en funciones de un magistrado con competencia electoral que eventualmente pueda ser considerado carente de requisitos para ejercer la magistratura, nos sitúa, sin hesitación, ante un caso de *‘gravedad institucional’*. En este sentido, la incertidumbre de la actora importa una razonable perplejidad sobre la suerte y la legitimidad de los futuros e inminentes procesos electorales previstos para el 9 de agosto y el 25 de octubre del año en curso, sin perjuicio de los sucesivos.”

En función de lo expuesto, entiende el sentenciante que asiste a AJUS un interés razonable suficiente para impetrar la acción, por encontrarse afectados en forma directa o sustancial intereses de la actora y sus representados. En particular, el interés legítimo que hace a la esencia de la vida republicana y democrática que se vería eventualmente alterado por la forma de selección de jueces subrogantes cuestionada en esta litis.

III. b) (Falta de) Necesidad de agotamiento de la vía administrativa

La demandada introdujo esta cuestión en su escrito de contestación de demanda, aduciendo que la actora debió ocurrir previamente por la vía administrativa, en virtud de que la decisión de nombrar subrogante tomada por el CM es un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad.

Lo cierto, más allá del argumento esbozado, es que la acción fue planteada, antes de haberse dictado la resolución, y ante el daño inminente que se produciría a la institucionalidad, si se resolviera favorablemente por la subrogancia. En adición, la sentencia expresa con gran tino, que la acción pretende la inconstitucionalidad de normas emitidas por el propio plenario del CM, por lo que no existe órgano administrativo jerárquico superior que pueda válidamente revisarla.

Por otra parte, suscribe el criterio que impera actualmente en la jurisprudencia, el cual sostiene que la discutibilidad de los actos administrativos en sede judicial debe ser apreciada con criterio amplio, ya que cobra plenitud la aplicación de la garantía de la defensa en juicio y el derecho de acceso a la justicia, derechos humanos básicos que no pueden conculcarse sin grave lesión constitucional. En el mismo sentido, declaró el juzgador en oportunidad de sentenciar en el precedente “Uriarte”, y así fue ratificado por la CSJN.

III. c) Transgresión al principio constitucional de juzgamiento por jueces naturales

Se plasma en la línea argumental de la actora, siendo el argumento jerárquicamente más importante, la transgresión al principio constitucional de juzgamiento de los ciudadanos “jueces naturales”, consagrado como garantía en el art. 18 de la CN.

El hecho de designar a cargo de un Juzgado a quien fue nombrado para ejercer en materia y jurisdicción diferentes, vulnera la citada garantía y el mecanismo establecido en el art. 99 inc. 4° CN para la designación de los jueces; situación que el sentenciante consideró de extrema gravedad institucional.

La actora fundamentó su planteo en el camino jurisprudencial transitado por la Corte Suprema a partir del caso “Rosza”¹⁴, en el que se decidió que la intervención de los tres

¹⁴ CSJN, en autos “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ Recurso de casación”, sentencia del

órganos del poder para la designación de jueces subrogantes resulta ineludible para garantizar la independencia del Poder Judicial; que continuó con el caso “Aparicio”¹⁵, mediante el que se interpreta que la intervención de todos los órganos del poder, debe darse también para la designación de conjueces (abogados de la matrícula que reemplazan eventualmente a jueces); y que se define con el precedente “Uriarte” –no casualmente originado en los mismos antecedentes fácticos, subrogación del Juzgado Federal 1 de La Plata, y tramitado en el mismo Juzgado de origen- en el que se determina entre otras cuestiones lo siguiente:

1. “El artículo 7° del Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación, aprobado por resolución 8/14 del Consejo de la Magistratura en cuanto autoriza la cobertura de vacancias de magistrados en un proceso en el que no interviene ni el Poder Ejecutivo ni el Senado de la Nación resulta inconstitucional por no contemplar **la necesaria participación de los tres poderes del Estado a los que nuestra Ley Fundamental le encomienda el nombramiento de los jueces**”. El destacado es propio.
2. “El objetivo del principio de independencia judicial radica en evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial”.
3. “Para asegurar su independencia, los jueces cuentan -a diferencia de los demás funcionarios- con garantías reforzadas que resultan indispensables para el ejercicio de su función. Entre ellas, en lo que a este caso interesa, se encuentran la de un adecuado proceso de nombramiento y la inamovilidad en el cargo”.
4. “El derecho de toda persona a ser juzgada por un juez independiente exige que el régimen de subrogación no deje librada la elección al arbitrio de la autoridad de turno”.
5. “Corresponde declarar la **invalidéz del Régimen de Subrogaciones** establecido en la ley 27.145 -**en cuanto establece que el Consejo de la Magistratura aprobará las listas de abogados y secretarios judiciales por mayoría simple**, esto es, con una mayoría inferior a la de dos tercios que se fija para aprobar las ternas de candidatos a jueces permanentes- toda vez que permite que la administración de justicia quede en manos de personas que han sido seleccionadas de ese modo, distintas a las exigidas para los jueces permanentes y que, además, ni siquiera han atravesado un concurso para demostrar sus condiciones y aptitud para el ejercicio del cargo”¹⁶. El destacado es propio.

23/05/2007. Fallos 330:2361. “...La garantía de independencia del Poder Judicial, requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre los restantes poderes del Estado, se vería gravemente afectada si el sistema de designaciones de subrogantes no ponderara la necesidad y grado de participación de los tres órganos de poder en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema”

¹⁵ CSJN, en autos “Aparicio Ana Beatriz y otros c/ EN CSJN Consejo Magistratura art 110 s/ Empleo Público”, sentencia del 21/04/2015. Fallos 338:284.

¹⁶ CSJN, en autos “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 04/11/2015. Fallos 338:1216

Es decir, particularmente a partir de la causa “Uriarte”, la CSJN sienta los requisitos fundamentales, que deberán seguirse, al momento de designar jueces subrogantes.

En concordancia con lo allí decidido, el juez de grado vuelve a declarar inconstitucional el régimen de subrogaciones establecido por ley 27.145, aun cuando dicha norma no fue utilizada como fundamento legal de la decisión impugnada (Resolución N° 104/17 del CM que designa al Dr. Juan Manuel Culotta como juez subrogante del Juzgado Federal 1 de La Plata). Lo cierto es que la ley no fue derogada por el Congreso, y para el caso concreto podría reputarse vigente, más allá de su virtual derogación por *desuetudo* producida a partir de la inconstitucionalidad decretada en el precedente aludido.

III. d) Ilegitimidad de la Resolución N° 104/17 del Consejo de la Magistratura

El planteo de la demanda contra la subrogancia, se basa en las diferentes jurisdicciones que tienen el Juzgado de Primera Instancia de San Martín y el de La Plata (jurisdicción en el sentido de competencia territorial); sumándose a esta irregularidad las diferentes materias, ya que el Juzgado de La Plata tiene competencia electoral (para todo el distrito de la Provincia de Buenos Aires), mientras que el de San Martín carece de ella.

En este sentido, al resolver el CM, designar al titular del Juzgado Federal de San Martín, para quedar a cargo, como juez subrogante, de la competencia electoral del Juzgado Federal 1 de La Plata, está transgrediendo numerosas normas y principios constitucionales, más arriba citados. Pueden mencionarse la falta de concurso para la materia específica, de intervención de los tres poderes del Estado y, especialmente, la transgresión de las reglas establecidas en el precedente “Uriarte” que, al decretar la inconstitucionalidad de la ley N° 27.145 de subrogancias, otorga ultraactividad a la ley N° 26.376. Esta última establece un orden de prelación para cubrir las vacantes mediante subrogancias, encontrándose en primer lugar aquellos titulares de juzgados de la misma jurisdicción territorial, en orden de nómina de los tribunales -número-, para aquellas jurisdicciones territoriales en donde tenga asiento más de un tribunal con la misma competencia en razón de la materia y grado.

Llegado este punto, resulta muy interesante el análisis normativo histórico de la competencia electoral de ciertos Juzgados Federales, en particular el N° 1 de La Plata, efectuado por el Juez de grado. Sumariamente, citaremos aquí que la competencia electoral del citado Juzgado radica en la Ley de facto N° 17593 de 1967, y a partir de allí se mantiene hasta nuestros días. El actual Código Nacional Electoral (cuyo cuerpo principal corresponde a la Ley de facto N° 19945 de 1972, de la que se han realizado varias modificaciones, algunas en democracia), crea los Juzgados Electorales de Sección; y establece que mientras no sean designados los jueces, continuarán ejerciendo las funciones de jueces electorales los jueces federales que se encuentren a la fecha de promulgación de la ley a cargo de los registros electorales (art. 42).

Continúa la sentencia, indicando que para la creación de los Juzgados Electorales, se requiere una ley del Congreso de la Nación, y la puesta en funcionamiento deberá correr por cuenta de la CSJN (conf. Leyes 16.432, 17.928 y 19.362 -considerando 30 del fallo “Uriarte”).

De tales antecedentes normativos y jurisprudenciales, el magistrado colige que, tanto en la Resolución N° 01/2016 (citada más arriba en los antecedentes fácticos), como en la 124/2017, al dividir las competencias del Juzgado Federal 1, y otorgarlas a distintos jueces (Dra. Servini de Cubria y Dr. Kreplak, en el primer caso; y Dr. Culotta y Dr. Kreplak, en el segundo), el CM indirectamente “creó” un nuevo juzgado federal sin ley del Congreso, y lo puso en funcionamiento sin resolución de la CSJN.

Sostiene asimismo, que el CM no fundó debidamente, ninguna de las dos resoluciones que escinden la competencia del Juzgado Federal 1 de La Plata, por lo cual, carecen de motivación suficiente, y, primordialmente, vulneran la normativa que le asigna competencia específica electoral a ese juzgado.

Al no respetarse la normativa que asigna la competencia material del Juzgado Federal 1 de La Plata, desdoblando su competencia en dos jueces distintos, se vulnera la garantía de juez natural, en tanto ***“ha sido llamado a ejercer la función un magistrado que no es aquel señalado por el ordenamiento jurídico vigente, para suplir temporalmente la vacancia”***. El destacado es propio.

Párrafo aparte merece la mención de los argumentos vertidos por la Cámara Nacional Electoral en oportunidad de haber sido consultada por el CM respecto del “traslado” (definitivo) -que luego quedó sin efecto- del Dr. Culotta al Juzgado Federal 1 de La Plata, organismo que se expidió en estos términos: “...el magistrado propuesto no cuenta en su cargo actual con la competencia electoral que adquiriría en el caso de su traslado...” y que “...la misma situación se configuró en el traslado de la titular del juzgado federal de primera instancia de Oberá al juzgado federal con competencia electoral de Misiones..., en cuya oportunidad esta Cámara nunca fue consultada...”. Advirtiendo el magistrado sentenciante que, dichas expresiones *“fueron relativizadas”*, por no decir absolutamente ignoradas, por la Comisión de Selección del CM en su dictamen N° 101/16 que proponía elevar al plenario el traslado del Dr. Culotta.

Asimismo, entendió el juzgador que, la Resolución N°104/17 importa un apartamiento absoluto de las decisiones previas tomadas por el organismo. Primero, se aparta de las pautas objetivas para designar jueces subrogantes sentadas por dicho organismo en la Resolución N° 01/16, dictada inmediatamente luego de la sentencia “Uriarte”. Allí se establece como prioridad a los jueces de igual competencia y jurisdicción, y se menciona como criterio atendible el de la cercanía geográfica del juez subrogante.

En segundo término, al desdoblar las competencias se aparta de lo dispuesto al momento de abrirse el concurso de oposición y antecedentes para cubrir la vacante del Juzgado Federal 1 de La Plata, en el que se dispuso llamar a cubrir el cargo con ambas competencias ejercidas por un mismo juez.

Por lo dicho en estos últimos párrafos, el Juez de Primera instancia, entendió que para estar sujeto a juridicidad, el accionar público debe ser congruente con sus decisiones anteriores para casos similares, y que si decide apartarse de ellas, deberá ser mediante resolución debidamente fundada y razonable.

Por último, el Dr. Recondo entiende que la decisión del CM resulta “una aplicación discrecional de la competencia para el nombramiento del juez subrogante, que se aparta

del ámbito reglado, propio del ordenamiento jurídico aplicable”. Incluso, haciendo el ejercicio de tomar como válido el argumento de la demandada en cuanto “la Jurisdicción Electoral de la Provincia de Buenos Aires es una sola”, este argumento no resistió el análisis. En efecto, no encuentra el sentenciante en el fundamento de la Resolución, los motivos por los cuales se decidió designar al Juez del Juzgado de Tres de Febrero, ya que de sostenerse ese razonamiento debió haberse seguido con el criterio aplicado al designar a la Dra. Servini de Cubría, y ante su renuncia, acudir a otro Juez Federal de una capital provincial cercana que cuente con competencia electoral. Por otro lado, si el CM hubiere entendido que la clave estaba en la competencia criminal y correccional, existe una gran cantidad de jueces con la misma competencia, titulares de Juzgados más cercanos y en el ámbito jurisdiccional de la Cámara Federal de La Plata. A saber, un juez en La Plata, un Juez en Quilmes y dos jueces en Lomas de Zamora.

Es dable remarcar que, el único motivo expresado para fundar la resolución fue el pedido de traslado referido por el propio juez, que luego, no aprobado por el CM, derivó en subrogancia. Consecuentemente, se incumple con otra de las pautas dadas en el caso “Uriarte”, que requiere que la selección de jueces subrogantes, se efectúe “por sorteo o por orden preestablecido en una norma general” (punto 3 parte dispositiva).

Tampoco resultó atendible el argumento esgrimido por la demandada en cuanto a que acudió a un Juez ajeno a la jurisdicción territorial de La Plata, en virtud de un “franco deterioro en la calidad de la prestación del servicio que debe brindar la justicia federal en la ciudad de La Plata”. Se fundamentó dicho rechazo en el hecho que, el único Juzgado Federal vacante en La Plata es el N° 1, y que pretender evitar un retraso en la justicia de La Plata ocasionando un retraso en la de San Martín, no resulta razonable. De acuerdo a la sentencia, surgió de las actuaciones administrativas acompañadas en oportunidad de contestar demanda que, la propia Cámara Federal de San Martín manifestó su inquietud al CM al respecto.

Entiende el sentenciante que el supuesto deterioro en la prestación del servicio en La Plata, no fue considerado en la etapa administrativa, ni probado en la instancia judicial. Por otra parte, y lo que resulta más palmario aún, es la situación puesta en evidencia por AJUS en la demanda, de que la vacancia del Juzgado Federal N°1 de La Plata, resulta pura y exclusivamente del accionar (o no accionar) del propio CM, que no ha tramitado el concurso llamado a cubrir la vacante. Incluso, mediando numerosas advertencias de la CSJN en este sentido, (Fallos “Roszas” y “Uriarte”). En palabras del propio juez: “... no aparece razonable que la misma autoridad constitucional encargada de seleccionar a los jueces titulares, contravenga el régimen de subrogancias, con sustento en la mora existente, a la hora de cubrir el cargo definitivo.”

Por todo lo expuesto, entiende la sentencia de grado, que la Resolución 104/17, no se encuentra suficientemente motivada, por lo que no cumple con el principio de legalidad de los actos administrativos.

III. e) Normativa aplicable

Además de los argumentos *ut supra* expresados, que llevan al sentenciante a declarar ilegitimidad de la Resolución N° 104/17, el juez entiende que, a partir de la solución dada

por la CSJN en el caso “Uriarte”, el Máximo Tribunal, estableció pautas que deberán ser cumplimentadas por el CM a la hora de designar jueces subrogantes, y que claramente no fueron tenidas en cuenta para dictar la resolución invalidada. En este mismo sentido, se formuló la petición de AJUS, al plantear la demanda.

Por lo expuesto, se entiende que al decretarse la inconstitucionalidad de la ley N° 27145 (de subrogancias), vuelve a cobrar vigencia la ley de subrogancia anterior (N° 26376). Así, producida la vacante en un juzgado, el CM debe proceder a designar como subrogante a un juez de igual competencia y de la misma jurisdicción, teniendo prelación el juez de la nominación inmediata siguiente en aquellos lugares donde tengan asiento más de un juzgado de igual competencia (conf. Art. 1° inc. a). Por ende, existiendo tres jueces federales en la ciudad de La Plata, se contradice claramente dicha pauta.

A partir de las argumentaciones vertidas en la sentencia, se resolvió conforme se detalla en el acápite siguiente.

IV. La resolución

En primer término, se rechazó in límine la recusación planteada por la demandada, que se basó en declaraciones periodísticas del magistrado, al que se le atribuyó haber incurrido en “*prejuzgamiento*”. Por dos motivos, el primero, porque analizadas las declaraciones, no se encontró el prejuzgamiento aludido; y el segundo, estrictamente procesal e irrefutable, que la recusación se interpuso extemporáneamente, y además, luego de haberse llamado los autos para sentencia (arg. arts. 14, 18 y 21 CPCCN).

Se rechazó la excepción de falta de legitimación activa, por los motivos que se citaron en el apartado **III. a)** del presente.

Se declaró nuevamente la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones de la ley N° 27145, por los motivos que se citaron en los puntos **III. d)** y **III. e)**.

Se hizo lugar a la demanda promovida por AJUS, declarando:

- 1) *Que hasta tanto se cree el Juzgado Federal Electoral de la Provincia de Buenos Aires, la competencia del Juzgado Criminal, Correccional Federal N° 1, Secretaría Electoral de La Plata, debe ser ejercida por un sólo magistrado, por tratarse de órgano unipersonal.*
- 2) *Que la creación de dicho Juzgado se establece por ley del Congreso de la Nación, y queda reservado a la competencia de la Corte Suprema de Justicia la atribución de disponer su puesta en funcionamiento.*
- 3) *Que a los fines de impedir la discrecionalidad en las decisiones y garantizar el principio constitucional del “juez natural” (Arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), la atribución de las subrogancias debe quedar explicitada de manera objetiva.*
- 4) *Que son los jueces de Primera Instancia más cercanos en la jurisdicción, y en el orden que establece el fallo “Uriarte” citado en los considerandos, los llamados a subrogar, en “... el orden de nómina de los tribunales -número- para aquellas jurisdicciones territoriales en donde tenga asiento más de un tribunal con la misma competencia en razón de la materia y grado...”*

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, se declaró la inconstitucionalidad de la designación del Dr. Juan Manuel Culotta, como Juez Federal a cargo de la Secretaría Electoral en el Juzgado Criminal y Correccional N° 1 de La Plata. Se dispuso el cese en

el ejercicio de la subrogancia, una vez firme la sentencia, declarando la validez de los cumplidos por el Juez subrogante.

La declaración de validez de los actos cumplidos por un juez cuya designación se declara inconstitucional, sigue el criterio de la doctrina oportunamente sentada por la CSJN en los casos “Rosza” y “Uriarte”, y se fundamenta en válidos motivos de resguardar la seguridad jurídica, evitar el caos institucional y la paralización de la justicia que pudiera traer aparejada la decisión de invalidar tales actos.

V. Conclusiones

Como dijéramos párrafos más arriba, no resulta “casual”, si no más bien un hecho derivado de “causas” concretas, que en un lapso de poco menos de dos años se hayan ventilado ante un Juzgado Federal dos causas de similares características. Nos referimos a “Uriarte” y la presente.

Lo que sí resulta “casual”¹⁷, o más bien, producto de la probabilidad del sorteo de causas entre los dos juzgados de igual jurisdicción y competencia que existen en La Plata (el 2 y el 4), es que haya intervenido en ambos casos el mismo Juzgado, el N° 4.

El costado “causalista” de la situación, radica fundamentalmente en el hecho de que a casi tres años de haber quedado vacante un juzgado de vital importancia para la vida institucional de la provincia más importante de la República Argentina, como lo es el Juzgado con competencia electoral, dicha vacante no haya sido cubierta definitivamente. Segunda causa “eficiente” de esta situación, es el hecho que se han ensayado soluciones transitorias claramente violatorias de garantías y prescripciones constitucionales, tal como se desarrolla en el presente artículo. Tanto en la designación de un secretario federal, para subrogar el juzgado, hecho que motivó la demanda de “Uriarte”, como en la actual designación de un juez de otra jurisdicción, sin el debido fundamento ni legalidad. Todas las causales detalladas nos llevan al mismo actor, el Consejo de la Magistratura Nacional. Responsable de no tramitar el concurso para cubrir la vacante definitiva. Responsable de pretender paliar esta situación con medidas que se apartan de los predicamentos de la Constitución Nacional. Pareciera que no son suficientes los llamados de atención que viene haciendo la Corte Suprema en los precedentes citados.

Claramente esta situación ha trascendido los signos políticos de los gobiernos que circunstancialmente han tenido o tienen mayoría en el Consejo de la Magistratura, y toma ribetes institucionales.

No obstante, vemos hoy con ingrata sorpresa, que el Consejo insiste con este tipo de designaciones que atentan contra la independencia de la justicia y el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por “jueces naturales”. Y que la propia justicia las avala. Eso es lo que ha pasado cuando la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, tomó la decisión de modificar el efecto del recurso de apelación contra la cautelar dictada en

¹⁷ Casual: que sucede por casualidad. Casualidad: combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar. Ambos términos según el diccionario de la Real Academia Española, www.rae.es

primera instancia, decisión más que discutible conforme lo arriba indicado. Le dio paso al Poder Ejecutivo para nombrar un juez afín.

Un caso similar se ha dado en estos meses, el de otro juez, ex ministro del Poder Ejecutivo provincial, que ha sido trasladado por el Consejo de la Magistratura, de la justicia nacional a la justicia federal¹⁸, traslado que presenta similares vicios que los del caso que comentamos (falta de intervención del Poder Legislativo, diferente materia, diferente jurisdicción). Ambos jueces se encuentran cumpliendo funciones a pesar de las acciones incoadas para evitar el daño institucional.

Entonces, el Consejo de la Magistratura, el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, son actores que propician la transgresión de la Constitución Nacional. Es hora que los operadores jurídicos, pero también la ciudadanía en general, discutamos estos temas. Siempre y cuando, realmente tengamos intenciones de mejorar la institucionalidad en nuestro país, y no sea como hasta ahora, un discurso vacío.

Pero no son buenas las generalizaciones, nos consta que tanto en el Consejo, como en el Poder Judicial y en la sociedad, hay voces que se alzan contra estas arbitrariedades. Una de ellas es la del Dr. Recondo, a quien le tocó intervenir en los casos citados, y en ambos casos decidió en favor de la institucionalidad. Rescatamos un párrafo de su sentencia en el caso que nos ocupa, dentro del apartado en el que reflexiona también sobre estas cuestiones:

Piero Calamandrei, expresó con simpleza una de las grandes angustias que aquejan al ejercicio de la magistratura: el desapego que produce la soledad de la primera instancia ("Elogio de los jueces escrito por un abogado").

A los jueces que toman decisiones en asuntos delicados como éste, sin reparar en otras cuestiones que no sean la aplicación de los más elevados principios constitucionales, y la defensa de la institucionalidad, les decimos que no están solos. Hay miles de voces, expresadas a través de organizaciones de la sociedad civil, como la actora en autos; operadores jurídicos; o particulares, que van el mismo sentido.

Vaya entonces el pedido a los jueces, de todas las instancias, que no se queden solos, que acompañen con su leal saber y entender, los planteos que buscan mejorar el funcionamiento de nuestras instituciones.

¹⁸ Véase Resolución N° 129/17 del Consejo de la Magistratura Nacional.

Novedades de la Suprema Corte Bonaerense y de la Corte Suprema Nacional.

Por Francisco Orsini y Juan Francisco Díaz

a) Jurisprudencia

Carácter abstracto de la cuestión relativa a la culpabilidad e inocencia en el divorcio en virtud de las cláusulas del Código Civil y Comercial

La Suprema Corte de Justicia resolvió, por mayoría, declarar abstracta la cuestión relativa a la culpabilidad e inocencia en el divorcio. Ordenó que la causa vuelva a la instancia de origen a los efectos de que las partes adecuen sus pretensiones a la nueva normativa vigente.

SCBA, “M. L. V. contra C., F.O. Divorcio contradictorio”, C. 120.109, 22 de febrero de 2017.

Se debe escuchar al padre biológico en una causa por adopción plena

La Suprema Corte de Justicia resolvió, por mayoría, hacer lugar al recurso extraordinario deducido, disponiendo que los autos vuelvan a la instancia de origen a los fines de que se integre la litis con el padre biológico del menor, se proceda a analizar su pretensión y, posteriormente -en el menor plazo posible- se dicte el nuevo pronunciamiento respecto al menor, atendiendo fundamentalmente a su interés superior.

SCBA, “G., C. M. y otro. Adopción. Acciones vinculadas”, C. 119.871, 19 de abril de 2017.

Inaplicabilidad de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia contra la mujer

La Suprema Corte de Justicia resolvió hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal de Casación y dejó sin efecto el fallo que revocaba una decisión de la Sala Primera de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Bahía Blanca que había confirmado el auto que disponía no hacer lugar a la concesión de la suspensión de juicio a prueba en un caso de violencia de género. El Máximo Tribunal ordenó remitir -con carácter urgente- las actuaciones al Tribunal de Casación para que dicte nuevo pronunciamiento a fin de evitar la posibilidad de incumplir con las obligaciones impuestas al Estado Argentino por el derecho internacional.

SCBA, “Altuve, Carlos Arturo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 74.617 del Tribunal de Casación Penal, Sala V”, P. 128.468, 12 de abril de 2017.

b) Cuestiones administrativas e institucionales

Actos procesales que pueden ser presentados con sola firma de abogados

El Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, a través del Acuerdo 3842/17 firmado el 8 de marzo pasado, determinó qué actos procesales son considerados de mero trámite a los fines del artículo 56 inciso c) de la ley 5177, es decir, aquellos que en el nuevo Sistema de Presentaciones Electrónicas se presentan con la sola firma de los profesionales.

Nuevo reglamento para notificaciones electrónicas

A través del Acuerdo 3845/17 se estableció un nuevo reglamento de notificaciones elec-

trónicas. La medida es de sumo interés para los letrados bonaerenses dado que el nuevo sistema se encuentra en plena aplicación en los litigios ante el Poder Judicial provincial.

La Corte sostuvo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede revocar sentencias del Máximo Tribunal argentino

Así lo afirmó el Máximo Tribunal al desestimar una presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana dictado en la causa “Fontevecchia y otros c/ República Argentina”, se dejara sin efecto una sentencia firme de la Corte Suprema. La mayoría fue integrada en voto conjunto de Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz y el voto propio del juez Rosatti. En disidencia votó el juez Maqueda por la obligatoriedad plena para la corte nacional de las decisiones de la Interamericana.

CSJN, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico*”, 14 de febrero de 2017.

Validez de la cláusula constitucional que limita la función judicial a los 75 años

El Máximo Tribunal resolvió la causa “Schiffrin” donde se discutió la validez de una cláusula de la Constitución Nacional incorporada por la Convención Reformadora de 1994. La Corte, por mayoría integrada por Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, modificó su precedente “Fayt” y consideró que la Convención Constituyente de 1994 se encontraba facultada para establecer el límite constitucional de 75 años de edad para la función judicial. El juez Rosenkrantz, en disidencia, reparó en la necesidad de ajustarse a los precedentes. El nuevo criterio afecta a unos 70 jueces federales en funciones que se deberán, ahora, retirar u obtener una nueva designación.

CSJN, “*Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”, 28 de marzo de 2017.

El personal de la Policía de la provincia de Buenos Aires no tiene derecho a sindicalizarse

Así lo dispuso, por mayoría, el Máximo Tribunal al sostener que el personal de las fuerzas de la policía no tiene un derecho colectivo a sindicalizarse. Los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz votaron en ese sentido; Maqueda y Rosatti en disidencia. La Procuradora General Gils Carbó, había recomendado rechazar el recurso de queja “ante la ausencia de una ley expresa”.

CSJN, “*Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales*”, 11 de abril de 2017.

Aplicación del cómputo 2x1 a la prisión en casos de lesa humanidad

El Máximo Tribunal resolvió, por mayoría integrada por los ministros Highton, Rosenkrantz y Rosatti, declarar aplicable la ley 24.390 (conocida como 2x1), que estuvo vigente entre los años 1994 y 2001, hoy derogada, que reduce el cómputo de la prisión, porque se trata de la ley más benigna. En disidencia, votaron los jueces Lorenzetti y Maqueda, quienes señalan que esa reducción no es aplicable a los delitos de lesa humanidad.

CSJN, “*Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario*”, 3 de mayo de 2017.



SECCIÓN ESPECIAL HOMENAJE A ARTURO SAMPAY

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | ESPECIES DE ARROYO.

TÉCNICA MIXTA 40 X 60.

OBRAS A LA VENTA

MAMUSHKA.

La puerta, los cajones, el perchero..., una montaña de madera, nuevamente, ardiendo en el cuarto; ¿De quién son los ojos, del que mira o del que es mirado?

MAMUSHKA.-

BAIBIENE Ramón Mariano

Sampay - Homenaje a 40 años de su partida (1977-2017)

El pasado 17 de abril se desarrolló en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata este emotivo homenaje al gran jurista argentino Arturo Enrique Sampay. El evento, que contó con la presencia de destacados expositores y una nutrida concurrencia de público, fue organizado por la agrupación Docentes de Derecho en Acción, La comisión “hacia una nueva Constitución” y agrupaciones estudiantiles de la Facultad.



Arturo Enrique Sampay



Nació en Concordia, Entre Ríos, el 28 de julio de 1911. En 1930 se muda a la ciudad de La Plata para iniciar sus estudios universitarios en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, graduándose en 1932. Luego de obtener su título de abogado tiene la posibilidad de continuar con estudios de postgrado en Europa. En 1934 escribe su primer libro “Constitución de Entre Ríos ante la nueva ciencia constitucional”. Años más tarde iniciará su carrera docente como Profesor en la Facultad de Derecho de Universidad Nacional de La Plata. En 1948 es elegido convencional constituyente, teniendo una labor más que destacada en la reforma a la Constitución Nacional del año siguiente. Así, por su sólida formación intelectual y el ideario plasmado en su obra, Sampay fue el miembro informante del bloque mayoritario de convencionales. De esta forma, se convirtió en el pilar doctrinario de la reforma constitucional de 1949, una nueva Constitución que vino a reemplazar el trasfondo individualista liberal del texto de 1853 por una concepción social y humanista.

Entre sus obras más destacadas se pueden mencionar: “Espíritu de la Reforma Constitucional” (1949); “La crisis del Estado de derecho liberal-burgués” (1942); “Estudios de Derecho Público, Constitucional, de Gentes y Eclesiástico” (1951); “Introducción a la Teoría del Estado” (1951); “Carl Schmit y la crisis de la ciencia jurídica” (1965); “Constitución y Pueblo” (1973).

Sampay sufrió el exilio y la persecución. Sus libros, junto con los ejemplares de la Constitución de 1949, fueron quemados en inmensas fogatas por el gobierno de facto que sucedió a Perón. Regresa al país años más tarde, retomando la academia tanto en la Universidad de La Plata como en la de Buenos Aires. El golpe de estado de 1976 lo despojó de sus cargos docentes. Fallece en 1977 en la ciudad de La Plata.

A continuación transcribimos algunos fragmentos de su informe como convencional constituyente para la reforma constitucional de 1949 que reflejan su elevado pensamiento en clave nacional, popular, democrático y de justicia social.

“La realidad histórica enseña que el postulado de la no intervención del Estado en materia económica, incluyendo la prestación de trabajo, es contradictorio en sí mismo. Porque la no intervención significa dejar libres las manos a los distintos grupos en sus conflictos sociales y económicos, y por lo mismo, dejar que las soluciones queden libradas a las pujas entre el poder de esos grupos. En tales circunstancias, la no intervención implica la intervención en favor del más fuerte...” “...Ahora me ocuparé de la concepción del Estado que anima a la reforma de la parte dogmática de la Constitución, que sometemos a la consideración de la Asamblea Constituyente, y que en cierto modo significa la constitucionalización de una nueva realidad jurídica argentina. Pero antes de abordar los fundamentos de esa reforma y de analizarla en su conjunto, saldré, rápidamente, al encuentro de las razones esgrimidas para sostener que, si esa realidad existe, no se necesita la renovación constitucional, desde que su texto permitió la aparición de la actual realidad jurídica, social y económica de la República Argentina. Sin embargo, la verdad es muy otra, porque esa evolución se ha producido forzando el espíritu y, a veces, la letra de la Constitución vigente, por lo que su dogmática ya no rige la vida argentina, malogrando una de las funciones de la Constitución, a saber, la docencia que cumple sobre los gobernados su acatamiento e inviolabilidad”.¹

¹ Archivo histórico, <https://www.educ.ar/recursos/129184/informe-de-arturo-sampay-para-reforma-constitucional-1949>

Sobre la paz y la justicia social

Por Raúl Gustavo Ferreyra¹

Diálogo con ideas de Arturo E. Sampay²

Ciudadanos y ciudadanas:

Me siento profundamente honrado por la invitación.

Mi reconocimiento a los organizadores y a los asistentes a este evento que congrega a más de quinientas personas. Personalmente, conmueven las expectativas que se infieren a partir de semejante auditorio concertado para esta reunión académica.

El objetivo central de la exposición es ligar la cotización de la paz con los parámetros de la justicia social. Dialogar con ideas de Sampay y traer sus tesis sobre la materia en directo, todo en directo, confronte con la realidad cotidiana de la Argentina. En concreto, intento mostrar cómo, por un lado, la injusticia social creciente actualmente en la Argentina desafía la franca serenidad de su paz relativa comunitaria, y, por otro, esbozar las razones por las que la justicia social constituye un deber de un Estado constitucional que garantice la paz relativa de una comunidad de ciudadanos igualmente libres.

Cumpliré los fines antedichos, siempre en homenaje al tiempo concedido para disertar. Divido la exposición en seis secciones: I. Memoria, II. ¿Pretextos?, III. Textos sobre la paz, IV. Textos sobre la justicia social, V. Prospecto, y VI. Comentario final. Intento, pues, concretar la ilustración pretendida.

I. Memoria

I.1. Datos

Siempre que trazamos una reconstrucción biográfica concluimos en un estado de cosas insatisfactorio por su falta de completitud. En tal línea de pensamiento, conocemos pocos atributos de la persona, y los que serían capaces de sostener nuestras afirmaciones o son débiles o son frágiles, porque son suficientemente conocidos.

Por regla general, al aludir a una “biografía”, se espera que el disertante exponga sobre hechos que no son o no fuesen simplemente textos. Éstos son conocidos; los hechos constitutivos de la biografía, poco o nada. Ahora, doy por ciertos determinados hechos de los que me fío por entero. Así, sólo hago una sucinta relación de los episodios biográficos de Arturo Enrique Sampay.

Nació en la ciudad de Concordia, Provincia de Entre Ríos, el 28 de julio de 1911. Falleció aquí, en La Plata, el 14 de febrero de 1977. Durante su vida fue concejal en Concordia, Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires, miembro de la Asamblea Constituyente de 1949 y conjuer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se recibió muy tempra-

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho (UBA).

² Texto de la disertación oral realizada el 17/4/2017, en el Salón de los Espejos, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata en el “Homenaje a Arturo Enrique Sampay a 40 años de su partida. Hacia una nueva Constitución”. Deseo agradecer, en especial la invitación de Santiago E. Alí Brouchoud y de Guillermo R. Moreno. En prensa: Revista Derechos en Acción (ISSN 2525-1678), La Plata, otoño de 2017.

namemente de abogado y viajó a Europa. Durante esa estancia se familiarizó enormemente con las doctrinas jurídicas de su época. Estudió en Milán, Zúrich y París. Se desempeñó como profesor de Derecho Constitucional y Derecho Político aquí, en esta Facultad, y en la Facultad de Derecho de la UBA. También enseñó en Bolivia y Uruguay.

1.2. Obras

Por definición, los textos hablan claramente de la persona del escritor y su contexto. Con bastante habitualidad, el jurista elige como escenario para su reflexión su propia vida insertada en su propio mundo cotidiano. Un texto de doctrina jurídica en general, o de dogmática constitucional en particular, no debería constituir una ficción. Nótese que los juristas, por un lado, y dramaturgos, cuentistas y novelistas por el otro, tratan siempre de registrar casi todo en sus textos. Y, así, que el texto sea o funcione como una partitura plena de proposiciones jurídicas o drama teatral donde siempre todo queda registrado, excepto la realización. Empero, los textos de dogmática jurídica no tendrán, acaso, nada de ficción, porque su objeto preciso, el Derecho objetivo, puesto en la realidad nunca debería cobrar esa naturaleza, aunque, a veces, pareciera que se emparentan con tal filiación. De modo irremediable, entonces, por sus frutos se puede conocer al jurista y al mundo, cuya comprensión, ya sea en forma de descripción o de prescripción, colma, por regla genuina, espacios vigorosos y trascendentes de su existencia perecedera.

Hace falta una sesuda y actualizada “bio-bibliografía” de la obra de Sampay. La mayoría de las personas aquí presentes son estudiantes de grado; me gustaría que los estimule la propuesta. Simplemente, una idea para que algunos acepten la tarea. La reforma constitucional de 1949 ha pretendido ser eliminada, pulverizada de la historia. Quizá, por ello, semejante acción se haya intentado con la prolífica obra escrita de Sampay. Hay que rescatar y ponderar, con celeridad y claridad, cada uno de los eslabones de su producción científica, que abarcó 40 años de su existencia. Produjo todo tipo de escritos académicos y políticos: libros, artículos, notas, opúsculos y meros textos de opinión.

A continuación, sólo menciono doce obras, probablemente, las más representativas (pese a que esta calificación siempre es o dudosa o equivocada); varias de ellas observan alguna residencia peculiar en estas escrituras:

- *La Constitución de Entre Ríos* (1936).
- *La filosofía del Iluminismo y la Constitución argentina de 1853* (1944).
- *Introducción a la Teoría del Estado* (1951).
- *El Derecho de resistencia* (1938).
- *Las ideas políticas de Juan Manuel de Rosas* (1970).
- *Las constituciones de la Argentina entre 1810 y 1972* (1975).
- *La declaración de institucionalidad en el derecho uruguayo* (1958).
- *Informe. Miembro informante Convención Nacional Constituyente* (1949).
- *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués* (1942).
- *La filosofía del artículo 19 de la Constitución Nacional* (1966).
- *La doctrina tomista de la función social de la propiedad en la Constitución de Irlanda de 1937* (1940).
- *Constitución y pueblo* (1974).

I.3. Influencias en el pensamiento de Sampay

Las listas de este tipo son abiertas y presuponen siempre un final similar. Sólo tienen por objeto textos de personas que han incidido en la formación del escritor. Sampay fue un erudito, es decir, una “persona que conoce con amplitud los documentos relativos a una ciencia o arte” (según define el DRAE). Leía y comprendía varias lenguas latinas y no latinas.

Para evidenciar las influencias más destacadas en la formación de su aparato teórico, tomaré dos obras de las mencionadas, que se eligen para determinar cierta filiación mayor en la obra del autor elogiado.

Su obra *La crisis del Estado de Derecho liberal burgués* tiene cerca de 400 páginas. Allí se demuestra una notable influencia de Santo Tomás de Aquino. El libro contiene, además, más de 400 autores citados en notas a pie de página, cuerpo principal o bibliografía.

Su obra *Introducción a la Teoría del Estado* tiene más de 400 páginas. Aquí la influencia de Aristóteles se hace sentir de modo distinguido. También, cerca de 400 autores citados en notas a pie de página, cuerpo principal o bibliografía.

II. ¿Pretextos?

Los juristas, en sus ensayos teóricos, intentan describir un problema concreto y definir su solución mediante una tesis determinada o respuesta específica. Pondré en escena dentro de las próximas secciones (III y IV, respectivamente) dos ideas de Sampay. Luego, ilustraré por mi propia cuenta dentro del propio territorio de las secciones III y IV. Si correspondiese, dicha alocución contendrá: “ideas fecundas e irresueltas”, cuando son expresadas por el disertante que suscribe este mismo texto. ¿Por qué? Hay presupuestos que en esta disertación no serán considerados por falta de tiempo y espacio, pero inciden en todo cuanto se opina en las secciones siguientes.

La Argentina padece, actualmente, una crisis relevante en las bases de su institucionalidad. Las ciudadanías durante muchos años han discutido si es mejor el gobierno de los hombres o el gobierno de la constitución. En esa diada, elijo exclusiva y excluyentemente la gobernanza de la Ley fundamental. Sin embargo, como se aprecia más adelante, aunque la normatividad constitucional sin reservas constituye un paso destacado para la ordenación de la coexistencia ciudadana comunitaria, no es suficiente. Porque esas mismas reglas constitucionales favorecen la sustanciación de modernos despotismos degenerados que impiden, lógicamente, la tutela de los intereses de todos.

Las constituciones tienen cuatro partes: simples enunciados; derechos, bienes y deberes fundamentales; organización y control del poder, y, finalmente, prescripciones sobre la variación constitucional. La Argentina, para su sistema político constitucional, adopta el “monopresidencialismo”, un anticuado carro inventado en el siglo XVIII y que tiene una sola rueda. Si funciona, arrasará con energía suprema contra cualquier autoridad o ciudadanía erguida que se le enfrente. En caso de no funcionar, su crisis se transmite a la comunidad: parálisis, bloqueo y desgobierno.³

³ V. FERREYRA, Raúl Gustavo: “Presidencia o monarquía”, en *Revista Comunidad y desarrollo en la batalla cultural*, agosto de 2016, p. 8 (ISSN 1668-3579).

El monopresidencialismo es un sistema de gobierno maldito que deposita el poder público en un oficial público, denominado, a la sazón presidente de la República. Por ello, cuando asume y durante la perduración de su representación instituyente, no es una mera hipótesis quimérica que el oficial público se desquicie y pulverice el fragmento constitucional referido a los derechos, bienes y deberes fundamentales. Se cae a pedazos la idea de “alternancia democrática”, porque este “príncipe absolutista” juzga que puede borrar de un plumazo las conquistas jurídicas captadas por la constitución. Se le da todo el poder por medio de este último instrumento y se produce la corrosión del sistema de gobierno. El oficial público y su elenco de gobierno se siente arropado para dejar en suspenso o derogar transitoriamente, hasta nuevo aviso, el fragmento —insisto— destinado a determinar la línea de acción gubernativa: derechos, bienes y deberes fundamentales. Éstos ya dejarán de ser tales, porque son considerados, en el mejor de los casos, como bonitas postales.

Sin adelantarme, en 1949, Sampay pensó que la estructura del poder ejecutivo (monopresidencial), con “algunos ajustes requeridos por nuestro tiempo”, tal como había sido concebida por el poder constituyente en 1853, era lo “suficientemente vigorosa y ágil como para seguir cumpliendo la función que al Estado atribuyen las reformas de la parte dogmática”⁴. Desde 1951 hasta 2015, el pueblo argentino ha concurrido a elegir a un “oficial público” para el cargo de “monopresidente” en trece oportunidades; en dos de ellas con proscripción del partido político mayoritario. Más de la mitad de los oficiales públicos elegidos no pudieron cumplir su representación, porque golpes civiles o golpes civiles-militares-eclesiásticos lo impidieron fatal y criminalmente. El actual período del oficial público a cargo de la institución presidencial fenece en 2019; nadie en su sano juicio puede derivar de estas escrituras ninguna intención, directa o indirecta, para derrocar su gobierno. Debe culminar, por de pronto, su institución como presidente de la Argentina, en tiempo y forma, en diciembre de 2019.

Se hace necesario estudiar nuevas bases de certidumbre para la reforma de la institucionalidad de la Argentina. La paz y la dicha del pueblo son los estadios más trascendentes. Hacia allí se dirige la comprensión en los próximos apartados, a tal punto que en el apartado V propiciaré una regla de *constitutione ferenda*. A raíz de ello, no disertaré sobre el sistema de gobierno en cuestión. Sin embargo, quiero dejar algo en claro: hasta el día de hoy, fatalmente, no hay norma jurídica que pueda impedir o aliviar los desmanes que produzca sobre la tranquilidad y beatitud ciudadana un mal gobierno de un oficial público en un esquema de poder monopresidencialista.

III. Textos sobre la paz

III.1. Salvaguarda y dicha de los ciudadanos en la obra de Sampay

El supremo bien público —dijo Sampay— reside en lograr que los ciudadanos vivan virtuosamente. Empero, sin paz interior, con carencia de los bienes necesarios para sus

⁴ SAMPAY, Arturo E.: “Discurso del miembro informante de la mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución”, en *Las Constituciones de la Argentina, 1810-1972*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 489.

tentarse y puestos a merced de la explotación de “enemigos exteriores”, el ciudadano no puede vivir libremente con miras a ser virtuoso, es decir, a “planificar su naturaleza de ser racional”.⁵

También en el texto citado, Sampay sostuvo que el Estado, para satisfacer esos bienes públicos, actúa a través del orden jurídico que sanciona. Concluyó este argumento con cita de Cicerón: las leyes se inventaron para salvar a los ciudadanos y a los Estados y con vistas a alcanzar la tranquilidad y la felicidad de los hombres⁶.

Leamos más a Sampay. En el trabajo citado también expresó que deben ser objeto de precisión los bienes públicos que persigue el Estado, es decir, los fines naturales de su razón de ser. Así —redondeando— expuso que, en primer lugar, el Estado tiende a que los hombres, una vez congregados, vivan en paz; en segundo término, procura que esos hombres, unidos por el vínculo de la paz, obren bien, esto es, vivan según la virtud. Por todo ello, el Estado se debe ocupar de que la comunidad esté abastecida de las “cosas imprescindibles” para “vivir bien”⁷.

Para nuestro autor elogiado, el orden de realización de los bienes públicos, el fin superior de las leyes reside en la salvación de la comunidad, que se cumple “al asegurarle su paz interior”, pues la anarquía disuelve las sociedades, y al preservarla de los enemigos exteriores, ya que éstos buscan el aniquilamiento del propio ser de la comunidad⁸.

Todo este aparato de doctrina fue llevado hasta sus últimas instancias conjeturales. De acuerdo con Sampay, atento a que el legislador debe ante todo poner en su obra la intención de “salvaguardar” la “comunidad”, los que ejercen los supremos poderes del Estado están obligados a interpretar las leyes con ese sentido primordial. En el caso concreto en que una ley no resulte conducente a ese supremo bien público, los gobernantes están dispensados de cumplirla, si para la “salvación” del Estado no queda otra solución.⁹ Hasta aquí, sus ideas. En otros sitios también expuso sobre la materia.¹⁰ Sencillamente, por las razones presentadas en la sección I, se escogen las ideas de un sitio preferente que no inhibe ni descarta las cualidades de otros trabajos.

⁵ SAMPAY, Arturo E.: “Actos políticos no justiciables”, en *La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo*, Montevideo, Medina, 1958, p. 83.

⁶ *Ibíd.*, p. 83. La cita de Cicerón: *Las Leyes*, Libro II, 11.

⁷ *Ibíd.*, p. 82.

⁸ *Ibíd.*, p. 83.

⁹ *Ibíd.* y loc. cit.

¹⁰ Sampay también se explayó sobre el “ideal de la paz” en “El Derecho Internacional de la Paz en la Constitución de Irlanda”, en *Revista de Derecho, Administración y Jurisprudencia*, Montevideo, septiembre de 1939, pp. 257 y ss. Seguramente quedó impresionado por el art. 29 de la Constitución Irlandesa de 1937, que en su apartado 1 dispuso: “Irlanda proclama su identificación con el ideal de paz y cooperación amistosa entre las naciones, fundando en la justicia y la moral internacionales”.

III.2. *La tranquilidad comunitaria en la Argentina actual*

Desde hace unos años, la Argentina sufre una agresión que se concreta de diferentes modos, quizá en sus manifestaciones más evidentes: pago indebido a los “fondos buitres”; deuda externa contraída sin control ni límites; suma del poder público para la explotación sojera y minera; represión a sus ciudadanos (en especial, a la protesta social); aumento de tarifas de los servicios públicos; precarización del empleo de maestros y médicos, y otros trabajadores de la educación y de la salud; caída del empleo; freno a la obra pública; industria nacional a merced del Poder Ejecutivo Nacional; manejo antojadizo y extorsivo de los recursos del erario federal.

El Estado constitucional, la mayor invención del hombre para la congregación de las coexistencias y la expectativa de una paz serena, se encuentra jaqueada. Colocada en entredicho, al menos la robustez de la paz social. El oficial público dispone políticas irracionales. Cualquier ciudadano en el auditorio podría preguntarse con legitimidad: “¿por qué?”.

La Argentina se encuentra encadenada a los “poderes salvajes”¹¹ supra-estatales, económicos y financieros, que originan que dos de cada tres argentinos sean desposeídos; ya sea pobre o población vulnerable a punto de serlo. Esa agresión provoca un severo proceso de desconstitucionalización del sistema político de la Argentina, que ya padece una inmunodeficiencia genética irrecuperable e irreversible: el monpresidencialismo. La dirección suprema de la ordenación estatal no reside en los ciudadanos que integran el pueblo, quienes, por lo general, poseen ideas diversas y no coincidentes. Hay una letra constituyente que instituye el mono presidencialismo, un modelo centrado en unidad de régimen y por eso ariete canalla del pluralismo y la concertación democráticas.

La conducción política que asumió la conducción del Estado argentino el 10 de diciembre de 2015 hace que la soberanía política se encuentre en discusión. Los poderes hegemónicos extranjeros fuerzan a nuestros ciudadanos a un “esclavismo social” que se define en gran escala, según la comprensión del Raúl Zaffaroni¹². La expansión, el agrandamiento del espacio de “dominación colonial” del capitalismo trans o multinacional, coloca en cuenta regresiva la paz interna. Porque se trata de una agresión franca: la condena al subdesarrollo a nuestros ciudadanos bien intencionados.

La idea del Estado, la idea de la comunidad política por excelencia o su mayor expresión, encuentra explicación y justificación en la “idea de una totalidad” (el propio Estado) que mantiene unidas las individualidades ciudadanas (las partes), que de otro modo estarían en perpetuo conflicto entre ellas.¹³ La unidad del todo es fertilizada y asegurada por la constitución. Quien tiene el poder de hacer las leyes es el pueblo soberano por intermedio de sus representantes o en forma directa por las vías que constitucionalmente

¹¹ FERRAJOLI, Luigi: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

¹² V. ZAFFARONI E. Raúl: “Constitución y procesos de transformación”, en el texto de su disertación para este mismo encuentro académico, gentilmente cedido por su autor.

¹³ BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*, Barcelona, Planeta, 1985, pp. 167-171.

se contemplen y decidan. Así, la soberanía política ciudadana queda emplazada como presupuesto de la paz relativa interna de la comunidad.

La formación de la soberanía y su desarrollo alienta la configuración de un Estado constitucional independiente, es decir, una coexistencia ciudadana pacífica en la que se rechaza cualquier modelo de sujeción o imposición colonial. Si los ciudadanos argentinos se encuentran forzados a trabajar para el “capitalismo salvaje sin fronteras”, este dominio debilita las posibilidades de un Estado que constituya la verdadera ordenación de individuos libres. Cuanto menos Estado constitucional, menos soberanía ciudadana y mayor comunidad colonizada.

En definitiva, se produce un acoso a la paz comunitaria, en un recorrido significativamente regresivo. Zaffaroni alude —y tiene razón— a que la “programación constitucional del Estado” ha sido tan defectuosa que nos dejó en situación de “extrema vulnerabilidad frente a los embates del colonialismo”¹⁴.

Ninguna constitución edificará un dique absoluto a estos embates. Pero disponemos de un texto que autoriza esta ausencia de equilibrio. Una constitución es un “instrumento de paz duradero”, aunque, si guarda silencio de sepulcro o favorece la expoliación de las generaciones de ciudadanos, es un instrumento defectuoso que merece ser estudiado y reformado.

IV. Textos sobre justicia social

Sampay mantuvo un diálogo muy cercano con la teoría de la justicia esbozada por Aristóteles. Además, en 1931, cuando tenía tan solo 20 años, se promulgó la *Carta Encíclica Quadragesimo Anno*. En ese texto, por primera vez, se introduce en el vocabulario papal la idea de “justicia social”. La norma sobre la justicia social es referida en seis ocasiones en la escritura papal (ver apartados 58, 71, 74, 88, 101 y 110). Pienso, pues, que la unión de la teoría de Aristóteles y la Encíclica conformaron las proposiciones capitales de Sampay. Además, en 1937 se promulgó la Constitución de la República de Irlanda, que, en buena medida, recogió hallazgos bendecidos por la *Encíclica*. Sampay publicó en 1940 un trabajo sobre la función social de la propiedad en la Constitución irlandesa de 1937.

La Constitución argentina de 1949 alude en dos ocasiones a la noción de justicia social. En primer lugar, en el recordado propósito anclado en el Preámbulo: “Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina (...) para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino; ratificando la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana...”. En segundo lugar, en el benemérito artículo 40: “La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social”.

Sampay también hace referencia a ella en su recordado “Discurso” como miembro informante del Despacho de la Comisión Revisora de la Convención Nacional Constituyente de 1949:

Por justicia social, señor presidente, debe entenderse la justicia que ordena las relaciones

¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl: ob. cit.

recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyen a su realización.¹⁵

Un cuarto de siglo después, el 13 de setiembre de 1974, nuevamente Sampay define y realiza su concepción sobre justicia social, en la causa “Bercaitz”, al intervenir en el cargo de conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se trata de la primera ocasión en la que el Más Alto Tribunal de la República Argentina menciona a la justicia social en uno de sus fallos judiciales.

IV.1. Sobre la lengua de la desposesión

En 1852 Juan Bautista Alberdi, arquitecto de constitucionalidad de la República Argentina, dogmatizó: “La constitución debe ser hecha para poblar el suelo solitario del país de nuevos habitantes y para alterar y modificar la población actual”¹⁶. Al relacionar la superficie de la Argentina con sus habitantes, por entonces menos de 1.000.000 de personas abrumadoramente analfabetas, se preguntó qué nombre merecía un país así conformado: “un desierto”. Por consiguiente, ¿qué nombre habría de darse a la Constitución de ese país?: “La constitución de un desierto”¹⁷. Dentro del cerco de su escritura siempre mantuvo un diálogo interno: “¿Cuál es la mejor constitución que conviene al desierto?": la que sirve para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible y se constituya una República en un “país poblado”¹⁸. La tesis de su escritura política puede resumirse en su frase: “gobernar es poblar”.

No ingreso aquí en la semántica ni en la morfología de la citada tesis de Alberdi. Sí, en cambio, me aprovecho en parte de su pura y endurecida sintaxis. Adopto como consigna “gobernar es igualar”. Tarea emprendida desde una comprensión teórica con vocación constituyente. A la pregunta “¿cuál es la mejor constitución?”, respondo: la que se oriente de modo decidido, decisivo e imparcial a terminar con la desigualdad social y convertir a la República en un país de ciudadanos igualmente incluidos.

Las dimensiones de la igualdad, con diverso significado y grado de reconocimiento, pretenden cobijar una determinada fundamentación del Estado, al equiparar por convención aspectos de las relaciones entre los hombres. La igualdad ante el Derecho significa una de sus fortificaciones. Un nuevo logro: la igualdad de oportunidades. Ambas son insuficientes porque no detienen la marcha regresiva del bienestar. Porque no hay justicia social, el tercer género, el más elevado y solidario.

¹⁵ SAMPAY, Arturo E.: “Discurso del miembro informante de la mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución, ob. cit., p. 500.

¹⁶ ALBERDI, Juan Bautista: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en América del Sud y del Tratado Litoral de 4 de enero de 1831, 2ª ed., corregida, aumentada de muchos parágrafos y de un proyecto de Constitución concebido según las bases propuestas por el autor*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía., 1852, p. 195.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 196.

¹⁸ *Ibíd.*

La desigualdad creciente en la Argentina, donde casi el 60 por ciento de su población es pobre o vulnerable, exhibe la existencia de dos mundos: una ciudadanía política y una ciudadanía social. Los desposeídos, pobres y vulnerables, no disfrutan y no podrían disfrutar, con el actual estado de cosas constitucional, de una ciudadanía plena de justicia social. Quizá la política. Nunca se extinguirá por costumbre natural la desigualdad entre los hombres, cuyas fuentes principales y más odiosas, repugnantes y abominables, son la pertenencia a una etnia, el sexo, la edad o la clase social.

Las constituciones poseen, en general, pretensiones sobre las que fundar una cierta idea de eternidad; la de la Argentina en el siglo XIX, una república “esencialmente comercial y pastora”. A lo largo de la historia, salvo excepciones, se ha maximizado la concentración de la riqueza (tanto la yacente como la creada) y se ha descuidado, con dolo o negligencia, el crecimiento de la pobreza y la vulnerabilidad poblacional. Actualmente, en 2017, la población de la Argentina supera los 43.000.000 de habitantes; la singularidad de la situación que aquí se denuncia —pobreza y vulnerabilidad— aflige a más de la mitad de ellos. Si bien semejante desgarró no será curado sólo con normas, ellas constituyen un cuerpo de prescripciones sobre la negación o la afirmación de la justicia social. Es necesario determinar nuevos criterios sobre la igualdad en el propio cuerpo normativo del sistema de la Constitución. Las enunciaciones sobre el proceso de la igualdad actualmente en vigor han fracasado, en especial, por su insuficiencia. Normativamente, en materia de justicia social, el problema lo constituye más la ausencia de reglas, es decir, la “laguna”, antes que la segura y correspondiente ineficacia de las vigentes. Se debe elaborar un *Prospectus* —tal como presento en el próximo apartado— sobre política constitucional que, llegado el momento constituyente, podría legitimar y favorecer la extirpación del mal: la erradicación de la pobreza. Que contemple la misión fundamental del Estado con la justicia social.

Nunca será posible destruir por completo a la desigualdad social; se la puede disminuir continuamente. Un progreso con justicia social se presenta como misión fundamental del Estado. La reducción del dualismo en los grados de la ciudadanía se la propicia con múltiples energías. Una puede provenir de un consenso básico, en nuevo auditorio regido por la Constitución en su proceso de variación. Mientras no se produzca un reparto más igual de los bienes que se deben a la naturaleza o a la industria, la lengua de las escrituras laicas¹⁹ serán mejor comprendidas por aquellos que conozcan los beneficios de una ciudadanía completa y conozcan todas sus luces. Y no habrá razón colectiva suficiente para el progreso del individuo humano y su derecho al desarrollo pleno de su personalidad en comunidad abierta.

Pensar que la justicia social deberá ser la misión fundamental del Estado significa trans-

¹⁹ Según la acuñación propuesta por VALADÉS, Diego: “¿Qué hacer con la Constitución?”, en *Reforma*, México, 2 de febrero de 2016, disponible en www.reforma.com/aplicacioneslibre/editoriales/editorial.aspx?id=81220&md5=05567a7fe830663d1a4b14d63064c495&ta=0dfd-bac11765226904c16cb9ad1b2efe&lcmd5=2ebc84d163eeaf4cb937892081ba9526 (consultado el 4/2/2016).

formar la realidad. Oponerse al estado de cosas real incluye una nueva orientación y una nueva “vocación del pensamiento”²⁰, plena de realismo y naturaleza auténtica, que se desarrolle en renovado auditorio ciudadano, cuya ligazón con el pasado sea el respeto estricto al proceso de variación de la Constitución federal de la República Argentina. Tal actividad puede ser alimentada con normas de la más alta jerarquía, en la inteligencia de que la norma constitucional gobierna, con justeza o sin ella, un proceso público sobre el bienestar de los individuos en la comunidad.

Propiciar un modelo que sostenga una mayor intervención del Estado en el reparto y disfrute de los bienes yacientes y que serán creados en una economía, con la misión de la justicia social, no significa un ideal perfeccionista. El Estado debe asegurar que cada individuo pueda, libremente, desarrollar su plan de vida escogido sin interferencias de ninguna clase, porque allí, con precisión, se legitima el Estado, en su juridicidad más estricta. La desigualdad social creciente se constituye en un escollo que impide el propio plan que se eligiese, desde que puede llegar a comprometer la paz relativa.

La infeliz laguna del Derecho constitucional sobre igualdad fundamental y la semejante ineffectividad constitucional de las reglas sobre igualdad de oportunidades también afecta al principio de igualdad, porque la divergencia o la ausencia de normas observan su asiento en la inevitable existencia entre ser y deber ser del Derecho constitucional. El vacío debe ser completado con nuevas reglas de Derecho constitucional construidas en el ágora ciudadana, gracias al proceso de creación normativa fijado en el artículo 30 de la Constitución federal de la República.

En plena luz del día, la justicia social es una bendición laica. Por su acción se puede procurar reducir la mortificación, daño que produce la exclusión social como la pobreza o situación vulnerable semejante. Igualar fundamentalmente a nuestra ciudadanía constituiría una misión inigualable para su propio bienestar general y el de las generaciones futuras, anunciadas y protegidas desde el Preámbulo de la Constitución federal de la Argentina.

V. PROSPECTUS²¹

Las escrituras del Derecho constitucional, severamente codificadas, disponen cómo ha de gobernarse una comunidad. Instaurar en una constitución, con un solo trazo, la idealidad sobre determinados fines comunitarios constituye un acto de gobierno constituyente. Quiero decir, sin alardes, que un estado de cosas se comprende en la escritura constituyente de la constitución y otro estado de cosas se revela en el acto de gobernar cotidiano de las autoridades constituidas.

Julio Maier ha planteado que una futura reforma constitucional debería ser “... más la coronación de un progreso en la vida social, asegurándolo hacia el futuro, que un incen-

²⁰ BADIOU, Alain: *Nuestro mal viene de más lejos*, Buenos Aires, Capital intelectual, 2017, p. 19.

²¹ En 1793, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat (Condorcet), junto a Emmanuel Sieyès y Jules Duhamel, publicaron el *Journal d'instruction sociale par les citoyens*. Condorcet tituló de este modo (*Prospectus*) a las palabras introductorias (Paris, Edhis, 1981, disponible en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97249>, consultado el 7/9/2016).

tivo, orden o condición para que cualquier gobierno asuma este programa”²². Coincido con su opinión. Es menester estudiar la reforma constitucional.

Así, toda reforma de la constitución contiene sólo dos tipos de reglas: de adaptación y de fomento. Ambas son igualmente prescriptivas. Desde tal perspectiva, se propicia la regla que sigue significativamente; en su interior, conviven la paz y la justicia social. No hay dudas de que se hace necesaria una intervención del Estado que detenga, racionalmente, la vertiginosa injusticia social, dado que este fenómeno tiene aptitud para socavar la tranquilidad pública, la propia salvaguarda coexistencial de la comunidad.

Pido la comprensión del auditorio ciudadano: no es posible redactar una regla sobre la paz y la igualdad fundamental, como hago más abajo, y pretender su ubicación en la cabecera de un futuro texto constitucional de ciudadanos elegidos por el pueblo, sin referirme, en particular, al nuevo montaje jurídico de un nuevo modelo sobre el sistema de gobierno de la República, que abandone al absolutismo presidencial, entre otras materias. Asumo el riesgo, e intento redondear, en una futura regla, las ideas expuestas sobre paz y justicia social.

V.1. Regla de apertura

La soberanía reside en el pueblo, fuente de toda la autoridad del Estado, cuya orientación consiste en mantener y desarrollar la paz relativa de la comunidad. Todos sus habitantes son iguales en libertad y ante el Derecho.

La Argentina es un Estado democrático, laico y federal, basado en la protección de la dignidad humana y su misión primordial es realizar la igualdad fundamental entre todas las personas.

La República instituida por esta Constitución como forma de gobierno se orienta por el pluralismo, la participación, la publicidad y la racionalidad.

V.2. Soberanía política

A la vez, juzgo que sería interesante discutir una regla que pertenezca al Derecho constituyente del Estado y de ámbito semejante al artículo 45 de la Constitución de Irlanda de 1937:

Los principios de política social que se especifican en el citado artículo deberán servir de guía en general para el Parlamento, y su aplicación en la elaboración de las leyes irá exclusivamente a cargo del órgano congresual, sin que pueda ser revisada por ningún tribunal establecido al amparo de algún precepto de esta Constitución.

VI. Comentario final

Así llegamos al final de este viaje. Hay una frase latina que dice *Rem tene, verba sequuntur* (Si dominas el tema, las palabras vendrán). Agradezco la paciencia, el interés y, sobre todo, que hayan disimulado el hecho de que intenté dominar el asunto y que las palabras broten o abunden.

²² MAIER, Julio B.: “Constitución y transformación institucional y social”, preparada para este mismo encuentro y gentilmente cedida por su autor.

Sampay nació en 1911. Un siglo después que Juan Bautista Alberdi. Ambos fueron los arquitectos de los mayores programas sobre la constitucionalidad de la Argentina. Alberdi, con su pluma, en el siglo XIX. Sampay, con su máquina de escribir, en el siglo XX. Guardo la febril esperanza de que ya hayan nacido, aquí, en La Plata, el grupo de juristas que estudiarán la futurible reforma del sistema constitucional federal de la República. Un cambio profundo en la Ley fundamental que la oriente, definitivamente y sin pausas, a la paz social y que tenga como misión ineludible, ineludible e impostergable la conjugación y el desarrollo de la igualdad fundamental entre todos los seres humanos que decidan habitar el suelo de la Argentina y elijan vivir su vida bajo su sol y con sus gentes. El Derecho constituyente que emana de un sistema debe aspirar a constituir la lengua que sostiene y desarrolla la unidad de una comunidad determinada. Esa lengua, la lengua del Derecho constitucional, configura el texto fundamental para la existencia en paz de los ciudadanos y servidores públicos. Ambos para lograr que rijan o que tengan eficacia los enunciados de la lengua constituyente del Estado deben comprenderse en la escena del dominio lingüístico y deben producir una asociación recurrente, intensa y prolongada, en la aceptación y desarrollo de las determinaciones prescriptivas sobre la conducta humana. Así, en el marco de una escritura sin despotismos, la realidad comunitaria se debe encontrar abierta al discurso que contiene las palabras constituyentes; la gobernanza de dicha realidad, por lo tanto, queda remitida al consenso, mayor o menor, sobre el marco de referencia que ha de referirse o preferirse a la mutuality de las determinaciones sobre la conducta humana.

Consecuentemente, ejercer dominio sobre la producción y variación de las palabras del poder público, aunque no define por completo el dominio de la realidad, significativamente se comporta como un agente de creación y cambio. De manera coherente, pues, la existencia de los ciudadanos en la formación precisa de la lengua constituyente del Estado, debería configurar el propio dominio de realidad.

Esa lengua de la unidad, el Derecho constitucional que fundamenta al Estado, debería ser cambiada todas las veces que fuese necesario, si, acaso, sus indicaciones deónticas carecen de fortaleza para dar tranquilidad a los ciudadanos y que puedan vivir bien.

Muchas gracias.

Constitución y transformación institucional y social

Por Julio Maier

Es normal que la teoría constitucional ligue la reforma constitucional a la transformación social, económica y política de la organización social que preside la Constitución de un país, incluidas allí sus relaciones externas. No sólo es normal ese vínculo sino que, antes bien, se trata de una consecuencia lógica de la reforma constitucional que, para transformar ciertos aspectos de la vida de un país, de una nación, necesita cambiar sus instituciones, sus postulados básicos.

Sin embargo, advierto que, en la América luso hispánica, ello, pese a la fuerza deductiva de la afirmación, no se acerca o no se ha acercado siempre a la verdad. Existen en nuestra América ejemplos múltiples —diría: más ejemplos que contraejemplos— de países en los cuales la vigencia de su principal instrumento jurídico, su Constitución, dura menos que sus códigos principales. Estos últimos deducidos de los postulados de aquella, pero aún más estables, a pesar de la forma rígida que poseen las constituciones americanas, en general, para su reforma o renovación.

En ese sentido, nuestro país es una extraña excepción, pues todavía conserva su Constitución originaria (1853/1860), que sólo ha sido reformada en escasas oportunidades. La última de ellas en 1994 (con mayor extensión que sus predecesoras si se deja de lado la reforma de 1949) de corta vigencia temporal, aún cuando representó la sanción de una nueva Ley fundamental según su contenido. Esta reforma total es otra excepción, pues dejando de lado un juicio de valor sobre ella, fue derogada por un decreto presidencial de un gobierno surgido de un golpe de Estado—intervención militar— que citó una nueva convención constituyente, con exclusión de un partido político. Esta convención (con una única excepción normativa) repuso el texto de 1853/60.

Existen también en nuestro continente, además, algunos ejemplos de variaciones constitucionales de efectos negativos, en el sentido de que no lograron aquel propósito transformador que impuso esas reformas o esas nuevas asambleas constituyentes. Basta observar a Brasil como ejemplo de un proceso constitucional con propósitos e ideas claramente transformadoras, democráticas, que condujeron a una constitución que llamaría “ómnibus”, de excesivo contenido normativo, que pretendió regular mucho más que aquello que regularmente corresponde a una carta magna.

Sin embargo, esta constitución condujo a la vida política inspirada en ella y formalmente obediente a un golpe de Estado no violento pero real, sin fundamento en la fuerza de las armas, que suplantó un gobierno de mayorías no sólo por uno de minorías (esto es, opuesto a la idea democrática de su Constitución) sino que, incluso, sirvió para transformar regresivamente la vida económica, social, política y de relación con sus pares. Casi nada parece salvarse (en la idea del gobierno instituido bajo las formas de la constitución renovada pero concebido como golpe de Estado) de los derechos ciudadanos ganados durante algo más que la última década. La tarea de aproximación al ideal de la igualdad, la fraternidad y la libertad no sólo fue interrumpida, sino que retrocede día a día.

Y, si se quiere, compárese la historia constitucional de Bolivia, con casi tantas constituciones como años de vida independiente —exceso verbal que me adjudico—, país que sólo necesitó de un salto gubernamental para arribar a un proyecto de igualdad y liberación inédito, hoy, precisamente Bolivia, está puesta en tela de juicio por razones constitucionales y por el cambio de las relaciones políticas con algunos de sus países vecinos. Con esta introducción quiero fundar, en términos de realidad, mi idea de que, nacido en un sistema de constitución rígida prevista para variar sólo bajo condiciones excepcionales y partidario de esa concepción de la Ley fundamental por motivos culturales e históricos relativos a mi propia vida, no confío en los cambios constitucionales como expresión de una transformación social y política.

Antes bien, intuyo que esas transformaciones requieren un gobierno innovador en las relaciones sociales, que tenga como norte una aproximación real al ideal de la *igualdad* de los habitantes bajo su imperio. Requiere terminar con la exclusión de algunos incluyéndolos en el goce de los derechos básicos que ampara el texto de la Ley fundamental. Requiere introducir nuevos derechos fundados en la igualdad de todos los seres humanos, al menos hasta cierto nivel que asegure la dignidad propia de la especie, (presupuesto básico para alcanzar la *vida fraterna* —esto es, dominada por la solidaridad entre los seres humanos y la ausencia del combate mezquino entre ellos— y la *libertad individual* de elegir su propio camino en su paso por este mundo —que requiere equiparación de posibilidades entre los seres humanos para alcanzar los fines deseados. Sólo así, verdadera meritocracia, sin dependencia del poder económico de cada uno y, por tanto, sin exclusiva referencia a ese poder)

Tal programa no es sencillo de realizar ni siquiera parcialmente, pero creo que no depende (salvo para su declamación) de normas jurídicas que lo impongan, sino de políticas públicas exitosas, que incidan en la realidad social. Dicho esto, estimo que una modificación constitucional debe ser más la coronación de un progreso en la vida social, asegurándolo hacia el futuro, que un incentivo, orden o condición para que cualquier gobierno asuma este programa.

No obstante, debo reconocer que, pese a lo expresado antes, mi concepción del mundo jurídico encerró siempre un valor para sus reglas que (de alguna manera) implicaba cierto efecto configurativo de la realidad, del mundo social real. Las normas jurídicas, al igual que las sociales, no eran el único factor que operaba de esa manera; no monopolizaban la configuración ni la transformación del mundo social; pero compartían ese significado con otros múltiples factores, en especial con la política y con la economía, al punto de que resulta correcto afirmar que el Derecho es (en cierta manera) política formalizada o traducida en fórmulas idiomáticas.

En la materia jurídica que he profesado, el Derecho penal, siempre he sostenido el valor de la política criminal expresado en normas de prohibición, de mandato o permisivas. Al menos ésa es la aspiración justificada de toda reglamentación jurídica- obtenga o no obtenga su propósito en el mundo real.

II Llegados a este punto, mi espíritu crítico se reduce a disentir con aquellos que, sin mayor fundamento, estiman que una reforma constitucional, una nueva asamblea cons-

tituyente, cualquiera que sea su ámbito de funcionamiento —total o parcial—, modificará incuestionablemente el mundo de las relaciones sociales entre los seres humanos (por supuesto, en el sentido previsto en la nueva regla constitucional o con el fin que ella propuso al ser sancionada). Esto sí no es verdad y no es verificable en todos los casos. Pero los juristas, con cierta razón, pretendemos que el debate, en algún punto, se formalice (esto es, se exprese en normas): en este caso, en la concesión de derechos para aquellos que caen dentro del ámbito de vigencia de la norma, o en garantías ciudadanas y limitaciones de la conducta de aquél a quien se le otorga el ejercicio legítimo de la violencia, generalmente el Estado y el monopolio de la fuerza pública, o en reglas que organicen o sirvan para administrar ciertas funciones estatales, o distribuyan las cargas sociales o el producto de la labor de quienes trabajan en el país que constituye el ámbito de vigencia de la Ley fundamental, o señalen las políticas públicas inherentes a todo gobierno de un Estado (en este caso de una nación) de políticas públicas que un buen gobierno, respetuoso de su Constitución, debe contribuir a realizar. Precisamente, la inclinación de los juristas y también de los políticos hacia la reforma constitucional está ligada a esta última afirmación y sólo cabe prevenir que ello no constituye el todo de una transformación, sino tan sólo una parte de ella.

Los últimos acontecimientos políticos me han demostrado lo sencillo que resulta para un gobierno llevar a cabo algo que ni siquiera sospechaba, que, a mi juicio, era imposible para una minoría parlamentaria y que, a fuerza de ser sincero, no esperaba ni imaginaba. El movimiento es más sencillo que “dar vuelta una media”, título con el cual he nombrado a este cambio radical de sentido de la vida social y política. Nunca supuse que lo hecho por un gobierno, en todo caso extendido a varios períodos constitucionales, bueno o malo —no me interesa hoy calificarlo—, podía ser destruido en cuestión de días, cuando mucho de meses.

No quiero abundar en ejemplos, pero la ley de comunicación audiovisual, preparada por un debate universal que costó tanto tiempo y tantos esfuerzos de innumerables personas y asociaciones para ser sancionada, quedó prácticamente derogada por un decreto de presentación en sociedad del nuevo gobierno de nuestro país (2015).

De la misma manera quedaron sin efecto condiciones de idoneidad requeridas por leyes anteriores a la asunción del nuevo gobierno para cargos públicos, por la razón evidente de que el candidato para ocupar el cargo no poseía el certificado de idoneidad requerido por la ley —con fundamento ahora verificado como correcto a estar a los resultados logrados—, cargos públicos cuyo titular, *ex profeso*, para garantizar independencia del gobierno de turno (Poder Ejecutivo Nacional) duraba cierto tiempo que no coincidía con la renovación gubernamental, y que eran “vacíos” para lograr precisamente lo contrario.

Hasta la titular de un cargo *ad vitam* según la ley, posición institucional más que tradicional entre nosotros, es atacada de varias maneras y por variadas presiones con la misma finalidad. ¡Y no sigo para ahorrar espacio y tinta!

Tan sólo expreso que el proceso no parece ser, de manera alguna, monopolio de las relaciones políticas de nuestro país. Piénsese en el horror que significó el *default* y en

el trabajo de más de diez años del llamado *desendeudamiento* como política de Estado abonada por su pueblo y en el regreso más que violento del endeudamiento externo en idéntico nivel, que vaya a saber uno a dónde nos conducirá. No había asistido nunca, ni siquiera intelectualmente, a un proceso como el descripto y (como dije) ni lo intuía de la mano de un gobierno democrático, esto es, arribado al poder por el voto popular, pero sin mayoría parlamentaria, menos aún calificada, como aquella que se requiere, según la Constitución vigente para algunas decisiones parlamentarias. Estaba acostumbrado a cambios de gobierno de signos distintos, alternancias incluso debidas a sucesiones irregulares, de un gobierno monocrático y dictatorial a otro democrático o, al menos, semi-democrático, y nunca había sucedido lo que hoy experimento.

Esta verdadera confusión me ha conducido, en primer lugar, a observar lo frágiles que son los dispositivos constitucionales (el caso Brasil lo demuestra mejor), a merced de la interpretación del gobierno de turno, y, más aún, la fragilidad de los dispositivos y el valor de las leyes parlamentarias, cualquiera que haya sido la antigüedad de su sanción y su consistencia política, revelada por la coincidencia de opiniones de legisladores de varios partidos políticos y por la mayoría de sufragios que posibilitaron la decisión.

III Precisamente, por esta gran desilusión mía, coincido hoy con aquellos que desean o estiman necesaria el estudio de una reforma constitucional. Empero, de conformidad con mi propio carácter, no soy tan optimista sobre el resultado final, como parecen serlo ellos. Coincido también con ciertos amigos que han escrito o debatido sobre el particular — me refiero sobre todo a mi amigo Gustavo Raúl Ferreyra, Profesor titular de la materia en la Facultad de Derecho de la U.B.A. — en que el núcleo de la cuestión jurídica a desarrollar en una reforma constitucional se refiere a la *igualdad* de los seres humanos, como ya puede intuirse del texto previo. Pero (sin ser un experto en la materia, sino, antes bien, un neófito y expresándome sólo desde el atalaya de un simple ciudadano) quiero únicamente señalar un aspecto que me preocupa — a modo de colaboración con la idea de un cambio constitucional —, surgido de la experiencia actual — referida no tan sólo a este último gobierno, aunque comprende esta época institucional y alguna más. Su origen tiene quizá un problema ético insoportable, como ya quedó asentado en un caso y en mi último libro, no dedicado básicamente a la exposición jurídica.

Un par de casos reales informan de modo práctico sobre el tema que pretendo comenzar a discutir, aunque el juicio que él merece y su solución, seguramente, sean bastante más complicados de aquello que puedo explicar intelectualmente.

El primer ejemplo (sin duda más polémico que el próximo) tiene como actor al mismísimo vicepresidente de la Nación y su recordado voto parlamentario “no positivo”, expresión que parece revelar sus propias dudas éticas sobre lo que hacía. El PEN había decidido enviar al Congreso de la Nación un proyecto de ley que fijaba un impuesto a ciertas exportaciones conforme a su valor y (luego de una votación parlamentaria pareja en la Cámara que constitucionalmente preside el vicepresidente de la Nación, el Senado) le tocó a él decidir, en favor o en contra de la decisión del Poder Ejecutivo que él integraba, decisión con la cual ponía fin al debate sobre el proyecto.

Él votó —de modo poco usual pero comprensible— en contra del proyecto del PEN que él integraba. ¿Correcto o incorrecto? El caso es discutible tanto desde el punto de vista político como desde el atalaya ético. Desde este último punto de vista ya me expedí por la condena de esa conducta: el vicepresidente había sido votado y electo para integrar el PEN —en el caso real resulta claro que él no hubiera sido electo personalmente para esa función, si no integraba la fórmula con el candidato a presidente por la alianza que lo propuso— y, a mi juicio, debió renunciar si estaba radicalmente —no me refiero al partido político del que él proviene— en desacuerdo con el proyecto, al menos en la instancia a la cual se llegó.

El segundo ejemplo es totalmente actual. Un antiguo funcionario de primer nivel del gobierno anterior (integrante de la lista de diputados que esa agrupación política postuló para diputado nacional en los últimos comicios y elegido para esa función por proporción de votos de la alianza electoral que lo proponía) se aparta tempranamente de su “bloque” —esto es, reniega de seguir las decisiones mayoritarias de la reunión de los diputados elegidos por esa fracción político-electoral—, con otros colegas minoritarios en el bloque, y comienzan a votar en la Cámara de Diputados autónomamente, en contra de las decisiones partidarias y a favor de los proyectos sostenidos por la agrupación política opuesta y contraria en los comicios.

El problema es más grave aún dado el resultado de los comicios: pese a que una alianza electoral gana por escasa diferencia el gobierno del PEN —en la forma con que nuestra institucionalidad actual decide la ocupación de la administración central del país; en el caso de que nadie alcance la mayoría prevista de votos válidos en una primera vuelta electoral—, ella representa una de las minorías (tampoco la más importante en número) en la Cámara de Diputados, razón por la cual necesita aliados “extra” para poder sancionar los proyectos de su gobierno.

Podrían seguir los ejemplos prácticos dada la forma de representación popular que la Cámara de Senadores adopta hoy para su integración, pero creo que estos dos ejemplos bastan y que un nuevo ejemplo introduce también cuestiones diferentes acerca del sistema representativo que señalaré en los párrafos finales de esta opinión.

El problema y su solución tocan al fundamento y al significado del *sistema representativo*, uno de los pilares de nuestra forma de gobierno, y, sólo tangencialmente, al *federalismo*.

IV Comprendemos por sistema representativo, básicamente, el hecho negativo de que “el pueblo no delibera ni gobierna —regularmente— sino por medio de sus representantes”, esto es, por intermedio de los ciudadanos elegidos para ocupar las distintas funciones gubernativas de nuestras instituciones constitucionales, conforme a su competencia descripta en la misma Constitución. En particular, el Congreso de la Nación, en el gobierno federal, y dentro de él, la Cámara de Diputados, son los organismos básicos de la representación popular en el ámbito de las decisiones parlamentarias, por ello abstractas en la mayoría de los casos, sintéticamente mencionadas bajo la palabra “ley”, aun cuando no todas sus decisiones constituyan una norma jurídica, en sentido material. Precisamente por esa razón, los diputados son elegidos por el voto de los ciudadanos,

en proporción al número de sufragios emitidos a favor del partido político o alianza de partidos políticos que los proponen para los comicios respectivos.

El problema que pretendo incluir se define por una pregunta: ¿las bancas de diputados, representantes del pueblo de la República, pertenecen al partido político o a la alianza electoral que propone su integración por listas de personas para ser elegidas? o, por lo contrario, ¿esas bancas le pertenecen individualmente a cada uno de los diputados electos según la proporción de bancas que el conjunto obtenga? Yo no dudo en la solución, pero admito que puedo estar equivocado y sugiero el debate. A mi juicio, esas bancas pertenecen a la agrupación política que postula en los comicios no sólo candidatos sino, también, posiciones políticas, y ellas no ingresan al acervo político individual de las personas que integran la lista y que, conforme a la proporción del sistema de la ley, ocupan, en principio, las bancas en juego. Al menos yo, como ciudadano, no conozco a los integrantes de la lista sino por excepción, ni el sistema electoral me permite tachar a algunos y sustituirlos por otros o variar el orden de la postulación partidaria. Nuestro sistema democrático es, al menos en una enorme medida, democracia de partidos políticos, instituciones que se ubican en la base de la organización social conforme a ese sistema. Siempre es posible que alguno de los diputados “electos” no coincida con las decisiones de sus compañeros de fórmula, pero, en ese caso, si la decisión del “bloque” le es intolerable desde algún punto de vista —ético, político, etc.— no le queda otro remedio que renunciar a su banca si el “bloque” no decide, a su vez, liberarlo de su deber o permitir el voto contrario al decidido por la mayoría, dado lo cuestionable de la decisión o los intereses o credo personales que ella enfrenta.

V Finalmente, estimo que, aunque no desarrolle del todo el punto, la solución que postulo no es idéntica para el Senado de la Nación. Él, a mi juicio, no representa al “pueblo de la República”, esto es, a sus ciudadanos, sino que es consecuencia de la organización federal de nuestra nación y, por ende, representa a las provincias argentinas. En su seno exponen su poder cada una de esos estados federados, razón por la cual no cumulo con las reformas modernas que lo integran y lo conciben como una segunda cámara legislativa, similar a la de diputados aunque con diferente integración, precisamente dado su origen. Yo preferiría que el Senado de la Nación representara claramente a los parlamentos provinciales y, en ese caso, los senadores deberían obedecer o consultar las decisiones de los gobiernos provinciales acerca de la cuestión debatida parlamentariamente. La integración y el funcionamiento de esa representación, cuyo número de representantes debería resolver la Constitución nacional, es cuestión de las constituciones provinciales. Conforme a ello, en el Senado nacional no deberían existir “bloques”, en el sentido de núcleos formales de representación por partido político, y no debería ser cuestionable que un senador consulte las necesidades de su provincia para decidir el contenido de su voto parlamentario o siga las instrucciones de su parlamento provincial según las reglas constitucionales propias del Estado federado. Mal que me pese, porque hoy existen esos bloques con nombres y apellidos partidarios y porque los senadores son electos, conceptualmente, del mismo modo que los diputados —aunque con distintos parámetros electorales y temporales—, yo no puedo condenar, desde el punto de vista

abstracto, a aquellos senadores que mentan públicamente su pertenencia a un partido político y opinan o votan parlamentariamente en consonancia con los proyectos de su opuesto, por una evidente conveniencia política provincial; no me gusta la actitud, dada la realidad institucional, y menos aún cuando ella no es transparente, pero estimo que, desde un punto de vista conceptual, ella no debe ser tratada conforme al sistema de representación popular.

Vale la pena también aclarar, en este “resumen resumido” —valga el horrible pleonasmo—, que de *lege ferenda* tampoco soy partidario de que la Cámara de Senadores deba opinar en cada ley, como si fuera otra Cámara de Diputados, para obtener su sanción. Yo estimo que su competencia legislativa debería ser distinta a la de la Cámara de Diputados, cuya única sanción bastaría para poner en vigencia una ley por regla general; y que la Cámara de Senadores, la representación de las provincias, debería tener una competencia restringida o limitada, de excepción, por su mismo concepto que importa el representar el principio federativo de estados. Ella debería ser competente legislativamente para la validez de leyes específicas —especificadas en la Constitución nacional detalladamente— que signifiquen problemas básicos de la organización nacional conforme al sistema republicano y federal o toquen intereses provinciales autónomos. Ejemplos: la fijación y distribución federal de impuestos que cobra el Estado nacional y las regalías de aquello que produce el territorio provincial.

No he querido exagerar el valor de este debate para una reforma constitucional y, precisamente por ello, sólo he señalado su comienzo, como uno de los puntos interesantes para meditar. De allí a la solución del interrogante resta mucho camino por andar.

- Publicado o a publicar en la revista “Horizontes del Sur” (revista digital).

Constitución y procesos de transformación

Por **Eugenio Raúl Zaffaroni**

1. Los procesos de transformación progresiva de las sociedades son avances del derecho al desarrollo humano consagrado internacionalmente (artículo 26° de la Convención Americana). En concreto, consisten en ampliaciones de la ciudadanía real, cuyo ideales una coexistencia en la que cada uno de los habitantes disponga del espacio necesario para realizar su propio proyecto existencial, o sea, para llegar a ser lo que elija ser.

Esto implica la ampliación del espacio social, entendido como dimensión política (libertad) y económica (acceso real a su ejercicio), lo que no importa la pretensión de que haya menos *ricos* –como superficialmente se entiende a veces–, porque la disminución de *ricos* no se traduce necesariamente en una correlativa disminución de pobres y menos aún, en una ampliación del espacio social: una pobreza generalizada reduce los espacios sociales de todos, al igual que una dictadura. Libertad y pan no es una opción, sino una conjunción.

El desarrollo humano requiere hoy revertir la concentración de riqueza que pretende crecer al infinito y que hace que algunos acaparen lo que no podrían gastar en cientos y hasta miles de vidas, para lo cual perjudican a los que carecen de lo elemental para sobrevivir y, además, destruyen aceleradamente las condiciones de vida humana planetaria. Lejos de cualquier dogmatismo político e ilusión de sociedad sin clases, de lo que se trata –en el plano de lo más inmediato y posible– es de encaminar a la sociedad hacia un mínimo elemental de equidad en la distribución de la riqueza, que suele llamarse *justicia social*.

Este camino puede ensayarse en el plano político-económico cuando la sociedad conscientemente lo reclama, como sucede en nuestros países, cuya cultura política se halla suficientemente desarrollada, con clara idea de los derechos de nuestros Pueblos. Sin embargo, al hacerlo, es ineludible que choque con las resistencias de los privilegiados en procura de una mayor concentración de riqueza. Por ello, el camino del desarrollo humano no es lineal ni pacífico, sino conflictivo.

2. Dejando de lado confusiones terminológicas, lo cierto es que la verdadera antítesis del desarrollo humano es el colonialismo. No hay justicia social sin independencia económica y soberanía política, puesto que los integrantes de una sociedad colonizada están forzados a trabajar para otros, en lugar de hacerlo para ellos mismos. Puede decirse que esta situación es una suerte de *esclavismo social en gran escala o colectivo*.

El colonialismo consiste en el condicionamiento del subdesarrollo de una sociedad por un poder hegemónico extraño a ella. En Latinoamérica, desde hace doscientos años este objetivo por lo general se obtiene sin asumir la forma originaria de ocupación policial del territorio por parte de una potencia colonialista, sino mediante la complicidad de sectores internos proconsulares que les ahorran ese trabajo, puesto que sus intereses selectivos los hacen aliados de sus programas de subdesarrollo humano.

En nuestro país otrora fue la oligarquía (el *régimen falaz y descreído* de que hablaba Yrigoyen, desmontado por Perón), luego nuestras propias Fuerzas Armadas conve-

nientemente alienadas (la dictadura genocida) y, finalmente, los *pragmáticos* gerentes y personeros de las corporaciones transnacionales.

En el actual momento de poder planetario, en que el capital financiero domina a la política (incluso en los países sede), su principal objetivo es la destrucción de las estructuras estatales o bien su debilitamiento. Cuanto menos Estado, más subdesarrollo, desorden y caos, y menos soberanía, independencia, resistencia para la explotación del trabajo de la sociedad colonizada y para la entrega de sus recursos naturales.

Achicar el Estado es agrandar la Nación, fue el lema perverso del régimen genocida y de los continuadores de su política económica, cuando la verdad es que *achicar el Estado es agrandar el espacio de dominación colonial del capital financiero con sus poderosas corporaciones transnacionales*.

3. El debilitamiento de los Estados, impulsado por el actual colonialismo avanzado, es contra el que chocan todas las tentativas de apertura hacia el desarrollo humano. Por ende, el derecho al desarrollo progresivo deberá abrirse paso hoy en un mundo hostil, en que el colonialismo financiero le opondrá toda la fuerza de su poderosísima maquinaria transnacional.

Con ese objetivo actúa despiadadamente: compra voluntades, se vale de traidores, sicarios y mercenarios no sólo físicos, crea realidades mediáticas falsas con sus monopolios de comunicación, destruye el prestigio y la honra de quienes se les oponen o molestan, crea personajes insólitos, confunde a las poblaciones, aterra a las clases medias, neutraliza a los más nobles movimientos igualitarios, estafa con las publicidades más absurdas, se infiltra en todas las burocracias, vigila con sus servicios secretos, pervierte el lenguaje jurídico, corrompe cuantos estamentos le sean problemáticos, siembra odio y potencia y fomenta conflictos entre los propios excluidos, arrasa con todos los límites éticos y legales y, cuando todo eso le sea insuficiente, acudirá a la violencia y al crimen.

El gran peligro de la etapa regresiva que vive la región es, justamente, que el colonialismo invente reacciones violentas o que las genere con sus continuas provocaciones. Las nuevas generaciones no conocen la represión y eso es un peligro y una enorme responsabilidad de los más adultos. Las provocaciones del colonialismo sólo buscan generar reacciones agresivas que justifiquen o legitimen discursivamente una nueva ola de represión indiscriminada, o sea, un retroceso al terrorismo de Estado más o menos disfrazado y ejecutado mediante policías descontroladas.

Más que nunca en esta hora se debe evitar responder con violencia a las provocaciones y extremar los medios de lucha pacíficos, lo que, por cierto, no garantiza igual respuesta por parte del colonialismo, pero no puede cedérsele ni el más insignificante pretexto que le permita desencadenar la represión que necesita para controlar la resistencia al actual proceso de acelerada concentración de riqueza y paralelo empobrecimiento de nuestros Pueblos.

4. Cuando en nuestros días se emprende el camino del desarrollo humano, resulta extremadamente ingenuo –por no decir suicida– no tomar en cuenta el marco de poder planetario actual y su enorme potencialidad destructiva. Más aún lo sería perder de vista que la regresión financiera tiene como principal objetivo la destrucción o el debilitamiento de los Estados.

La tarea de transformación social hacia el desarrollo humano es de naturaleza política y económica, necesariamente impulsada por la cultura. Pero un desarrollo humano consciente debe saber que se trata de una lucha sin límite, en que cada posición que se arranca al colonialismo y se sustrae al subdesarrollo, debe consolidarse y protegerse. En la guerra, ningún ejército que avanza deja desprotegidas las posiciones que va consiguiendo; en la política, nadie puede obtener logros que no apuntale, en previsión de futuras regresiones.

Seguramente, en esta metáfora pensó Perón en 1949, cuando sin ser jurista, creyó necesaria una nueva Constitución. Era consciente de que estaba construyendo un nuevo Estado, configurador de una sociedad menos desigual.

Yrigoyen había pensado que le bastaba con dar vida a un Estado con la Constitución y el modelo programado en 1853-1860, pero que yacía muerto en el papel. Para retroceder, el colonialismo tuvo que romper la vigencia constitucional, llevar a un militar fascista al poder, fusilar, encarcelar, exiliar, proscribir al partido mayoritario y, sobre todo, reducir nuevamente la Constitución a un papel entintado mediante el fraude electoral.

Por cierto que la etapa de Perón también fue arrasada, como capítulo de un período en que sugestivamente coincidieron el suicidio de Getúlio Vargas, la invasión a Guatemala, el giro *alemanista* en México y del MNR en Bolivia, entre otros signos de avance colonial. También en la Argentina se lo hizo a costa de crímenes que ensuciaron para siempre la memoria de sus protagonistas: proscripción del partido mayoritario, bombardeo de la Plaza de Mayo, ametrallamiento de población, fusilamientos sin proceso, el famoso decreto 4161, la destrucción del sindicalismo, etc.

La Constitución de 1949 se derogó por decreto dictatorial para facilitar la entrada en el Fondo Monetario y para archivar los derechos sociales, dejando como cuña de extraña madera un artículo 14bis, introducido por una constituyente inconstitucional abortada. Los derechos económicos y sociales volvieron a nuestra Constitución legalmente después de cuatro décadas, por la singular vía del derecho internacional de los Derechos Humanos, que algunos pretenden subestimar como *derecho prestado*.

5. Desde mediados del siglo pasado hasta hoy el colonialismo ha cambiado: la etapa de neocolonialismo se terminó con las dictaduras de seguridad nacional y se pasó al colonialismo avanzado de nuestros días. Esto obedece a que los Estados han dejado de tener el papel decisivo del viejo imperialismo, para pasar a ser instrumentos del capital financiero: la advertencia de Eisenhower en su discurso de despedida se convirtió en realidad. El colonialismo actual no responde a intereses estratégicos de ningún Estado extranjero, sino a los de la reproducción indefinida de renta de las corporaciones transnacionales.

De allí que este colonialismo avanzado recurra a medios diferentes, como son la explotación sin miramientos de los defectos institucionales de los Estados que debilita, como ser un Poder Judicial con pésima programación institucional, la creación de realidad única con los medios de comunicación monopolizados (que también son corporaciones) y de la práctica de la corrupción sistémica, convenientemente encubierta por la publicidad mediática.

6. Es así como un Poder Ejecutivo surgido de una mayoría muy estrecha y con un mandato de cuatro años, tiene el manejo discrecional de distribución de la coparticipación federal y, de este modo, extorsiona a los gobernadores exigiéndoles que presionen a sus legisladores para votar sus proyectos de ley en un Congreso en el que no tiene mayoría. Del mismo modo obtiene la nominación a la cúpula judicial y los acuerdos para los jueces que elija de las ternas, al tiempo que se apresta a desbaratar la independencia del Ministerio Público y eliminar a la Procuradora. Pero lo más grave quizá sea que contrae una deuda externa que será pagada con el esfuerzo de todo el Pueblo durante muchos más años que los de su limitado mandato.

Esta es la realidad de la Constitución vigente: la letra proclama la República, pero en la realidad, sólo alguien alienado puede pretender que nuestra Constitución es republicana: se acabó el sistema de pesos y contrapesos, el Ejecutivo es más poderoso que cualquier monarca, pues las monarquías actuales son constitucionales. Quien pretenda que nuestra Constitución es democrática más allá del papel entintado, o bien es un hipócrita, un alienado o no ha reflexionado mínimamente: la creación de realidad mediática o el discurso único, nunca en la historia fueron propios de ninguna democracia, sino de los totalitarismos y de los autoritarismos. El monopolio siempre es considerado un enemigo de la libertad del mercado, salvo en lo que a medios de comunicación respecta, en que para el absurdo discurso colonialista el monopolio garantiza la libertad.

7. Es más que obvio que nuestro modelo de Estado no es el que requiere la lucha por el derecho humano al desarrollo progresivo, sino que, por el contrario, al permitir el debilitamiento de nuestro Estado, es altamente funcional al subdesarrollo.

Nuestra sociedad aspira culturalmente al desarrollo, pero nuestro Estado, que en los hechos dejó de ser republicano y democrático, es directamente suicida. La programación del Estado ha sido tan defectuosa que nos dejó en situación de extrema vulnerabilidad frente a los embates del colonialismo.

No pecamos de soberbia jurídica, porque no creemos que una Constitución sea una valla absoluta contra los embates del colonialismo. Por cierto que éste puede barrer una Constitución, como sucedió con la de 1949. La valla la debe constituir un Estado fuerte en su soberanía e independencia, como condiciones de elemental justicia social, lo que garantiza el apoyo popular en consonancia con una cultura que rechace la injusticia intolerable. La Constitución sólo es el proyecto, pero, en principio sin proyecto no se puede construir nada, y menos un Estado.

Es verdad que una fuerza criminal y despiadada puede destruir cualquier cosa, pero cuantas más vallas existan menos fácil le resultará. Los costos históricos de 1930 y de 1955 ahora no se han pagado, porque la penetración fue por la vía de los defectos del proyecto mismo.

8. Es realmente absurdo que tengamos una Constitución que permite estos desequilibrios de poderes. Una Constitución (término que proviene etimológicamente de lo *estatuario*, *pétreo*), es el estatuto de organización del Estado, cuya esencial función republicana (de *res publica*, la *cosa pública*) es la distribución del poder para que nadie lo

hegemonice. En nuestro caso, esta función falla, es decir, que la Constitución falla en lo esencial y no sólo en lo periférico.

Pero además de estos defectos, nuestra Constitución poco o nada prescribe acerca de temas que son en la actualidad corrientes en el derecho constitucional comparado. Silencio o inferencias es lo que hallamos en ella respecto de Fuerzas Armadas, que bien pueden ser usadas en función policial sin que obste ninguna norma constitucional para ello. Un servicio tan vital como la policía ni siquiera es mencionada, cuando no se concibe ninguna sociedad sin policía. Los servicios secretos están cobrando un poder en el mundo que es realmente preocupante, puesto que están acabando con la privacidad; nuestra Constitución nada prevé acerca de ellos y de su control. La coparticipación federal es un tema que no se resuelve desde 1853 y, conforme al texto vigente, queda sin resolverse. En cuanto al pluralismo mediático el silencio es absoluto, y un planteo de propiedad fue esgrimido para jugar con la constitucionalidad de la ley que proyectaba garantizarlo y demoró su vigencia cinco años; finalmente, fue prácticamente derogada por decreto, sin que hubiese obstáculo institucional alguno para eso.

Siguiendo con los huecos más estructurales, no se observa una prohibición tajante de los monopolios de cualquier naturaleza. Tenemos un sistema impositivo basado en el consumo, que sabemos que es el más injusto de todos. Nada se dispone sobre la decisión respecto de la contratación de deuda externa, que puede disponerlo el Ejecutivo a gusto y sin límites. Es por completo insuficiente la normativa constitucional en materia de protección de recursos naturales, biodiversidad y, para colmo, medio ambiente, protección de fauna y flora, etc. La industria nacional está a merced de lo que decida el Ejecutivo, que puede abrir o cerrar la importación de cualquier producto, es decir, hacer crecer o quebrar fuentes de trabajo a gusto o conforme a la conveniencia de tal o cual transnacional a cuyo interés se preste el ministro de turno.

9. Nuestro Poder Judicial está en manos de una cúpula de cinco personas, que son la última instancia de todos los procesos que se juzgan en el país y, además, los custodios judiciales de la vigencia de la Constitución. Nuestro control de constitucionalidad difuso es uno de los más endebles del mundo, puesto que, además de demorar lo que cada tribunal quiera, llega en última instancia a una decisión cupular que sólo tiene valor en el caso concreto, pero la ley inconstitucional queda vigente y el Ejecutivo la sigue haciendo valer. Más que un control de constitucionalidad, parece un mecanismo para obstaculizar la vigencia de las leyes sancionadas por la representación popular, que sin ser declaradas inconstitucionales, pueden no tener vigencia, como sucedió con la ley de medios audiovisuales.

Nuestra Corte ni siquiera cuenta con el *stare decisis* que obliga a los tribunales de otras competencias a atenerse a su criterio: cada juez o tribunal sigue decidiendo lo que guste, sin reparar en el criterio de la Corte Suprema.

Tenemos códigos únicos de fondo, pero tantas posibles interpretaciones jurisprudenciales como superiores tribunales de provincias hay, con un único recurso casatorio ante la Corte, que ésta maneja a su antojo y tampoco obliga a otros tribunales.

Tanto en materia de constitucionalidad de leyes como en el de criterios interpretativos de códigos de fondo, la previsibilidad de las decisiones judiciales en nuestro país es un mito, o sea, que la inseguridad jurídica es la regla, sin contar con que la concentración de poder en cinco personas es de por sí republicanamente poco compatible.

10. Ha llegado el momento de pensar en un nuevo modelo de Estado. No se trata sólo de una Constitución, del puro estatuto del modelo, que de poco valdría de no ser parte de una decisión política con implicancia económica y acorde a nuestra cultura, que se fue generando como producto de muy dolorosas experiencias anteriores. Sobre esa base de experiencia histórica debemos meditar cuidadosamente un Estado preparado para el desarrollo humano, como idea fuerza con la que retomar, precisamente, el camino hacia el desarrollo humano, hoy claramente desviado de su curso en beneficio del colonialismo.

No puede tratarse de una idea fuerza hegemonizada por ninguna corriente política, sino que debe ser discutida y abrazada por todos los partidos y movimientos que quieren marchar por el mismo camino de desarrollo. Como siempre sucede, algunos querrán ir más rápido y otros más lentamente, pero lo importante es andar en la misma dirección, fijar nuevas reglas de juego para discutir y disputar luego por la velocidad y optimización del avance. Los que quedan del lado del desarrollo deben tener reglas claras para disputar entre ellos, pero, al mismo tiempo, para que no se infiltren los que se juegan por el colonialismo. Proyectar un Estado capaz de resistir al colonialismo, es una tarea esencialmente política y nadie debe pensar que sale de la retorta de juristas encerrados en gabinetes. Los temas deben ser políticamente discutidos. Los juristas deberán envasar correctamente las decisiones políticas, pero la discusión debe ser entre todos los habitantes. A la técnica jurídica le incumbirá la tarea –importante por cierto– de darle un buen envase, como al vino de buena calidad, porque mal envasado se vuelve vinagre, quien lo envasa no es responsable del contenido, que debe ser discutido por toda la sociedad.

Un Estado es fuerte cuando es soberano e independiente, y en modo alguno cuando es autoritario. Por el contrario: un Estado fuerte en soberanía debe garantizar la fuente de ésta, es decir, la decisión del Pueblo y, por ende, los espacios de libertad para su expresión y la eventual alternancia en el gobierno. Pero una sana alternancia democrática y republicana, es decir, un proceso que garantice el pluralismo y el libre juego entre quienes disputan acerca de tácticas de optimización del camino al desarrollo humano, no puede confundirse nunca con una regresión colonialista. Entre desarrollo y colonialismo no hay alternancia, sino sólo avance y regresión.

Justamente, de lo que se trata es de un Estado capaz de resistir los embates regresivos contra el desarrollo humano y, cuando se nos coloniza valiéndose de nuestros defectos institucionales, es preciso hacernos cargo de éstos con urgencia y discutir el modelo de Estado apto para la contención del subdesarrollo colonialista. De nada valdrá un futuro triunfo político momentáneo, que de dejarse abiertas las brechas institucionales para una nueva regresión, no sería más que un festejo pasajero.



OPINIÓN

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

**PORTADA: VIVIANA KERT | SOBREVIVIENTE MEDIOAMBIENTAL.
TÉCNICA MIXTA 40 X 60.**

OBRAS A LA VENTA

Tronaremos carcajadas
porque sí,
porque nos gusta,
hasta que se estrujen las tripas
y arda la garganta;
hasta olvidar/nos
la risa y el mantel.

Tronaran carcajadas
porque sí,
porque nos gusta,
hasta que tiemble
el olvido
y se encienda
uno más.

BAIBIENE Ramón Mariano

La batalla de las ideas

La disputa por la verdad. Los hechos y su interpretación.

La producción de sentido común. La “posverdad”

Por Guillermo Justo Chaves (1)

La democracia es la dinámica del desacuerdo, nos dice Jacques Rancière. Por lo que en estas democracias del siglo XXI -incluida la nuestra- el conflicto político, la disputa y el disenso se hallan siempre presentes. Desde una mirada propia de los indignados, pero con fuerte impronta épica, me gustaría reflexionar sobre el combate de las ideas, la disputa por la verdad, la producción de “sentido común” y la ya célebre “posverdad”. También sobre los actores: la opinión pública, los medios, las redes sociales y el Estado. La batalla de las ideas políticas hoy asume carácter global. En realidad siempre fue así. Pero en nuestra Argentina se encontraba muchas veces disfrazada o enmascarada con los sellos de nuestros partidos políticos o nuestra idiosincrasia. También es cierto que hasta la caída del muro de Berlín en 1989 y el derrumbe total del socialismo real, un par de años después, existían dos visiones del mundo contrapuestas y las posturas se podían tomar en forma clara a favor de una u otra visión o, más aún todavía, asumir la célebre “tercera posición” del justicialismo.

Lo concreto es que a partir de los noventa, al no existir más opción o exterioridad al capitalismo la discusión, el debate o el combate pasó a ser intracapitalista. Dos cosmovisiones político-económicas ya dominaban la disputa dentro del capitalismo desde la crisis de 1929. Según ellas, determinadas políticas provocan determinadas consecuencias. Parece una discusión teórica, pero actualizada con los elementos y datos del siglo XXI sigue vigente. Y como escuché decir a algún profesor destacado alguna vez: “No hay nada más práctico que una buena teoría”.

Entonces, ¿qué visión del mundo se impone? La visión heterodoxa que todos más o menos conocemos considera que la demanda agregada como factor determinante de la actividad económica posee un componente central que es el nivel del salario de los trabajadores. Con más razón si estamos hablando de peronismo o proyectos populares. Que prioriza las personas de carne y hueso sobre los fríos y abstractos números. Cree en la misión del Estado y en las políticas activas concentradas en roles necesarios y estratégicos. Tanto en el objetivo del desarrollo económico, como en el de garantizar condiciones de bienestar para los ciudadanos. Esta postura se acompaña con la idea de que el gasto debe usarse para dirigir los ciclos económicos y el déficit se reduce estructuralmente con crecimiento. El endeudamiento externo puede ser útil pero en términos de inversión, si lo es para otros fines caemos en la dependencia y la pérdida de la autodeterminación.

Contra eso la ortodoxia neoliberal en su versión siglo XXI, plantea la visión ofertista y que el Estado debe ser lo más pequeño posible. Cae en el simplismo de la comparación con la economía familiar. Otro mito con el que se intenta engañar al ciudadano común que se rige por el razonamiento de su economía doméstica. Para gastar primero hay que tener. El polaco Kalecki y el británico Keynes, por su parte, sostenían: para que haya ingresos primero hay que gastar. La discusión continúa hoy en estos términos: relanzamos

producción, empleo e ingresos o seguimos a los neoliberales del siglo XXI con los planes de “austeridad y ajuste”.

Como decía, antes era capitalismo o socialismo; hoy, el campo de batalla se circunscribe a la versión neoliberal, siglo XXI, del capitalismo o a las alternativas que surgen muchas veces de sus propias contradicciones. A fines del siglo pasado, el Consenso de Washington y lo que se llamó el pensamiento único buscaron consolidar ese modelo. Sin embargo, la experiencia fracasó estrepitosamente en las tres economías más grandes del sub-continente. En México (1994/95), Brasil (1999) y nuestra Argentina (2001) quedamos traumatados. Pareciera que sucedió hace mucho tiempo porque, aunque suene increíble, tristemente la actualidad nos pone en el lugar de no haber aprendido la lección. Lo cierto es que entrando al nuevo siglo, se iniciaron en Sudamérica proyectos que abrieron frentes de lucha contra la pobreza y la desigualdad habiendo recibido sociedades más desiguales y Estados casi desmantelados. Lograron crecimiento económico, estabilidad política, disminución de la pobreza. Aún en un contexto mundial de recesión y aumento de la desigualdad en el mundo hubo mejor distribución de la renta. Se intentaron poner en práctica ideas que planteaban procesos de ruptura con el neoliberalismo. No fue así en los caso de México y Perú por ejemplo que, aún con sus economías creciendo, los indicadores sociales no mejoraron, al continuar con las políticas neoconservadoras. En este marco de debate de ideas, citamos al reconocido economista Paul Krugman, quien califica a la ortodoxia neoliberal de “economía vudú” obviamente por su falta de rigor científico. Sostiene con firmeza que no existe un ejemplo de programa neoliberal o de austeridad -como se autodenominan- que haya sido exitoso en los últimos 85 años. Los gobiernos de nuestra región llegaron, entonces, como alternativa por la frustración de lo anterior. Sin embargo, lo más importante, por desgracia, ya había ocurrido: se perdió la batalla de las ideas. Más allá del modelo y las políticas económicas, el neoliberalismo dejó como herencia la hegemonía de sus valores y su forma de vida, comenzando por el individualismo y la ausencia de solidaridad que favorece la descalificación de la misión del Estado utilizando como pretexto el despilfarro –sostenido por los gobernantes neoconservadores- o el muy bien usado argumento de la corrupción, como sostiene el gran historiador Perry Anderson.

Entonces, el neoliberalismo busca naturalizarse. “There is not alternative” propagado por Margaret Thatcher en los ochenta en sus discursos y tomado como mantra por el neoliberalismo, es un ejemplo histórico de ello. En Argentina, seguimos teniendo émulos de la “dama de hierro”. *Todo orden social es un orden organizado a partir de relaciones de poder de configuraciones del poder. Ese orden es el resultado de intervenciones políticas, hegemónicas. La hegemonía neoliberal es la consecuencia de eso. Nos dicen que es lo natural o no hay alternativa porque hay un orden de la historia que dice que es nuestro destino. Es una construcción hegemónica. Pero puede no ser así, debemos imaginar intervenciones contrahegemónicas para encontrar la alternativa, cambiar las cosas políticamente y de esa forma lograr la transformación* nos sugiere en contraposición, Chantal Mouffe.

Esta controversia no es menor para nuestro país, porque según la tendencia que se imponga hacia adentro dependerá el futuro desarrollo y la dinámica de la distribución de la riqueza; ya que adentro de esa discusión se encuentra la disputa entre capital y trabajo. En el único momento de la historia que existió una tregua a ese combate ocurrió luego de la Segunda Guerra Mundial. Y esos tiempos fueron los de mayor estabilidad política así como el momento de mayor desarrollo para el primer mundo occidental. Hubo un gran pacto político entre el capital y el trabajo, donde los trabajadores reconocían la propiedad del capital y el orden social vigente a cambio de la construcción de un entramado de derechos y políticas sociales a su favor. Se lo denominó “consenso del bienestar”. En Sudamérica, Asia y África no sucedió; pero en Argentina lo más parecido y coincidente por el momento histórico fue el primer peronismo.

Entre mediados de los setenta y principios de los ochenta la nueva versión del capitalismo, el financiero, (acompañado por el proceso de mundialización de la producción) rompió esa tregua. Se reeditó y profundizó la disputa con la característica central del intento de sometimiento de la política al poder económico. Todo sostenido con una especie de mito infantil o “economía vudú” que quiere convencernos de la existencia de un Dios mercado que equilibra, que es autónomo y pone las “cosas en su lugar” contra el Estado que es malo, ineficiente y corrupto.

El neoliberalismo funciona como una religión promete a futuro “el paraíso”, si se siguen sus recomendaciones. Esto es cómodo de aceptar para quienes ven incrementar su poder y dinero ante las decisiones ejecutadas en esa línea. Pero las mayorías sufren.

Se reconocen dos ciclos neoliberales en el mundo. El primero a fines de los setenta y principios de los ochenta. El segundo comenzó a partir de 2005 aproximadamente y se profundizó pese a la crisis de 2008. En nuestro país vamos por el tercero. El primer comenzó con la dictadura, el segundo transcurrió entre el menemismo y la Alianza y el tercero con el gobierno de la coalición “Cambiemos”.

Estos se sostienen con la teoría del derrame, que presupone lo contrario a una de las hipótesis centrales de este libro. Esta receta plantea una relación positiva entre desigualdad y crecimiento económico, donde la inequitativa distribución genera una rápida concentración y acumulación que ahorrada por los sectores más ricos luego será invertida. En la versión vernácula se suma el intento de reprimarización de la producción.

La crítica que le hacemos a esto es que, quienes invierten, sólo lo hacen si piensan que sus ventas serán incrementadas. Por lo que frente a una desigual distribución habrá merma del consumo y la economía irá hacia la recesión, el achicamiento, la mala distribución, aumento de pobreza y más desigualdad.

En el caso del modelo argentino se sostiene sobre un discurso tecnocrático y de objetivos ambiguos no cuantificables. Tecnocrático, porque entiende la política como gerenciamiento que busca soluciones técnicas a problemas sociales, políticos y económicos. De objetivos no cuantificables, porque habla de “pobreza cero” o “felicidad”, éstos sostenidos por slogans de autoayuda del tipo “si sucede, conviene” del Raví Shankar. Completan el “modelo”, quienes lo conducen. Como sucede en otras partes del mundo donde predomina el neoliberalismo, existe un “neogerencialismo” o “capitalismo gerencial”, donde

estos cuadros gerenciales o CEOs definen los destinos de las sociedades en los ámbitos privados y ahora públicos, además de concentrar la mayor parte del ingreso.

En fin...avancemos. Ese gran combate de ideas circunscrito al interior de las democracias capitalistas (reducido a algunos párrafos) lo completa la disputa por la verdad, por la producción de sentido común en la sociedad, por la interpretación de los hechos que suceden según la visión de quien quiere imponer su interés. Ya sea el Estado, los medios de comunicación, los grupos concentrados de la economía (también llamados poderes fácticos) sostienen una batalla de índole cultural por la hegemonía.

La apropiación de la verdad consiste en una herramienta cultural que puede ser funcional a los efectos de moldear la identidad social. Para ello también es necesario hacerse dueño del pasado, es decir de la historia. Porque en definitiva parte de la disputa de ideas tiene que ver con que si existe o no una verdad absoluta. O se trata en realidad de verdades relativas que intentan imponerse. Pensadores como Nietzsche o Heidegger pusieron en duda la verdad absoluta como valor objetivo. Lo que tenemos concretamente son hechos. Estos son acontecimientos de la realidad que pasados por la percepción de nuestros sentidos y el tamiz de nuestros valores y principios, es decir, por la interpretación forman nuestra visión. Nuestra verdad. De manera que la verdad tiene una característica de relatividad dada en función de la perspectiva propia. Pese a que nos duela reconocerlo o no queramos hacerlo, la verdad es relativa. Y en el campo de debate de las ideas se opone a otras verdades relativas.

El objetivo de este combate de ideas es que “nuestra verdad” o percepción de cómo deben ser las cosas en el terreno de lo político o económico se disemine de tal manera en la sociedad que la misma –llámese opinión pública- lo incorpore como parte de su “sentido común”. Esa sería la victoria.

Se trata entonces de una batalla cultural. Por la producción de sentido. Por construir un sentido común. Lo central de la lucha política se transforma en lucha por ese sentido común a través del lenguaje. Del discurso, mediante un conjunto de juicios y prejuicios. De esa manera intentamos ordenar el mundo de manera clara y sencilla para el trabajador, el estudiante o el profesional. Así es cómo decidimos la vida cotidiana, como valoramos lo justo e injusto, lo deseable y lo posible, lo probable e improbable. Cómo creamos una épica que genere la esperanza en la gente. Una nueva creencia para quienes apuestan tiempo, esfuerzo, pasión y amor. Un juicio compartido acerca de la idea de país o del mundo.

Hoy, en ese combate por la producción de sentido, la visión neoliberal en sus diferentes versiones entre las que se encuentra la Argentina, lleva ventaja. Existe un señorío político intelectual que acompaña la creencia práctica que el neoliberalismo es un régimen natural. Esto que decía más arriba: “*there is not alternative*”. Desde ese lugar se intentan asfixiar las pulsiones más creativas y provocar el sentido común de abatimiento y desmoralización. Expropiar la esperanza social. Desplomar la voluntad colectiva de cambio. En esta disputa por la “producción de sentido” o por la “construcción del sentido común” se puede contar con una épica propia, con una idea propositiva como explicaba o sostenerse por la negativa. Es el caso de “*there is not alternative*” al que le podemos sumar, por

ejemplo, el discurso del actual presidente de Estados Unidos, Donald Trump, apelando a la estigmatización del inmigrante o defenestrando la reforma de salud de Obama, como argumento para sus políticas. Se trata de una lucha cultural, de símbolos, de identidades, de ideas fuerza. De esa forma un proyecto político intenta consolidarse culturalmente, afirmar su hegemonía.

La disputa comienza a resolverse cuando la verdad relativa de alguno de los adversarios logra imponerse como “sentido común”. En ese marco, en Argentina, la alianza “Cambiemos” intentó construir un imaginario simbólico de pesada herencia, corrupción (la disputa sería pesada herencia vs gobierno para ricos; la acusación de corrupción es mutua), y generar una producción de sentido a partir del vaciamiento de símbolos como, por ejemplo, al reemplazar a los próceres de los billetes por “animalitos” de nuestra fauna autóctona o plantear un negacionismo del terrorismo de Estado durante la última dictadura militar disfrazándola de “revisionismo”. En este caso, el espíritu de época imperante global ayuda, ya que el discurso antipolítica que acompaña, como se dice vulgarmente, “garpa”.

Tanto desde el Estado como de los medios masivos de comunicación se influye en la formación de ese sentido. A lo que se le agregan las redes sociales. Generalmente en este campo existe una disputa entre el Estado que intenta imponer su sentido común en base a un proyecto político y los medios de comunicación, voceros generalmente de los intereses económicos privados que representan. Desde el Estado se intenta construir un liderazgo político y cultural. En algunos casos existe un alineamiento de los poderes fácticos (poderes de hecho, por oposición al poder institucionalizado o de derecho, que sería el Estado) con el Estado. Esto sería al menos sospechoso para el interés de las mayorías.

En otros casos, con su influencia en esa producción de sentido, los medios terminan sosteniendo un rol desestabilizador a través de la fuerza que lo otorga su control casi monopolístico de la comunicación. Campañas de denuncias de irregularidades que sirven para debilitar la imagen de algunos frente a la opinión pública. Descalificar al Estado, los partidos y la política y, en forma indirecta, beneficiar a intereses minoritarios o algunas empresas. Esas acciones, además, buscan crear desánimo, desaliento y baja de la autoestima.

Lo cierto es que la falta de democratización de los medios de comunicación permite a los grupos concentrados de poder disponer de un gran arma para la acción. Esos poderes fácticos, sumados a los errores que los gobiernos cometen en las políticas económicas o las conductas de algunos funcionarios, determinan la pérdida de apoyo de los proyectos populares.

Finalmente, la idea de “posverdad”; como concepto y herramienta en este marco de combate de las ideas y disputa por la producción de sentido común. En primer lugar, debo decirte que la “posverdad” no es ni más ni menos que un mero eufemismo de la mentira. Porque una cosa es la verdad relativa como interpretación de los hechos y otra es hacer una interpretación de hechos que no existieron o son falseados y diseminarlos

en forma masiva para lograr el efecto de una verdad. Esto es, que pasen a formar parte del “sentido común”. El *“mente, mente, que algo quedará”* del funesto Joseph Goebbels. Desde el siglo XVIII la visión de los filósofos, los científicos y políticos ha sido la toma de decisiones ponderando la evidencia y el razonamiento. Hoy se apela a interactuar con el individuo en relación a cómo la mente y el cerebro realmente funcionan. Sumado a esto, también es cierto que la posibilidad de acceso a la información en estos tiempos de internet hace que sea muy difícil ocultar datos. Con lo que hoy, tarde o temprano, todo se sabe. Entonces hay que crear “otra verdad” y apelar a las emociones. Y con la lógica de las redes sociales, los comentarios de los lectores al pie de las noticias en las webs de los diarios, o los emojis, se busca la reacción. La más fácil es la negativa, la que apela a los sentimientos más egoístas como el odio y el miedo.

Como conclusión, entonces: como no se puede ocultar una información, se inventa otra generalmente para captar la atención, generar indignación y sacar la anterior de la agenda; ya que aquella podía ser una “verdad incómoda”. Se la replica incesantemente con todas las herramientas que se tienen al alcance, ya sea de marketing o redes, hasta que finalmente queda instalada esta “versión”. Al poco tiempo se corre el velo y se conoce que es falsa o *“fake”*. Ya no importa. La mentira (o posverdad) se viralizó en las redes y puso su granito de arena para esa “producción de sentido”. Esto lo podemos ver día a día en el ejército de trolls (usuarios falsos, profesionales en redes sociales), que utilizan muchos gobiernos -ejemplos cercanos sobran- para atacar personas o inventar hechos.

(1) Profesor Adjunto de Derecho Político, Cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP

Multinacionales en forma de app: ¿Innovación o evasión?

Por Valeria S. Verdolini*

En ocasión de cumplirse un año del desembarco de la plataforma Uber en nuestro país, resulta interesante poner sobre el tapete y analizar el marco tributario en el que se desenvuelve esta multinacional que, sumada a las ya socialmente instaladas Spotify, Amazon, Netflix y Airbnb, constituyen ejemplares del cambio de paradigma de la economía tradicional. Lo cierto es que, a pesar de las denuncias por evasión tributaria y lavado de activos por la justicia porteña y los diversos pedidos de bloqueo por el sindicato de taxistas, en éstos últimos doce meses la plataforma Uber tuvo un millón de descargas en el país, y continúa operando de manera ininterrumpida, a lo que se le suma que ya abrió cinco sedes de atención en la Provincia de Buenos Aires y dispone de 100 mil conductores inscriptos. El funcionamiento de la plataforma, por si algún lector no está familiarizado con ella, es el siguiente: los pasajeros interesados en contratar el servicio deben descargar una aplicación a su teléfono celular y cargar los datos de su tarjeta de crédito, de la cual se debita el costo de los viajes que realicen. Por su parte, aquellos que se ofrezcan como “conductores”, quienes son identificados por Uber como “socios”, deben cumplir una serie de requisitos, y reciben periódicamente la liquidación de los viajes que realicen. Uber retiene una comisión de ese monto, que representa su beneficio. ¿A qué país va esta comisión?, ¿Quién tributa por ella?

Ahora bien, Uber no es única en su especie. De similares características encontramos a la multinacional Airbnb, cuya razón de ser consiste en “ofrecer” a los viajeros opciones de hospedaje (habitaciones, departamentos, casas), de manera íntegra o compartida, como alternativa a un hotel a través de internet.

Ambas compañías gestionan sus finanzas siguiendo el manual de la perfecta multinacional: utilizan filiales en Irlanda u Holanda para esquivar los impuestos sobre distribuciones de dividendos y/o utilidades del país en el que funcionan; y se canalizan desde allí los beneficios a paraísos fiscales como la isla de Jersey o las Bermudas.

Todos los ingresos que las compañías obtienen en los 190 países donde operan van directamente a una central de pagos situada en Irlanda en el caso de Airbnb y de Holanda en el caso de Uber, ambos territorios de la UE.

Para dimensionar la magnitud de la presencia de la empresa Airbnb, con más de 1.000.000 de cuartos alrededor del mundo, basta referenciar que Hilton, una de las cadenas hoteleras más grandes a nivel global, tiene 721.000 cuartos en solo 94 países.

En cada operación, Airbnb o Uber, retienen un porcentaje del precio pagado por el arrendador/usuario.

La filial local solo actúa como intermediaria y sus únicos ingresos son aquellos que Airbnb Irlanda, por ejemplo, decida entregarle por su “gestión”, y que lógicamente no suelen ser muy abultados.

¿Cómo tributa en Irlanda? Puede hacerse del dinero sin pagar apenas impuestos aprovechándose del mecanismo clásico de inflar sus facturas de gastos, abonando millonarias cantidades por el uso de derechos de propiedad intelectual a una empresa radi-

cada en un paraíso fiscal. De esta forma aminora su base imponible y el dinero escapa a dos subsidiarias que la multinacional tiene en otra isla británica. A esta altura ya logró esquivar los tres impuestos de sociedades que podrían haberle sido de aplicación sucesivamente.

Por su parte, cuando un pasajero realiza un viaje mediante Uber, el pago se procesa en los Países Bajos. Desde allí, se abonan jugosas cantidades por derechos de propiedad intelectual e industrial a una filial en Bermudas.

Lo cierto es que esta “planificación fiscal agresiva” que consiste en buscar los recovecos de las normas para no pagar impuestos o pagar cifras ridículamente bajas, llevaría a discutir si debería tributar en Silicon Valley, donde fueron desarrolladas ambas plataformas, o en Irlanda, lugar donde se gestiona, o incluso en los países donde se presta el servicio. Lo innegable es que el mayor valor es creado en los paraísos fiscales donde las compañías están presentes sólo con empresas pantallas. Tanto es así que la OCDE y el G20 trabajan en un plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.

Ahora bien, en el caso particular de Uber, el conductor, al menos en nuestro país, debe estar inscripto en el Impuesto a las Ganancias. Tema que requeriría otro análisis si consideramos que los taxis, a tenor de la jurisprudencia vigente, son considerados sujeto empresa. Pero en cambio, el “socio” de Uber presta servicios en forma no continua. De esta manera, habría que analizar en tal caso la posibilidad de que exista el sujeto empresa temporario e intermitente.

Asimismo cabe preguntarse si el transportista está eximido de emitir facturas y si sus prestaciones están alcanzadas por el IVA; y en otro orden de cosas, dependiendo el lugar, si el viaje está gravado por Ingresos Brutos, atento a que en la Ciudad de Buenos Aires los taxis están exentos.

Otro tema, pero no menos importante, es el contrato de adhesión con cláusulas pre-dispuestas que tiene el usuario del vehículo con Uber, en las cuales no se garantiza ni la calidad ni la seguridad del servicio. En caso de daños durante la utilización del mismo o robo/pérdidas materiales, Uber limita su responsabilidad a 500 dólares como máximo, estableciendo la obligatoriedad de someterse al arbitraje de la American Arbitration Association. Situación que podría soslayarse con un seguro adecuado contratado por el uberista que hasta el presente no existe en la Argentina.

A contrario sensu, cuando un pasajero toma un taxi o reserva una habitación de hotel, lo hace subido a una montaña de legislación y normativa que, en teoría, garantiza la prestación del servicio en condiciones de seguridad, salubridad y calidad determinadas. El propietario de un taxi está obligado a una serie de condiciones -que no conozco- pero que previsiblemente incluirá una póliza de seguros especial para pasajeros. Lo mismo se puede decir respecto de los alojamientos en cuanto a requerimientos sanitarios, de seguridad, etc.

Toda esta función regulatoria y normativa del Estado para otorgar confianza al usuario desaparece en el caso de estas multinacionales y hasta resulta innecesaria, siendo que es sustituida por los rankings y las opiniones de los clientes. Aunque el sistema no

sea perfecto, los números ayudan. Se está reemplazando la regulación del Estado por la reputación digital.

Ahora de pronto la economía digital ya no es solo la electrónica y la informática, sino que está todo controlado desde la publicidad. Es el libro de Amazon, es la canción de Spotify, la película de Netflix, y de la misma forma van surgiendo páginas y aplicaciones que ofrecen comidas preparadas para quienes no tienen tiempo ni ganas de elaborarlas, otras que intercambian ropa, las que indican qué cocheras están libres para ser utilizadas y puedo seguir nombrando muchas más. Hay ciertos bienes que antes había que comprarlos como productos y estas plataformas comenzaron a dar la posibilidad de comprarlos como experiencias. En Spotify, por ejemplo, ya no se compra el álbum de Fito Páez, sino que se escucha la canción. Estas plataformas están permitiendo este cambio de paradigma. Netflix, Spotify, Amazon, Uber y Airbnb son sólo algunos de los casos más populares de innovación que no sólo están transformando la forma de hacer negocios, sino también han comenzado a presionar por una modernización regulatoria en los distintos países donde se presentan. Necesariamente la industria tradicional reclama un trato igualitario, al menos en el plano tributario.

****Abogada UNLP***

Especialista en Derecho Tributario UBA

La cárcel: el enfrascamiento de un problema social

Por Ignacio Fernández Camillo,

Coordinador de la Campaña Nacional contra la Violencia Institucional La Plata.

El último día del año, luego de que el conjunto de personas privadas de la libertad se hicieran oír reclamando que sean respetados sus derechos, a través de huelgas de hambre en distintas Unidades Penitenciarias de la provincia de Buenos Aires y la Capital Federal, el Ministro de Justicia de la provincia de Buenos Aires, Gustavo Ferrari, anunció que en el 2017 la provincia construirá más cárceles. Finalizando el mes de abril, y luego de la organización por parte de las personas privadas de nuevas huelgas de hambre en repudio a la reforma regresiva e inconstitucional de la ley 24.660, es el gobierno nacional el que también apuesta por la construcción de más plazas para el encarcelamiento de la exclusión, con el dato de que nuestro Presidente tomó conocimiento de la situación de las cárceles a través de la serie televisiva “El Marginal”. Y por supuesto que, como acostumbra el gobierno nacional, se operó mediáticamente y a través de la propia inteligencia del Estado a las organizaciones sociales y organismos de derechos humanos que organizan mayores niveles de dignidad para las personas privadas de libertad ante la notoria ausencia del Estado -ver programa “Animales Suelos” del 20 de abril¹-.

Estas respuestas de mano dura sólo institucionalizan la exclusión, acrecentando los niveles de violencias en la sociedad: en lugar de resolver una problemática social, pretenden encerrarla, aislarla y, lejos de lograr su objetivo, la agravan.

Es decir que la respuesta que esboza este gobierno, tanto a nivel provincial como nacional, a los reclamos de mayores niveles de dignidad de las personas privadas de la libertad consiste en construir mayor cantidad de plazas en espacios de encierro buscando tener más lugar para confinar la exclusión que sus medidas de gobierno agravó.

Aunque esto no se inicia ahora, sino que es parte de una cadena que tiene como eslabones la militarización de las fuerzas de seguridad durante la dictadura cívico-eclesiástico-militar (1976-1983); el modelo económico que se impuso con el Plan Cóndor mediante la perpetración del genocidio por la mencionada dictadura; la noche neoliberal de la década del '90, donde se construyeron cárceles mientras se cerraban fábricas; y, por último, las gestiones de seguridad y justicia durante el Sciolismo, donde Ricardo Casal y Alejandro Granados -Ministros de Justicia y Seguridad, respectivamente-, fueron los estandartes de las políticas de mano dura y vulneración de derechos.

Las líneas de análisis son muchas y todas concluyen en una síntesis: con más cárceles no se soluciona nada, absolutamente nada.

Está claro que el gobierno tiene la necesidad de “contener” la exclusión que agrava día a día con sus políticas de gobierno y la mejor forma conocida por el liberalismo que expresan sus dirigentes es la criminalización y el encarcelamiento; pero probado está que lejos de ejercer contención alguna, aumenta los niveles de violencia que existen en la sociedad.

¹ Versión en línea en: <https://www.youtube.com/watch?v=U7YRMUeFtAA>.

Así es que vemos como se criminaliza a los trabajadores de la economía popular, cuidadores y lavadores de autos en la vía pública, feriantes de las plazas, puesteros en las calles, vendedores ambulantes, carreros, sufren los embates de las fuerzas de seguridad de los gobiernos municipales, provinciales y nacionales, se estigmatiza y se criminaliza el trabajo de los humildes, se los corre del “centro” de las urbes, se les saca sus caballos, se “explota” sus hogares en villas y asentamientos con los diferentes pretextos, pero siempre con la misma premisa: “mayor seguridad”.

La reforma en el proceso penal realizada durante el Sciolismo, mediante la cual se instituye el procedimiento de flagrancia -Ley 13.811 de la provincia de Buenos Aires-, allanó el camino de las fuerzas de seguridad en la criminalización de lxs excludxs. Esto disparó los números de prisionización en la provincia, pasando de 28.000 en 2009 a casi 40.000 para finales de 2015 -datos del Registro Único de Detenidos de la Procuración de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires²-. Este proceso se vio fortalecido por el incremento abrupto de condenas que permitió el procedimiento de flagrancia instituido, siendo que en 2009 cerca del 80% de las personas privadas de su libertad se encontraban en prisión preventiva, y para finales de 2015 esa cifra se redujo a un número cercano al 55%. Ahora en 2016, el nivel de prisionización continúa creciendo exponencialmente, no encontrándose a la actualidad las cifras oficiales que estarían superando las 43.000 personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires. Sosteniendo el crecimiento heredado por el Sciolismo y potenciándolo a través de las represiones antes mencionadas. Por otro lado, las cifras mencionadas evidencian la saturación del Poder Judicial, el cual se limita a legitimar el actuar policial, cualquiera sea su criterio, esto se visibiliza en los crecientes índices de condenas. La provincia de Buenos Aires encuentra Juzgados de Garantías atestados de detenidos cada turno, con la urgencia de los plazos de la flagrancia para la resolución definitiva; Fiscalías encerradas en sus despachos con un desconocimiento razonable de lo que sucede en la calle; cómo es que se aumentó exponencialmente los niveles de detenciones, cómo es que está jugando esa criminalización secundaria clasista; y por último, Defensorías Oficiales que lejos están de garantizar el ejercicio de una defensa.

Atrás de los últimos de la fila

Una de las particularidades de esta etapa de ajuste y entrega por parte del gobierno de la alianza cambiamos, fue que los excluidos se hicieron escuchar. Los trabajadores y las trabajadoras de la economía popular fueron parte de las grandes movilizaciones en el 2016, llenaron la plaza de Mayo el 7 de agosto pidiendo por “Paz, pan, tierra, techo y trabajo” en una peregrinación desde Liniers, para luego el 18 de noviembre conquistar la Ley de Emergencia Social, logrando un piso de dignidad en medio de la avanzada neoliberal y el reconocimiento de sus derechos como trabajadores y trabajadoras, en una movilización histórica a la legislatura nacional junto a los trabajadores y las trabajadoras formales.

² <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20RUD%202015.pdf>.

Ante el hacinamiento provocado, el flagrante menoscabo a sus derechos y la exclusión que sufren, el conjunto de las personas privadas de la libertad se hizo escuchar. En el encierro los métodos de reclamo son más arriesgados, el conjunto de las personas privadas de la libertad durante semanas expusieron su salud en grandes huelgas de hambre.

Silvio Romero, referente de la Unidad 31 de Florencio Varela supo expresar: “pusimos el cuerpo por estos reclamos, más allá de que muchas veces pasemos hambre, ésta vez fue por decisión propia”. El logro fue ser reconocidos como sujetos de derechos, con la conformación de una mesa de diálogo con miembros de los tres poderes y organismos de derechos humanos. En esa mesa, Ricardo Colman, referente de la Unidad Penitenciaria n° 9 de La Plata, con una claridad que al Ministro de Justicia pareciera faltarle, expresó que “debieran realizarse estadística de las repercusiones que tuvieron las reformas penales en el contexto de encierro [...] porque no es enfrascando a la delincuencia como vas a solucionarla, porque es un problema social”.

De eso se trata: del enfrascamiento de un problema social. La alianza cambiemos atrasa, no es novedad, y a pesar de haberse pensado difícil el atraso en materia de seguridad y justicia luego de la gestión de Scioli, el anuncio del Ministro de Justicia finalizando el 2016 y por el gobierno nacional ahora, muestra cómo las políticas en materia de seguridad y justicia llevadas adelante por la gestión de Scioli allanaron el terreno para que ahora María Eugenia Vidal y Mauricio Macri refuercen las políticas de ajuste y entrega con una mano dura liberal, como institucionalización de la exclusión y caldo de cultivo de las violencias que proliferan en la sociedad.

Consideraciones sobre el Trabajo Forzoso

Por *María Dolores Ortiz*¹

“Promover el empleo, proteger a las personas”

... ese es el lema de la OIT, complementado con la idea de un trabajo decente, un trabajo que dignifica, que permite desarrollar las propias capacidades.

Pero ¿qué sucede cuando dicho trabajo no es realizado con respeto a los Principios y Derechos Laborales Fundamentales, cuando se produce un avasallamiento y negación a la libertad, cuando se recurre a la coacción y al sometimiento?

Lejos pareciera haber quedado aquella lucha contra la trata y la esclavitud en el siglo XIX, que culminó con la primera mención de “trabajo forzoso” en el año 1815. Pero, para sorpresa de algunos, hoy, a más de 200 años, pese a la Ratificación efectuada por la Argentina a los Convenios Fundamentales N° 29² y 105³ de la OIT en los años 1950 y 1960 respectivamente y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ en cuyo artículo 8 afirma el derecho a no estar sometido a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso; seguimos encontrando personas trabajando bajo la amenaza de una pena⁵ cualquiera. Más de la mitad de las víctimas de trabajo forzoso son mujeres y niñas, especialmente en trabajo doméstico y explotación comercial sexual, mientras que los hombres y los niños son explotados en sectores de la agricultura, construcción y minería.

Si bien se creería que solamente estas prácticas se desarrollan en zonas apartadas, de difícil acceso, lugares inhóspitos o lejos de los hogares de los trabajadores, la realidad indica que la explotación se vislumbra de diversas modalidades y en distintos lugares, sintiéndose aún con más fuerza en poblaciones con mayor vulnerabilidad.

Basta con recorrer los campos de nuestro territorio argentino, las plantaciones de yerba-mate, maíz, algodón, entre tantas otras, para advertir la presencia de no sólo, trabajo no registrado, sino aún peor, situaciones de explotación laboral en las condiciones más aberrantes que se pudieran imaginar, a saber: sin provisión de agua potable ni baños, sin refrigeración para los alimentos, carpas convertidas en viviendas permanentes⁶, ex-

¹ Abogada y Escribana (UNLP). Oficial 2do. Tribunal de Trabajo N°1 de La Plata. Estudiante de la Especialización y Maestría en Derecho del Trabajo (UBA). Colaboradora en la Cátedra III Comisión 9 de Derecho Social de la UNLP.

² Convenio sobre Trabajo Forzoso N° 29 de la OIT. Formato en línea en: <http://www.ilo.org>.

³ Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso n° 105 de la OIT. Formato en línea en <http://www.ilo.org>.

⁴ Ley N° 23.313 sancionada el 17 de Abril de 1986 y Promulgada el 6 de Mayo de 1986.

⁵ Entendiendo el concepto de “pena” no necesariamente como una sanción penal sino que podría también ser la pérdida de derechos o privilegios.

⁶ Cabe mencionar el alto porcentaje de invernáculos sobre las rutas de nuestro País, desprovistos totalmente de control alguno por parte del Ministerio de Trabajo, no siendo una cuestión menor ya que no solo hay trabajo no registrado sino que se desconoce los métodos de ferti-

trajeros indocumentados, ausencia de ropa y elementos de trabajo para la seguridad e higiene del trabajador; entre otras⁷.

Un caso detectado en enero 2011, fue el de la empresa “Nidera”⁸, la que fue acusada de haber empleado a 130 personas en condiciones equivalentes a trabajo forzoso en San Pedro, Provincia de Buenos Aires. Los trabajadores eran principalmente de Santiago del Estero y realizaban tareas de desflore de maíz. Según se informa los trabajadores no sabían cuanto iban a cobrar y supuestamente recibirían el pago al final de toda la temporada de trabajo. Las jornadas eran extensas, de 11 horas o más de lunes a domingo y si algún trabajador expresara que se quería ir, los supervisores le amenazaron que en tal caso toda la cuadrilla se tendría que ir.

Asimismo, en otro caso de supuesto trabajo forzoso reportado en febrero de 2011 el empleador fue acusado de descontar plantas dañadas de los sueldos de los trabajadores según términos desconocidos por los trabajadores. Además, no se permitía que los trabajadores dejaran el establecimiento antes de la finalización de la temporada de trabajo. Llama la atención que los Convenios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo mencionados ut-supra, no fueran ratificados por los Países del Primer Mundo, como China, EEUU, Canadá, entre otros. Pero por el contrario, por aquellos países que sí lo han hecho, aun siendo conscientes de que dichas prácticas están prohibidas, la denegación y la impunidad existe.

Frente a la gravedad y seriedad que requiere el tema, es que la OIT adopta un nuevo Protocolo contra el Trabajo Forzoso junto a la Recomendación N° 203 del año 2014, con el fin de fortalecer los esfuerzos para la erradicación del mismo.

Y atendiendo a lo que hace a la prevención, protección, acción y control, la Argentina pareciera cumplir parcialmente con las exigencias y disposiciones impuestas: En lo que respecta al trabajo agrario, en Diciembre de 2011 se aprobó un nuevo régimen mucho más benevolente que el anterior, elevando el nivel de vida del trabajador del campo, creando condiciones de vida más digna, con ambientes más humanitarios, resultando un avance que se acerca más a lo requerido por la OIT. Por ejemplo, el art.31 del mismo, prohíbe el traslado de los trabajadores rurales en camiones, siendo los vehículos a utilizarse destinados al transporte de personas. O la sustitución del art.16 de la ley 25.191 que instituye el sistema integral de prestaciones por desempleo. Pero lo que escrito pareciera algo satisfactorio, lo que ocurre en la realidad práctica, es que el excesivo amparo al trabajador rural no puede ser cumplimentado por el empleador. Para ello, es que desde el Ministerio de Trabajo de la Nación Argentina se impulsa la firma de los llamados “convenios de corresponsabilidad” y se inspecciona por medio de satélites y drones.

lización que utilizan los trabajadores en las plantaciones, pudiendo exponer a los consumidores a un potencial peligro.

⁷ Formato en línea en: http://www.uate.org.ar/revista_pregon_online.php?id=69# (páginas 6 y 7).

⁸ El Grupo Nidera, comercializa un total de casi 20 millones de toneladas de granos, oleaginosas, aceites vegetales, alimentos derivados de oleaginosos, comida para ganado y productos bio-energéticos, además de fletes oceánicos.

Dicho régimen es superador al anterior aunque queda un largo camino por recorrer.

La ratificación efectuada por la República Argentina a los Convenios N° 29 y 105 de la OIT, impone la obligación de eliminar el trabajo forzoso y de garantizar relaciones de trabajo libremente elegidas y exentas de amenazas. Para lograr ello, es necesario, a mi entender, un fuerte accionar del Estado, quien debe llevar a cabo – como mencioné anteriormente – una política de prevención, protección, acción y control. Tratándose de un desafío complejo pero de vital importancia ya que es un problema persistente de graves proporciones, siendo necesario emprender acciones en distintos frentes.

Como primera medida sería crucial reconocer su existencia, para luego sí poder elaborar un programa eficaz contra las formas actuales de trabajo forzoso, requiriendo de un compromiso mundial por parte de Organismos Especializados, revisando la legislación nacional, iniciando una campaña de sensibilización y determinando acciones necesarias como el hecho de centrarse más en las víctimas de trabajo forzoso. Todo ello previendo y midiendo las posibles consecuencias respecto de las estrategias para eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, preguntándonos qué podemos hacer para liberarlas y qué se puede hacer para asegurarse de que no vuelvan a caer en las mismas situaciones y otros no ocupen ese lugar; observando asimismo los obstáculos políticos, legislativos y administrativos.

El trabajo forzoso se manifiesta de diversas maneras y con distintas metodologías:

En el año 2012, el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires (Sala III) ratificó que presos de la cárcel de Batán estaban siendo sometidos a “trabajo esclavo”, sin ningún tipo de derecho laboral ni social, y le ordenó, en consecuencia, al Gobierno de la Provincia a que en el plazo de 90 días nivele las condiciones de trabajo de los presos con las leyes laborales, otorgándoles a los mencionados: obra social, ART, aportes jubilatorios y salarios conforme la Ley de Contrato de Trabajo.

Todo comenzó con la presentación de un hábeas corpus colectivo realizado por el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial contra la Memoria, en la que se revelaban las pésimas condiciones en las que trabajaban los internos de la Unidad XV de la cárcel de Batán, poniéndole aún más énfasis en el caso de los que prestaban sus labores para un lavadero industrial que se dedica a la limpieza de ropa hospitalaria. Denuncia que fue positivamente receptada por un Juez de Ejecución Marplatense y que, al dictar su fallo, el mismo fue apelado por el Fiscal de Estado Bonaerense. Lo que hizo que, finalmente, llegara a manos de los Jueces integrantes del Tribunal de Casación Penal.

Los internos de Batán estaban teniendo contacto con residuos patógenos sin ninguna medida de protección. Las mismas máquinas donde se lavaban sábanas con sangre de clínicas privadas se mezclaban con manteles de restaurantes y sábanas de hoteles; lo cual no sólo implicaba un grave riesgo para los presos, sino también para los de afuera.

En el caso de marras, podemos observar que ante las condiciones aberrantes que se venían efectuando, la justicia finalmente actúa en cumplimiento con lo requerido por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, quien en su Informe para la 69ª Conferencia expresó su preocupación por el sistema de trabajo en las cárceles argentinas.

Es importante destacar que, si bien el trabajo penitenciario constituye una excepción a lo que la OIT considera trabajo forzoso (ver art. 2.2.c Convenio 29 de la OIT), lo sería si ese trabajo que se efectúa en cumplimiento de una sentencia judicial se realiza bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y mientras dicho individuo no sea puesto a disposición de particulares o personas jurídicas de carácter privado. Y ello, en el caso en análisis, justamente no se cumple en su totalidad, por lo que estaríamos frente a un claro ejemplo de trabajo forzoso.

Considero que el trabajo penitenciario no puede ser diferenciado del trabajo libre y que la integración del primero mencionado al conjunto de la producción nacional con participación de la industria privada sólo sería compatible con el Convenio 29 en la medida en que se asegurara que las personas acepten el empleo sin estar sujetas a presiones o amenaza de sanciones y de que existan garantías de que el trabajo habría de realizarse en condiciones comparables a las de los trabajadores libres en materia de salarios, seguridad social, jornada, higiene y salud etc.; es decir, en concordancia con los derechos y condiciones reconocidos a todos los trabajadores “sin distinción” en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional Argentina.

Siguiendo esa línea de pensamiento, es dable resaltar que nuestra Carta Magna en su artículo 18 reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humanitario al prescribir que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”; lo que armoniza plenamente con los principios emanados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a los que se les otorga jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22 a raíz de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994.

Por otro lado, en relación a la aplicación del Convenio N°105 de la OIT en el derecho argentino, podemos citar como ejemplo de ello al fallo: “Montenegro Patricia Alejandra y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo” (10/08/2005), donde se ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que adopte de manera inmediata todas y cada una de las medidas positivas que sean menester a fin de hacer efectiva la prohibición del trabajo forzoso e infantil, exigiendo que se le otorgue a “todos los recuperadores de residuos reciclables” un subsidio mensual provisional por cada hijo menor de 17 años que reemplace los ingresos que obtenían como consecuencia del trabajo de cartoneros⁹, para darles la posibilidad de culminar sus estudios.

Dicho precedente reviste una importancia trascendental ya que, no sólo se estaría dando cumplimiento con la normativa internacional en lo que hace a la abolición del trabajo forzoso (arts.1 y 2 del convenio 105), sino también en lo referente a la eliminación de trabajo infantil.

Es aquí otra vez la justicia (quien frente a un grave incumplimiento por parte del Estado) que fija y ordena las medidas tendientes a revertir la situación, ya que resulta imprescindible un adecuado y “efectivo” abordaje, gestión y cumplimiento de las políticas

⁹ “Cartonear” consiste en revisar y buscar entre los residuos ciertos materiales para ser usados o vendidos.

públicas para este sector de adolescentes brindándole la posibilidad de estudiar, de atender su salud, y de que sus padres reciban una ayuda económica.

Si bien las condiciones de vida que son necesarias para el desarrollo del niño son responsabilidad primordial de sus padres (artículo 27.2. CDN.), no es menos cierto que junto a esta última se encuentra la responsabilidad del Estado en ayudar y dar efectividad al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, debiendo proporcionarles asistencia material y programas de apoyo; lo que importa la necesidad de adoptar medidas de acción positiva para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención y demás tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Por otra parte, hablando de las diversas modalidades de trabajo forzoso existentes, no puedo dejar de mencionar el aumento desmesurado (desde hace diez años) del tráfico de mujeres y de niños en todo el mundo, sobre todo para abastecer las redes de prostitución y el trabajo en el servicio doméstico, pero también para proporcionar mano de obra a los talleres clandestinos.

Aún cuando la trata de personas es una práctica muy antigua, sólo recientemente se pudo lograr un acuerdo en torno a una definición internacional en el marco de un protocolo a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional que se abrió para firma en diciembre de 2000. En la definición de «trata de personas», que figura en dicho protocolo, se incluye una referencia a sus diversos aspectos coercitivos, entre los que figuran el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y las prácticas análogas a la esclavitud.

La lucha contra los aspectos de trabajo forzoso de la trata de personas (para tener la máxima eficacia) requiere, en primer lugar, saber reconocer el fenómeno para preparar el camino a unas políticas, leyes y programas de acción más eficaces en todo el mundo. En segundo lugar, requiere comprender la naturaleza y dimensiones de los problemas que se plantean: como cuáles son las principales rutas de este tráfico (tanto dentro de las fronteras como a través de ellas); cuándo cambian esos itinerarios (suelen cambiar con gran rapidez) y con qué instituciones tratan; cuál es el perfil de las personas que son objeto de trata, desglosadas por sexo, edades, orígenes sociales y grupos raciales y étnicos; examinar causas y efectos y dar publicidad a las medidas que están siendo adoptadas por parte de los gobiernos, los interlocutores sociales, las organizaciones internacionales, los grupos religiosos y otros para tratar de los aspectos relativos al trabajo forzoso que presenta la trata de personas¹⁰.

Asimismo, los trabajadores domésticos (cuyo trabajo suele desenvolverse en el ámbito privado de los hogares) experimentan un grado de vulnerabilidad sin comparación con el de otros trabajadores. Y si bien el trabajo doméstico no es trabajo forzoso, puede generar en ello cuando hay servidumbre por deudas o trata de personas, o cuando se

¹⁰ Informe Global en la Conferencia Internacional del Trabajo N° 89 Reunión del 2001 en la Oficina Internacional de la OIT en Ginebra.

impide físicamente que los trabajadores salgan del hogar del empleador o se retienen sus documentos de identidad.

Tristemente, en la Argentina existen numerosos talleres clandestinos que reclutan a familias de bolivianas, peruanas, paraguayas, en condiciones de trabajo indignas, con un salario irrisorio, trabajando sin parar y sin gozar de libertad¹¹, para responder a la gran demanda de Marcas de Primera línea. Podemos encontrar a muchos de los mencionados talleres en pleno centro de la Capital Federal y en el norte y sur de nuestro País.

En los allanamientos realizados, sorprendió el alto porcentaje de menores de edad sometidos a explotación. Hoy, conforme los relevamientos de la organización social “La Alameda”¹², el 78% de las prendas que se fabrican en la Argentina provienen de talleres clandestinos donde existen prácticas de trabajo forzoso, precario o esclavo las que son confeccionadas por más de medio millón de personas (en la ciudad de Buenos Aires, este número alcanza aproximadamente a 30.000).

Desde la Cámara Industrial Argentina de la Indumentaria (CIAI), respaldan estas cifras: “Se estiman en 25.000 las personas en la ciudad que trabajan en la informalidad y en 5000 las que lo hacen en condiciones de esclavitud”, dice Claudio Drescher, presidente de esa entidad¹³. Ejemplo de ello lo fue el allanamiento en el Bajo flores, que detectó un taller clandestino con 28 trabajadores a quienes se esclavizaba para fabricar uniformes de la policía bonaerense; entre tantos otros.

Se observa un alto nivel de deficiencia en las condiciones higiénicas en las que se trabaja (falta de limpieza, iluminación y acceso a servicios básicos, en espacios reducidos), ausencia de respeto por los acuerdos normativos de la industria textil nacional (como los salarios mínimos, la formalización del empleado y el límite de horas que debe trabajar) y una falta de regulación por parte del Estado (no se realizan auditorías en el lugar ni respecto del trato con los trabajadores).

En la Argentina, la problemática se combina con otras urgencias sociales como la trata de personas, la inmigración limítrofe con promesas de “trabajos ideales” y la explotación de menores.

¹¹ Se les retiene el DNI para que no puedan escaparse.

¹² La Alameda es una organización no gubernamental argentina, cuyo titular es el político y activista social Gustavo Vera, que lucha contra la trata de personas, trabajo esclavo, explotación infantil, proxenetismo y narcotráfico. Nacida como una asamblea barrial de la crisis de 2001 tuvo reconocimiento nacional e internacional con las denuncias y escraches a talleres clandestinos (que confeccionan prendas para marcas reconocidas y diseñadores famosos), granjas donde se reducen a servidumbre a personas (el caso del niño Ezequiel Ferreyra que tuvo repercusión de Naciones Unidas) y prostíbulos manejados por importantes políticos y personajes de poder. Su rol protagónico ha logrado modificaciones de legislaciones nacionales y provinciales, como ordenanzas municipales que combaten la trata y trabajo esclavo.

¹³ Formato en línea en: <http://www.lanacion.com.ar/1891220-trabajo-precario-los-talleres-clandestinos-origen-de-la-mayor-parte-de-la-ropa-del-pais>

Por todo ello es que llego a la conclusión de que la inspección del trabajo constituye un eslabón esencial en la lucha contra la erradicación del trabajo forzoso, debiendo el Gobierno adoptar medidas para reforzar la capacidad de acción mediante el Programa de Rescate y acompañamiento a las personas damnificadas, porque no hay nada que justifique la existencia del trabajo forzoso.

Considero que el trabajo forzoso puede ser abolido cuando se aúnan la voluntad política y los esfuerzos conjugados de la comunidad internacional, de diversos Ministerios, de los interlocutores sociales y de organizaciones no gubernamentales ya que si no se adopta un enfoque holístico en el que se combinen las capacidades de varias organizaciones las medidas que la comunidad internacional proponga para resolver este problema resultarían insuficientes.



NOVEDAD BIBLIOGRÁFICA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | SILENCIO DE SIESTA.

TECNICA MIXTA 50 X 70.

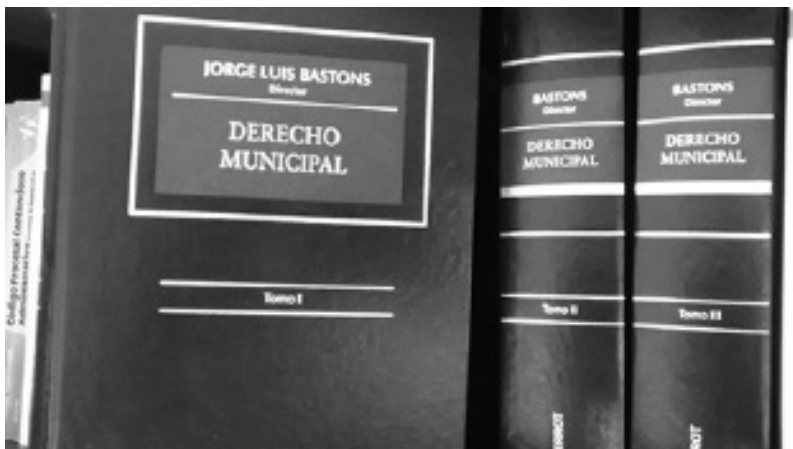
OBRAS A LA VENTA

Genocidas en pantuflas.
Gerontología instrumental
De la ciencia domiciliaria,
Clamaran.
Viejitos silencios, al sol.
Se llevaran, la muerte negada
la Justicia, no.
No, la Historia.

BAIBIENE Ramón Mariano

Reseña del libro “Derecho Municipal”

Por Diego Ucin



Resulta por demás conocido que el estudio del llamado Derecho Municipal comprende la reflexión sobre una multiplicidad de temáticas y aspectos jurídicos íntimamente vinculados e interrelacionados en distintos órdenes que, en rigor, exceden lo estrictamente local. Y ello supone una mirada amplia que contemple, de alguna manera, todos esos elementos.

Esa idea en el abordaje de la materia municipal es la que mayormente se vislumbra en esta voluminosa obra. No sólo por la variedad y extensión de los contenidos abarcados a lo largo de sus páginas, sino por la profundidad en el tratamiento de los distintos tópicos sobre los que discurre.

En ese marco, el libro presenta una primera parte, de carácter general, con trabajos dedicados a asignaturas medulares de la disciplina -de los que no puede prescindirse en una obra de esta trascendencia-, y que conciernen al régimen federal, la autonomía municipal, la potestad tributaria local, el poder de policía de los municipios, la justicia de faltas, los servicios públicos municipales, la responsabilidad del Estado y de los funcionarios locales, entre otras.

A lo anterior le sigue un segundo apartado, que se extiende por más de dos tomos, cuyo contenido comprende el estudio pormenorizado de los regímenes municipales de cada una de las provincias de nuestro país, así como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el cual la aproximación a los sistemas jurídicos locales se estructura a partir del análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial de sus puntos salientes. Así, por ejemplo, en materia de empleo público, procedimiento administrativo, conflicto de poderes, tasas municipales, competencia ambiental, régimen de contrataciones, etc.

Y ya sea en una u otra sección, se aprecia que en el desarrollo de los diferentes temas incluidos se ponderó no solo el valor estrictamente académico que presentan, sino también su interés práctico para los diversos operadores jurídicos que, en algún sentido,

se vinculen con cuestiones de la índole de las allí comprendidas. Lo que, en definitiva, arroja como saldo un valioso aporte a un capítulo central de nuestro Derecho Público. De allí que la presente obra configure un material de investigación y consulta de significativa utilidad para los estudiosos de la materia jurídica municipal, como para los abogados, magistrados y funcionarios estatales que intervengan en la aplicación de tal derecho.

La convocatoria y coordinación de los 140 autores que intervinieron en el libro -entre los que se encuentran muchos de los más destacados doctrinarios del país en materia de Derecho Público-, la selección de los temas y la participación directa en varios de los artículos que lo integran estuvo a cargo de su Director, el Dr. Jorge Luis Bastons; quien, por cierto, ya contaba con numerosas publicaciones sobre la disciplina.

Y si bien aquello supuso una tarea ardua y compleja, el resultado obtenido verdaderamente justifica y recompensa con creces tan abrumadora labor.



TRABAJOS DE SEMINARIO DE GRADO

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

**PORTADA: VIVIANA KERT | REBERVERANTE SELVA MISTERIOSA.
TÉCNICA MIXTA 70 X 90.**

OBRAS A LA VENTA

Un dislate sintético, no, patético
No, perdón, quise decir
Poético.
Ocurrió al cerrar, no, perdón
Al abrir
la puerta; una puerta neurótica,
No, perdón, giratoria.
Efímera como la verdad.

BAIBIENE Ramón Mariano

Derecho humano a la salud: IOMA ante enfermedades terminales

Por Lucía Rocío Corti

I. Introducción

En este trabajo me propuse enfocar el estudio hacia las cuestiones que surgen a nivel provincial cuando aparece afectado gravemente el derecho a la salud de las personas, en su carácter individual y en casos particulares, donde lo común suele ser requerir asistencia o respuestas a la administración pública, en principio y luego judicial, con el objetivo de que apaleen tales contingencias o les brinden las herramientas para acceder efectivamente al derecho.

La idea fue realizar un estudio crítico y para ello comencé por conceptuar el derecho a la salud, que a grandes rasgos definí como un Derecho Humano fundamental e interdependiente con todos los derechos humanos, relacione especialmente al Derecho a la Salud con el Derecho a la Vida y a la Dignidad, enumeré sus caracteres esenciales, consigné que éstos estando todos presentes hacen al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, determiné el alcance de ésta última conjugación, siempre basándome en ideas preestablecidas por los instrumentos internacionales y dándole una interpretación propia y crítica a cada tema.

Asimismo, presenté el esquema normativo Internacional (con criterio acotado a los instrumentos con jerarquía constitucional), el Nacional y el esquema a nivel de la Provincia de Buenos Aires. Aquí también hice los comentarios que consideré pertinentes.

Llegando al final del trabajo contrasté lo visto hasta entonces con las posibilidades y consecuencias que se dan en la vida cotidiana por el accionar de los distintos agentes en el campo de la Seguridad Social y Derecho a la Salud, con especial referencia a las circunstancias que viven las personas que padecen enfermedades graves.

Para darle aún más relevancia a mi postura desarrollé un caso testigo girando sobre la misma temática de la investigación, el cual consideré importante compartirlo para dejar algunas cuestiones a pensar.

Por último, cerré el presente con una conclusión personal que puede verse desde distintas perspectivas, es decir, puede uno entenderla como profesional o estudiante del derecho o, simplemente pararse en el rol de ciudadano y plantearse a sí mismo si realmente nos encontramos protegidos por el Estado a la hora de avizorar el pregonado Derecho a la Salud.

II. Concepto de salud

En el preámbulo de la Carta Orgánica de la Organización Mundial de la Salud se define este concepto como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. Sin embargo, es necesario agregarle un enfoque jurídico a esta concepción por demás amplia y entender que la salud es un derecho, que es inclusivo, es “un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” y que por ello el estado de salud de una persona no puede comprometer, afectar u obstaculizar el ejercicio de otros derechos.

Entonces, podemos comenzar a hablar no ya del término “salud” sino del “derecho humano a la salud” lo cual le da mayor significancia y entidad.

Debe tenerse en cuenta que el derecho a la salud es reconocido internacionalmente, que numerosos países y organizaciones han realizado estudios contextuales y a partir de los mismos arribaron a la firma de acuerdos internacionales, dándole un marco al concepto primigenio (que lo categorizaba como la simple “ausencia de enfermedad” o el “gozar de buena salud”), desarrollándolo hasta entender que va más allá de esas circunstancias eventuales, que en realidad se trata de un derecho a la protección de la salud, todo ello con el fin de obligar a los estados participantes a garantizar el pleno goce de este derecho como el de tantos otros. Es por este proceso que el derecho a la salud se eleva a la clase de Derecho Humano con todo lo que ello implica.

1. Elementos y alcance del mismo

Asimismo, la Constitución de la OMS establece el alcance con el que debe ser interpretado este derecho y en este sentido dice “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. En concordancia con lo que vienen disponiendo los distintos cuerpos normativos tanto internacionales como locales, le asigna al derecho la salud un vínculo estrecho con el principio de no discriminación tan pregonado.

A continuación se transcriben partes pertinentes de la Observación General N° 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales donde se desarrollan los elementos que componen el derecho a la salud, al respecto expresa que “son esenciales e interrelacionados” y que “su aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte”. Ellos son:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas (...)

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. (...) deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna (...) deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. (...) Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades. (...) También implica accesibilidad económica (asequibilidad): (...) Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que estén al alcance de todos (...) La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. (...)

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser res-

petuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

2. Importancia del Derecho a la Salud y su relación con el Derecho a la Vida y a la Dignidad

Conocida la inclusión del Derecho a la Salud en la categoría de DDHH y recalando que es un derecho fundamental, para palpar su importancia considero que es necesario extendernos a las redes que ofrece el catálogo de los DDHH.

En principio, se puede ver el Derecho a la Salud íntimamente relacionado con el Derecho a la Vida, la relación aquí resulta clara ya que la afección de la salud por alguna enfermedad, puede enfrentarse con innumerables posibilidades como no tener acceso a la atención médica o que de recibirse la misma no sea adecuada, que las trabas burocráticas del sistema lleve a que la enfermedad se torne irreversible y progresiva, o la simple omisión de los Estados que desampara a los grupos marginados no brindándoles siquiera el acceso a la información sobre cuestiones de salud, entre miles de hipótesis que podemos imaginar, muchas veces el resultado termina por comprometer la vida de la persona afectada y es aquí donde más se hace presente la relación que intento explicar. A su vez, en cada hipótesis planteada, en cada situación que podamos imaginar o vivir, viene comprometida la Dignidad de la persona que sufre “x” enfermedad o que se encuentra afectado en su salud actual o inminentemente. Imaginemos por un momento aquella persona que encima de sus padecimientos físicos y/o psíquicos debe salir a la calle, ir por ejemplo a buscar trabajo y que se lo discrimine por tener capacidades diferentes, o que al golpear las distintas puertas de la administración pública ninguna de la ayuda que necesita ya sea un medicamento, asistencia médica, provisión de insumos como agua potable o las innumerables particularidades que nos permitamos pensar. ¿Qué ocurre con aquella persona que se encuentra transcurriendo el último tiempo de su vida (consciente o no de ello) que no tiene la posibilidad de procurarse por sus medios el tratamiento o remedio que alivie su dolor, que las respuestas a sus requerimientos sean puras negativas? Estas personas no ven efectivizado el principio que consagra “el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Por el contrario, se sienten humillados en cada paso, la persona va perdiendo la voluntad al mismo tiempo que su dignidad, lo cual importa el agotamiento de sus ganas de luchar por los derechos que le pertenecen por su simple calidad de ser humano.

III. Marco jurídico

A continuación, haré mención de los distintos textos legales en los cuales podemos fundar nuestro Derecho a la Salud. Para no caer en repeticiones innecesarias, desarrollaré

los que humildemente considero pertinentes o de mayor relevancia por ser de aplicación general, haciendo hincapié en los textos que lo reconocen expresamente.

a- A nivel Internacional, como fui anticipando, contamos con numerosos instrumentos que tutelan el Derecho a la Salud, algunos lo regulan un poco más otros un poco menos pero al fin y al cabo todos giran en ideas centrales, dándole en algunos casos un concepto, determinando su alcance, considerando grupos vulnerables, preestableciendo obligaciones en cabeza de los Estados firmantes, la protección judicial y las eventuales responsabilidades ante incumplimientos, etc.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su art. 25 consagra el derecho en estudio relacionándolo a “un nivel de vida adecuado (...) que asegure la salud y el bienestar (...)” Además, este artículo comienza a incluir a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales como factores de influencia para la salud. El derecho a la seguridad social es reconocido también aquí como otra arista a garantizar.

A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dedicado a este derecho el siguiente desarrollo. En el art. 12 pto. 1, establece que “los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En el punto que sigue establece pautas que los Estados deben adoptar para asegurar tales objetivos y entre ellas se encuentran la prevención y el tratamiento de las enfermedades (...) y “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El Protocolo de San Salvador reitera en su art. 10 el mismo concepto acerca del “disfrute del más alto nivel...” pero agrega que los Estados comprometidos deben garantizar la adopción de medidas tendientes a garantizar el derecho y enumera entre ellas: la atención médica primaria y su alcance para toda la comunidad; la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado (que puede resumirse en los principios rectores de igualdad y no discriminación); el tratamiento especial para los grupos más vulnerables y marginados, etc.

Este último establece como herramienta de control sobre los Estados partes, los informes periódicos que deben elevar a los Consejos Interamericanos expresando las medidas llevadas a cabo para el progreso de la efectividad de los derechos allí consagrados como así también el resultado que arrojaron.

Debe tenerse presente la llave de entrada al Sistema Interamericano que la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos ha dejado plasmado en su art. 26 que se titula “Desarrollo progresivo” y que se aplica especialmente para el reclamo judicial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (entre los cuales se ubica el derecho protagonista del presente trabajo). El mismo deja dispuesto que “los Estados partes se comprometen a tomar providencias (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas (...) contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Progresividad supone la no regresividad, un movimiento que avance y amplíe las prerrogativas. En virtud de este concepto es que se funda la rendición de cuentas de los

países para acreditar que se adoptan medidas progresivas. Es dable advertir que esa realización progresiva se encuentra sujeta a la condición de los recursos disponibles en el Estado parte que se trate.

b- A nivel Nacional, tenemos nuestra Ley Fundamental que al respecto no cuenta con un artículo que garantice expresamente el Derecho a la Salud (sin perjuicio del art. 75 inc. 22 que significa su incorporación a la misma a través de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, antes desarrollados).

Sin embargo, su base legal la podemos encuadrar en el art. 33 que consagra el reconocimiento de los derechos implícitos nacidos de la soberanía del pueblo.

El art. 14 bis, cláusula tercera, pone en cabeza del Estado la “obligación de otorgar los beneficios de la seguridad social” y que la misma debe entenderse en los términos de “integral e irrenunciable”.

A su vez, el párrafo primero del art. 42 se refiere al derecho de toda persona a la protección de la salud, pero esta disposición tiene en miras la defensa de los consumidores, que es apenas una parte del Derecho a la Salud.

En estos últimos dos preceptos, pretendo anclar la relación que surge entre el Estado, las Obras Sociales y los ciudadanos que requieren los servicios de la salud pública. Pero este tema merece un punto particular que más adelante desarrollaré.

Asimismo, contamos con leyes que se encargan del reconocimiento de forma indirecta del derecho a la salud, es decir, que tutelan o amparan al mismo estableciendo normativas sobre seguridad social. Así la Ley 23.660 del Sistema Nacional de Obras Sociales y Ley 23.661 del Sistema Nacional del Seguro de Salud (ambas correspondientes al año 1989) se presentan indicando los aspectos a observar por las obras sociales, sus obligaciones, señalando cuales van a estar bajo tal régimen legal, fijando la forma de administración y financiamiento que deben observar tales entidades, invistiendo a sujetos particulares de la calidad de beneficiarios de los servicios de salud, estatuyendo los requisitos básicos a cumplir para poder acceder al sistema, acordando sobre las funciones y atribuciones de organismos como la Administración Nacional de Seguros de Salud, el Sistema Nacional del Seguro de Salud, Dirección Nacional de Obras Sociales, Dirección Nacional de Fondos de Recaudación, previendo acerca del rendimiento presupuestario y órganos de contralor, además de los casos de responsabilidad ante eventuales incumplimientos o abusos, etc.

Posteriormente, nace la Ley 24.455 sobre las Prestaciones Obligatorias que deberán incorporar aquellas recipiendarias del Fondo de Redistribución de la Ley 23.661. Esta ley, sancionada y promulgada en el año 1995, manda a todas las Obras Sociales comprendidas en la leyes 23.660 y 23.661 a incorporar de manera obligatoria prestaciones médicas para las personas con padecimientos consecuentes de la drogadicción, enfermedades retrovirales, SIDA y/o enfermedades interrecurrentes; precisa que estas personas deben contar con la asistencia para los tratamientos médicos y psicológicos necesarios y que a tales fines se obliga a las Obras Sociales y al Estado a cubrir las mencionadas contingencias. También dispone sobre el control de los organismos administrativos sobre la elaboración de programas que tiendan el cumplimiento de lo normado.

c- A nivel provincial, observando en particular a la Constitución de la Provincia de Buenos aires, ésta se ocupa del Derecho a la Salud en el artículo 36 inc. 8, el mismo instituye que La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales, o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: (...) Inciso 8) A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico dependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización.”¹⁶ (...)

En este punto puede advertirse la amplitud de tratamiento que se brinda a la Salud como derecho, es de gran importancia la responsabilidad que asume la Provincia a la hora de garantizar el acceso de todas las personas en cada etapa o posibilidad ya que puede requerirse la prevención, a través de la educación por ejemplo, o con estrategias más activas como trabajos sobre higiene y seguridad en todos los ámbitos de la comunidad; o bien puede requerirse la asistencia cuando ya aparece un problema que afecta a la salud individual o pública de manera actual y para ello deben llevarse a cabo medidas positivas como ser la provisión de insumos a hospitales o remedios a una persona que no puede procurárselo por sí misma. Refrescando la categoría de bien social que el artículo le otorga a los medicamentos, esto significa que existe un interés social sobre el mismo, que se basa en los demás derechos reconocidos y en la interrelación de los mismos, insisto en la dignidad y la integridad de la persona como principales afectados ante la carencia continuada del medicamento adecuado. Y por último, como el texto lo menciona, la Provincia debe garantizar el acceso a los tratamientos terapéuticos, vinculados también con la prevención y la asistencia, pues una cosa va de la mano con otra y en algunos casos es necesario tomar todos los tipos de medidas para abolir o disminuir el problema que afecta el goce del Derecho a la Salud. No está demás aludir que los tratamientos terapéuticos importan tanto tratamientos psicológicos como físicos o sociales, con la mayor amplitud que brindan hoy en día los equipos multidisciplinarios.

IV. El Estado y las Obras sociales: Función que cumplen. Caso particular de IOMA

A esta altura del trabajo, contamos con el conocimiento que el Estado en su postura nacional, provincial o municipal, es el sujeto responsable de brindar las herramientas necesarias, tendientes al amparo de la población que requiere que su Derecho a la Salud se torne efectivo. Lo mismo ocurre puertas hacia afuera, donde puede ser sancionado internacionalmente por no observar las normas de DDHH.

El rol del Estado, en su faz de promotor y protector de derechos, se encuentra acompañado de las Obras Sociales. Estas, constituyen un segmento de la respuesta de la seguridad social e intentan cumplir con los fines propuestos por el Estado relativos al disfrute del Derecho a la Salud en su nivel más alto.

Personalmente, me interesa enfocarme en el estudio de la Obra Social IOMA, la cual desarrolla su actividad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, conforme a lo normado en el art. 1° de la Ley local N° 6.982 Carta Orgánica de Instituto de Obra Médico Asistencial.

Para empezar, hay que definir el concepto de Obras Sociales Provinciales, éstas “son entes autárquicos, que se sustentan en la filosofía de seguridad social, los que tienen la finalidad de brindar servicios de salud y sociales a sus afiliados/ beneficiarios forzosos, los que son financiados mediante el aporte y la contribución obligatorios, de los trabajadores/ empleadores públicos y del Estado provincial empleador” (Garay y Jaimarena, 2014). Así, en el artículo 1° de la Ley estatuye que “funcionará como entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente...”: esto significa que IOMA se basta a sí misma administrativa y financieramente, es decir, se autoabastece con recursos propios. El mismo artículo continúa así, “...que realizará en la Provincia todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial...”: los fines de que habla esta frase está contenida en el art. 36 inc. 8° de nuestra Constitución Provincial (ya citado).

Avanzando sobre el mismo precepto, encontramos designados a los sujetos destinatarios de los servicios que brinda IOMA de esta manera: “...para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen”... Son afiliados y beneficiarios obligatorios los empleados de la administración pública provincial y municipal como así también los las personas jubiladas y pensionadas por la administración local. Los sujetos que integran el núcleo familiar del afiliado directo son alcanzados por la figura de afiliado “a cargo” mediando un aporte adicional. También existe la posibilidad de afiliarse voluntariamente a la obra social con pago de una suma pecuniaria.

...La actividad del organismo se orientará en la planificación de un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia, teniendo como premisa fundamental la libre elección del médico por parte de los usuarios...”, esta parte es meramente ficticia ya que si el medico no está inscripto en el padrón del Instituto, el paciente no puede acudir al mismo con la cobertura que debería tener de aplicarse el precepto; “... reafirmando el sistema de obra social abierta...”, vinculado a la posibilidad de incorporar al sistema afiliados voluntarios; “...y arancelada”, esto último tiene que ver con las sumas que deben abonarse en concepto de aportes y contribución para acceder a sus servicios.

1. Plano fáctico. Realización y efectividad en los tiempos actuales cuando se trata de enfermedades terminales

A esta altura del trabajo me toca darle un toque de crudeza a la ficción normativa, intentando denotar si las personas que se encuentran buscando que el Derecho Humano a la Salud traspase “la letra de la Ley” logran verlo realizado en cada caso y /o en general. Humildemente considero que acá surgen cuestiones donde colisiona el sentido intrínseco de las normas constitucionales con el sistema que se formó a la inversa de los valores contenidos en aquéllas.

Quiero acotar que no existe una previsión que garantice la provisión de medicamentos a las personas que sufren enfermedades graves como el cáncer por ejemplo, que com-

prometen tanto a la vida misma como a la dignidad humana e integridad física, que se encuentran casos de ésta índole cotidiana y frecuentemente. El programa “Cuidarte” de IOMA está destinado a pacientes oncológicos en estadios avanzados de la enfermedad, que requieran atención médica en su domicilio (Fuente: Página Web oficial de IOMA, extraído en fecha 25 de Agosto de 2016. http://www.ioma.gba.gov.ar/programa_cuidarte.php).

Para darle sustento a mis afirmaciones, cabe razonar por un momento sobre la cantidad de casos que son judicializados para poder obtener la cobertura correspondiente. Y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “R., N. N. c/ INSSJP s/ amparo” – CSJN, donde se planteaba un recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala Civil, de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata que no hacía lugar al pedido de cobertura del 100 % de una medicación disponiendo se cubra el 40 % conforme lo establecía un decreto.

Del dictamen del Procurador que la Corte toma como argumentación propia, surge que tiene dicho (la Corte) que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos: 323:3229).”

2. Caso Testigo

He aquí, el análisis de un caso particular que llamo “testigo” por haberlo palpado de cerca. La víctima identificada como “L.C” interpuso acción de Amparo solicitando medida cautelar por encontrarse en situación de grave enfermedad.

Se trata de un caso, que comenzó con la negativa de IOMA a la entrega de un medicamento especialmente recetado para el tratamiento del cáncer, el cual había llegado a un estadio delicado donde otra droga no surtiría los efectos deseados, según su médico especialista.

L. C., afiliado a la Obra Social cuestionada en virtud de ser empleado municipal, acreditó en su pedimento la imposibilidad de afrontar el elevado costo de la sustancia solicitada. Luego de incansables reclamos en la sede de IOMA local, y ante las diferentes excusas burocráticas que concluyeron de Sede Central en la denegación de la mencionada receta, se inician actuaciones en virtud de que la medicación debía ser continua y no podía cortarse.

A pesar de los reiterados reclamos, vía fax, e-mail y carta documento, transcurridos tres meses sin poder haber retomado el tratamiento, empezaron a notarse consecuencias que pusieron en juego la vida de una persona.

El abogado patrocinante fundó su escrito en la afección del derecho a la vida, a la salud, a la dignidad e integridad personal, garantizados en la Constitución Nacional, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal

de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

El Juez interviniente tuvo por acreditadas las alegaciones vertidas por la víctima y en atención a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el L.C., ordenando al Instituto de Obra Medica Asistencial (IOMA) a proveer la cobertura del medicamento.

A pesar del resultado favorable del proveído, IOMA siguió encontrando excusas para no cumplir con lo ordenado, delegando la responsabilidad en las farmacias y laboratorios que hipotéticamente no estaban produciendo la medicación requerida.

V. Conclusión personal

El estudio de este tema, un tanto inagotable por las infinitas casuísticas que pude encontrar, me permitió al menos esquematizar cuáles son las principales fuentes legales en las cuales puede argumentarse un reclamo, que sin perjuicio del peso, o mejor dicho reconocimiento que tienen las normas internacionales, a la hora de emprender el camino de las burocracias lentas y constantes obstaculizadoras que caracterizan a la administración pública tanto nacional como local, terminan por agotar a quien se encuentra con una verdadera necesidad.

Tratando de hacer una crítica puntualmente jurídica, comprendí que a pesar de los numerosos preceptos establecidos existen vacíos legales, quizás hay sobreabundancia en algunos aspectos regulados del derecho a la salud desamparando otros que no son desconocidos o fenomenales como para pasarlos por alto.

Además, debo criticar y esto como ciudadana, lo poco humanitario que se torna en la realidad el acceso al goce del Derecho a la Salud. La consideración del mismo como un DDHH se deja de lado a la hora de recibir atención médica de urgencia si quien lo necesita no presenta un papel para acreditar su estado de afiliado. Claro, se pretende que esa persona acuda a un centro de atención pública no entendiéndose que se encuentra en peligro su integridad, por ejemplo.

Un aprendizaje que obtuve en el desarrollo de esta tarea, fue el porte de bien social que invisten a los medicamentos. Sin embargo, entiendo que cambia su carácter para pasar a ser patrimonial cuando significa meramente un negocio sin miras al fin del mismo. Ningún derecho humano se puede proclamar cuando la droga que se necesita es de tan elevado valor, o si, pero la realidad demuestra que en aislados casos se puede obtener una respuesta razonable y adecuada. Por ello, resumo que se ha hecho un mercado también a costa del Derecho a la Salud. En el caso “Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios” del año 1995 (Fallos: 318:2311), la Corte expresó que “La fiscalización estricta de la comercialización de productos medicinales constituye una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública.” No puedo dejar de citar lo dicho por el jurista Carlos Ghersi que sobre el particular no encontré mejores palabras:

La sociedad como núcleo organizado, al cual cada uno de nosotros le entrega parte de su libertad, debe colocarse al lado del sufriente, pues esa es la “función social del esta-

do o la sociedad organizada, de lo contrario esta última no tiene finalidad teleológica, y pierde razones de su esencia y existencia. La entrega de un medicamento a un enfermo de cáncer, no puede ser negado bajo ningún pretexto, es más importante que construir autopistas para que circulen automotores, es más importante que el financiamiento de la política, es más importante porque se trata de quitar el dolor, de ser misericordioso con el otro ¿será esto tan difícil de entender por algunos funcionarios públicos?

Para concluir y reiterar una idea que considero, no debe olvidarse, transcribo la siguiente frase: “El derecho a la vida no es un derecho a secas, por sí y en sí, sino lo es indisolublemente unido a la dignidad, a la calidad de vida, al goce del ser humano.” (Pedro, 1999).

VI. Bibliografía

Fuentes Alcedo Carlos Iván. *Protegiendo el Derecho a la Salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estudio comparativo sobre su Justiciabilidad desde un punto de vista Sustantivo y Procesal*.

“Derecho a la Salud” Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaría de Jurisprudencia. Mayo 2010. Fallo “P. L. J. M. c/ IOMA s/ Amparo”. S.C. P. N° 876; L. XLVII.

Garay Ernesto y Jaimarena Brion Guillermo. *Obras Sociales Provinciales y derecho a la salud*.

Rizzi Guillermo, Fabián. *Los DESC como Derechos Fundamentales frente a las nociones de acceso a la Justicia. El caso del derecho a la educación y a la salud en la Provincia de Buenos aires*.

Vásquez Javier. *El derecho a la salud*.

Observación general N° 14. Comité DESC. 22° período de sesiones en Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

ONU. “Derechos humanos, salud y estrategias de reducción de la pobreza”.

“El derecho a la salud”. Folleto informativo N° 31.



TRABAJOS DE POSGRADO

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | TIERRA FÉRTIL.

TÉCNICA ACRÍLICO 50 X 50.

OBRAS A LA VENTA

¿Cómo llegó esta historia a mis manos?
¿Como el sol de la mañana?;
¿Como un impulso de garabatos y rostros inconclusos?,
empujados desde el margen;
¿Como el encuentro de muelle y madrugada?
¿Como cae una bolsa al mar; un relámpago, un ave de presa?
Quizás, la madrugada y la bolsa,
el muelle,
el relámpago,
y ... el mar,
tan solo llegaron
a una historia que ya estaba.
¿Y si fue la tinta?
que abrió caminos
para mojar la pluma,
que escribirá
mis manos.

BAIBIENE Ramón Mariano

Países en vías de Desarrollo: Empleo Público, Progresividad y Rol del Estado. El caso argentino en el período 1989 – 2016.

Por Gerónimo Martín Erdmann Mc Donald

I. Introducción

El presente trabajo parte de la premisa de que un país en vías de desarrollo sólo podrá desarrollarse y ser congruente con el principio de progresividad en materia de derechos humanos, si el Estado asume una postura activa y presente en todas las áreas posibles, provocando el aumento de la variable “empleo público”, punto neurálgico del análisis.

Las herramientas internacionales seleccionadas para abordar la temática serán las Observaciones Generales del Comité PIDESC, las Recomendaciones de la OIT, el Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo de San Salvador como faro interpretativo del derecho al trabajo.

Se utilizará como caso testigo, al período histórico argentino entre 1989/2016, donde se pueden extraer claros resultados dependiendo del rol que asume el Estado, cómo repercute en el empleo público y las consecuencias en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Resulta necesario iniciar este recorrido contemplando que el mundo se encuentra dividido en tres categorías de países: “desarrollados”, “en vías de desarrollo” y aquellos que, por sus condiciones sociales, políticas y económicas, son calificados como “subdesarrollados”.

Si bien no es el objetivo analizar esta categorización, es dable dejar plasmada cierta discrepancia con la metodología utilizada e incluso con la propia idea de “progreso” que se pretende globalizar. Pero centrando la mirada en la categoría “países en vías de desarrollo” (en adelante PVD), la misma plantea una aspiración concreta: ser desarrollado.

Para ello, considero que dicho objetivo deberá ir de la mano, necesariamente, del “principio de progresividad” ubicado en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ (en adelante CADH) como también en el art. 1 del Protocolo de San Salvador² para aquellos países que ratificaron dicho instrumento y las observaciones y recomendaciones de los diversos organismos internacionales en relación al desarrollo, el rol del Estado y el derecho al trabajo, como derecho fundamental.

Resulta inescindible esa relación desde una perspectiva de concreción de los derechos. Todo proceso de desarrollo que carezca de una mejora en la satisfacción de las condiciones mínimas de dignidad de los hombres y mujeres de un país, resulta un simulacro

¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Aprobada por la República Argentina mediante ley n° 23.054.

² Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Aprobado por la República Argentina mediante ley n° 24.658.

que no tiene como objetivo el cumplimiento acabado de las obligaciones internacionales asumidas.

La falsa dicotomía sobre las categorías de derechos humanos hace comprender que la progresividad debe darse en todos los ámbitos. El rol que cumple la interrelación entre los diversos derechos hace que, en la balanza de la exigibilidad, ninguno valga más que otro sino, por el contrario, la satisfacción mínima e indispensable de todos ellos lleva a que la dignidad humana sea elevada al rango de prioridad en la escala de desarrollo de los países.

II. El “desarrollo” como objetivo del Estado

Por la estrecha extensión del trabajo, describiré someramente lo que entiendo por “desarrollo” y qué implicancias tiene en la conformación de los objetivos del Estado.

El término “PVD” se refiere fundamentalmente a su aspecto económico, se aplica a naciones caracterizadas por un retraso importante de su población en clave de cobertura de derechos, un alto nivel de desigualdad social, cierta debilidad institucional e inestabilidad política. Son múltiples las variables para determinar el grado de desarrollo, pero se focaliza en particular en las económicas, lo cual habla de una definición asumida por parte de quienes establecen las categorías al dejar por fuera una multiplicidad de datos que resultarían esclarecedores y justos.

Para ello, traigo a colación al constitucionalista Arturo Sampay, quien plantea un doble esquema de desarrollo:

“El ‘Desarrollo Político’ es el establecimiento de las estructuras político-institucionales más conducentes a un acelerado desarrollo económico. Y el ‘Desarrollo Económico’, consiste en establecer las estructuras socio-económicas más aptas para explotar con procedimientos modernos los recursos con que cuenta la comunidad política a fin de que, multiplicando la productividad del trabajo social, todos y cada uno de sus miembros gocen de los bienes materiales y culturales de la civilización. (...) Queremos significar que el ‘Desarrollo Económico’ debe estar encauzado por una ‘Finalidad Ética’”. (Sampay, 1974)

Conforme el autor, el “desarrollo” debería pensarse en principio desde una mirada política, para luego sí poder abordarlo desde lo económico. Abogo esta mirada de que no existe posibilidad de impulsar las estructuras socio-económicas sin un desarrollo de las político-institucionales que le den andamiaje, respaldo y solidez, pero con mayor ímpetu fortalezcó la idea de que todas deben dirigirse a una “finalidad ética”.

El puente que se construye entre desarrollo y derechos humanos, tiene un elemento normativo característico como es el “principio de progresividad” o “no regresividad” (art. 26 CADH). A mi entender, los PVD no poseen otra alternativa que navegar hacia el desarrollo bajo la bandera de dicho principio, de lo contrario, sería contradictorio. El desarrollo tiene como rasgo esencial lo progresivo, por ende, a medida que el Estado avanza hacia el ideal debe reconstruirse.

Me atrevo a pensar que no existe posibilidad de abordar esta relación “desarrollo-progresividad” sin un Estado con una base político-institucional fortalecida, por medio de la cual se organicen las herramientas y políticas necesarias a los fines de garantizar un piso mínimo de derechos.

Esta postura incita a deducir que, ante la mayor presencia del Estado en las diversas áreas, la demanda de empleo público se verá incrementada como una *“conditio sine qua non”*.

III. El derecho al trabajo y la progresividad en la normativa internacional

Desde una perspectiva histórica, partiendo de la propia génesis del mundo moderno y la implantación de una hegemonía capitalista globalizada, el derecho al trabajo y los derechos del trabajador, han provocado una enorme tensión al centro de dicho dispositivo de poder. El quiebre de esta relación la expresa el “Derecho Social”, una corriente que interpretó demandas del sector trabajador como de otros igualmente desfavorecidos.

Como consecuencia tenemos dos instrumentos internacionales de derechos humanos: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Pretendiéndose plantear una dicotomía entre ambos *“basada en la idea de que los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación “inmediata”, requiriendo obligaciones de abstención (negativas) por parte del Estado, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación “progresiva”, requiriendo obligaciones positivas”* (Cançado Trindade, 1994).

La tesis sobre las “Generaciones de Derechos Humanos”, ha quedado obsoleta. Esta idea de que los derechos civiles y políticos y los DESC se diferencian por la inmediatez de la respuesta y por estar atados a obligaciones negativas los primeros y a obligaciones positivas los segundos, resulta de una falsedad insoslayable que desliza subrepticamente el pensamiento de que los DESC no podrían ser derechos exigibles judicialmente, poniendo en crisis la efectiva justiciabilidad de los mismos.

Cerrando este paréntesis histórico, retomo el propio PIDESC en cuyo tercer párrafo de los considerandos reza que *“no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.”*

En lo particular, el derecho al trabajo es uno de los de mayor trascendencia para el ser humano, ello atento al enorme grado de interdependencia que posee con el resto de los derechos, siendo en parte el generador de dichas “condiciones” para el goce de los mismos. La Observación General N° 18 (OG N°18) del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales³ (en adelante “Comité DESC”), en su Sección primera, lo relaciona con 3 dimensiones:

1. La interrelación para la concreción de otros derechos.
2. Lo propia supervivencia *“del individuo y de su familia”*.
3. La dimensión individual *“en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad”*.

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, el derecho al trabajo tiene una primera referencia en el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos

³ Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales - Observación general N° 18 “El Derecho al Trabajo” - Aprobada el 24 de noviembre de 2005.

Humanos, allí se inscriben en cuatro incisos los derechos individuales y colectivos que componen al trabajo. Ello mismo se replica en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en los arts. XIV y XV, con algún tinte distintivo.

El PIDESC es el instrumento emblema, principalmente su artículo 6°, que posee dos incisos: en el primero se reconoce el derecho al trabajo y se establece en cabeza del Estado la *“obligación de garantizar”* el mismo por medio de *“medidas adecuadas”*. En el segundo, brinda dos pautas sobre la direccionalidad de dichas medidas: una se dirige a la *“orientación y formación técnico-profesional”* del trabajador, la otra, se basa en la proyección de *“programas, normas y técnicas”* que tengan como fin el *“desarrollo constante”* en materia económica, social y cultural, ambas orientadas a *“la ocupación plena y productiva”*. Los artículos 7 y 8 poseen otras intenciones: proteger la *“dimensión individual”* del derecho al trabajo como la *“dimensión colectiva”*.

Ello mismo se puede ver reflejado en forma similar en el Protocolo de San Salvador, fundamentalmente en sus artículos 6° al 9°, donde se expresa el derecho al trabajo desde su faz individual como colectiva, los derechos en cuanto a remuneración, seguridad social, condiciones laborales y fundamentalmente las obligaciones que asumen los Estados firmantes de dicho instrumento Interamericano.

Queda claro que la obligación asumida por los Estados es tanto positiva como negativa, debiendo generar empleo, garantizar la permanencia de los trabajadores y las trabajadoras en él y -a contrario sensu- no ejecutar una política de despido incausado o injustificado de cierta masividad.

El rol del Estado parecería ser interventor al asumir la obligación de garantizar el trabajo. Al decir del párrafo veintidós de la OG N°18 *“el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar:*

- a) Respetar: *“no interferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho”*.
- b) Proteger: *“adoptando medidas que impidan a terceros interferir”*.
- c) Aplicar: Entendido como *“proporcionar, facilitar y promover ese derecho.”* que incluye *“medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otro tipo.”*

Es innegable que la finalidad de las medidas que debe asumir el Estado apunta hacia la *“progresividad”*. El inciso 2 del art. 6 del PIDESC le imprime ese horizonte al establecer que las medidas están *“encaminadas a conseguir el desarrollo”* y que, este último, debe ser *“constante”*.

Percibo que la vinculación del art. 6 con el principio de progresividad es palpable, siendo acompañado por el propio art. 2.1 el cual establece que *“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...) para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*.

Para lograr ese progreso, se postula la *“asistencia y cooperación internacional”* conforme el artículo 56 de la Carta de las NN. UU. y el propio PIDESC, ello mismo puede darse entre Estados, pero también con instituciones y organismos internacionales de crédito como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

En un PVD, la experiencia con dichos organismos se traduce en endeudamientos sistemáticos cuyas consecuencias fueron devastadoras para toda la sociedad, excepto

para empresas multinacionales y el sector financiero, de allí que la responsabilidad de estos organismos y países en las crisis mundiales, no sea menor. El párr. 53 de la OG N° 18 señala con precisión que: *“Las instituciones financieras internacionales deberían cuidarse más de proteger el derecho al trabajo en sus políticas de préstamo y sus acuerdos de crédito. (...) Debería hacerse un esfuerzo especial para velar por que en todos programas de ajuste estructural se proteja el derecho al trabajo.”*

Por medio de este andamiaje jurídico, se demarcan ciertos parámetros a la hora de tener que pensar una política estatal o de analizar la misma desde una mirada respetuosa de los estándares internacionales de derechos humanos que reinan en nuestro universo internacional.

Los próximos capítulos tienen la intención de sumergirse en la realidad de los PVD de nuestra querida América Latina, específicamente respecto al empleo público, para luego abordar el caso testigo de Argentina durante los años 1990/2016.

IV. Latinoamérica: Relación del Empleo Público y el rol del Estado

En el primer gráfico están resaltados los PVD que se encuentran agrupados en el G77. La gran mayoría se encuentra principalmente del centro hacia el sur del globo, lo cual no es casual si pensamos que son países que han sufrido la colonización en los últimos cuatro siglos. La región latinoamericana se encuentra inmersa por completo en esta categoría. Gráfico 1



Fuente: <https://internationalroom.wordpress.com/category/union-europea/>

El desafío para los PVD radica en la forma en que llegarán al objetivo, teniendo en consideración el postulado propuesto de un *“desarrollo político y económico constante con una finalidad ética”*. En esta sintonía es que la Justicia Social brota como elemento

primordial, por ser la única capaz de patear el tablero de las desigualdades materiales y posibilidades existentes en cada sociedad.

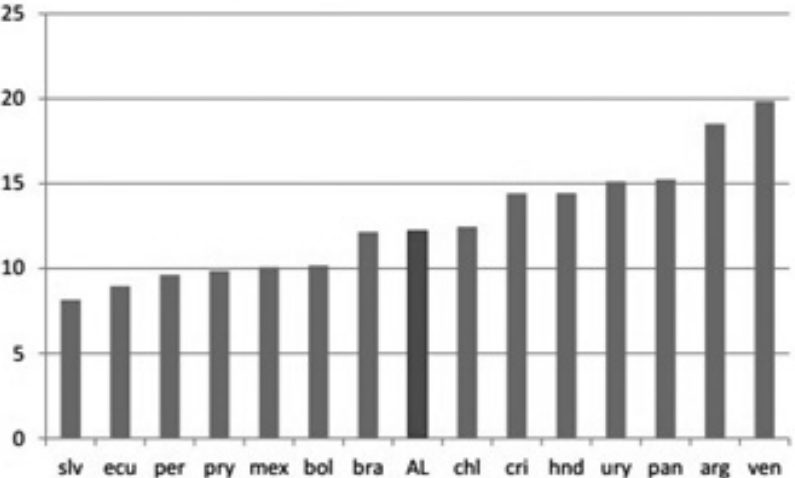
Como resultado, el empleo público verá un incremento cuantitativo y/o cualitativo, producto de una expansión de áreas necesarias para cumplir con el piso mínimo de dignidad al que se obligaron internacionalmente los Estados, bregando por una mayor eficacia y eficiencia en el desenvolvimiento de sus funciones.

Defino “empleado público” a toda persona que desempeña funciones retribuidas por el Sector Público o la Administración Pública, encontrándose en relación de dependencia y cuya actividad se desarrolla en el sector público y/o empresas estatales.

En el Gráfico 2 se distingue que al año 2012, el 12% de la masa total de trabajadores y trabajadoras de América Latina se desempeñaba en el sector público, lo cual evidencia un papel importante del Estado como agente empleador, siendo Venezuela y Argentina los países con índice más elevado con el 20% y 18,5% respectivamente. En contraposición, El Salvador y Ecuador arrojan un 8% y 9%.

Gráfico 2

**“Participación del empleo público en el empleo total
Promedio de América Latina, 2012**



Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina.

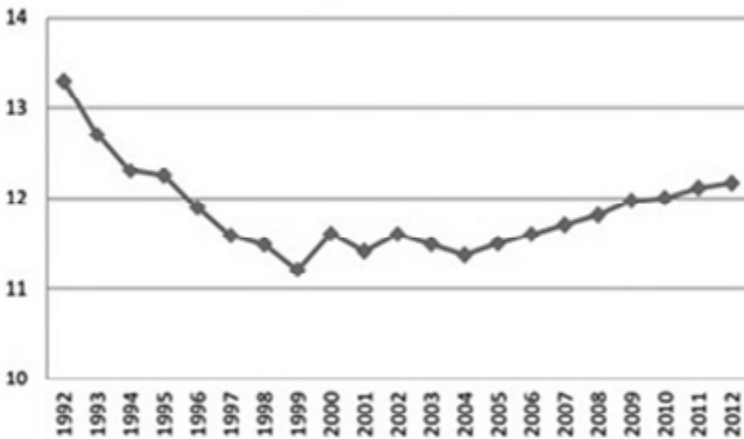
<http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

Pero este promedio regional ha tenido fuertes vaivenes producto de procesos históricos disímiles vinculados al rol que los Estados asimilan y las políticas impulsadas. Los siguientes gráficos iluminan los dos modelos existentes: uno de rasgos neoliberales de tinte economicista y aspiración universal, otro con características propias con base en lo popular y centrado en el componente nacional.

En ambos, el rol del Estado es diametralmente opuesto y el empleo público lo refleja. En el gráfico 3 se puede ver cómo se recuperó dicha variable en la última década, pero aun así, por debajo de los números alcanzados previo a la década neoliberal de los 90’.

Gráfico 3

Participación del empleo público en el empleo total
Promedio de América Latina, 1992-2012

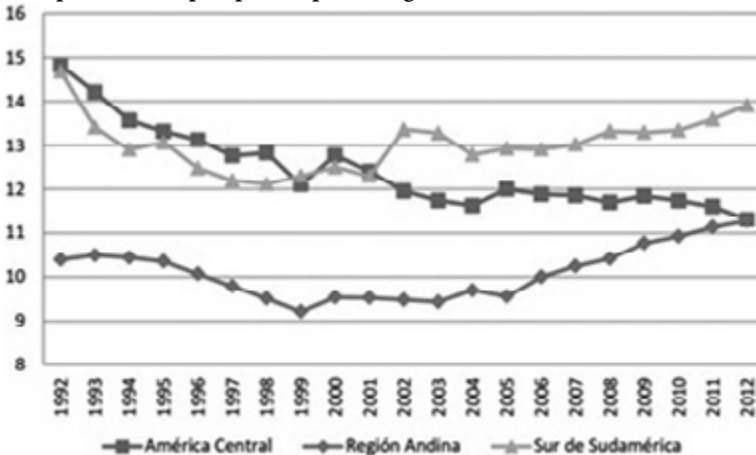


Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

Si bien existe una tendencia ascendente del empleo público, cuando analizamos las diversas regiones de nuestra América Latina nos encontramos con una constante. Durante el neoliberalismo, la región sufrió un unísono descenso en las tres subregiones (América Central, Región Andina y Sudamérica), sin embargo, en el Gráfico 4 se divisa que a partir del año 2000 los comportamientos son disímiles.

Gráfico 4

Participación del empleo público por subregión



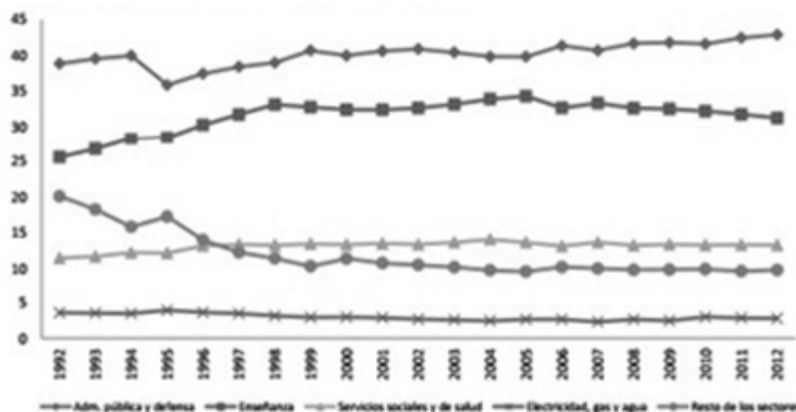
Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

Desmenuzando aún más estos números con la finalidad de identificar cuáles son los sectores del Estado en los que más repercuten ambos roles (intervencionismo o librecambismo), el Gráfico 5 expresa el punto neurálgico donde se centra la discusión: los recursos económicos, empresas del estado y emprendimientos productivos. Es evidente el enorme retroceso de la participación estatal producto de la ola de privatizaciones en el sector identificado como “Resto”, donde los emprendimientos del Estado se reflejan.

Gráfico 5

Participación de los empleados públicos por subsector

Promedio de América Latina, 1992-2012



Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

La década de los 90' significó para América Latina un proceso de concentración y extranjerización económica, desigualdad social, desprestigio del valor de la política y de crisis social al punto de sostener niveles muy elevados de desocupación, pobreza e indigencia. Una de sus causas fue el rol del Estado, el cual dejó de lado la protección de los más vulnerables frente a una situación social y económica agobiante. A su vez, la penetración de la doctrina económica neoliberal estuvo acompañada por un compuesto crucial como el liberalismo, lo que provocó que la sociedad latinoamericana sea víctima de la dominación cultural en esta versión moderna con características propias.

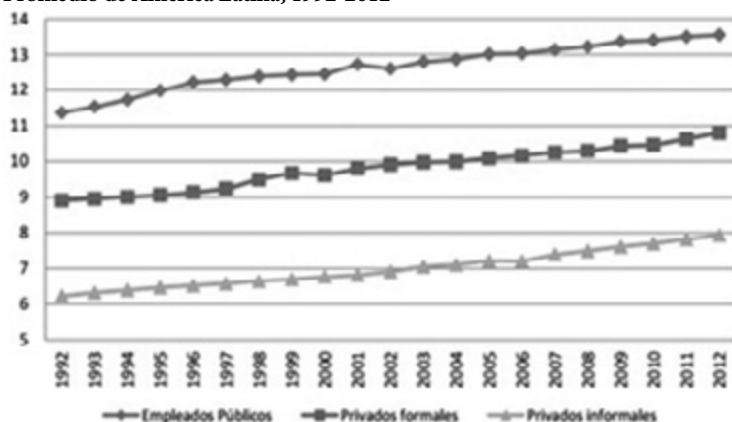
Desvalorizar el Estado radica en concebirlo como un sujeto con poca capacitación, sin respuesta técnica y compuesto por un núcleo de trabajadores y trabajadoras ocioso. Es interesante entonces poder observar la formación educativa y profesional de los mismos. Encuentro como primer dato llamativo que los empleados públicos tienen en promedio más años de educación que los asalariados en el sector privado formal, diferencia aún mayor con los privados informales (Gráfico 6). Las brechas son evidentes: mientras un empleado/a público tiene 13,5 años de capacitación y formación educativa promedio, en el sector privado formal tiene 10,8 años y en el informal 7,9.

El crecimiento educativo que ha experimentado la región en la última década se refleja en el sostenido aumento del nivel educativo de los trabajadores. Ello refleja un importante recurso humano en manos del Estado.

Gráfico 6

Años de educación promedio por tipo de empleo

Promedio de América Latina, 1992-2012



Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

El Gráfico 7 indica la diferencia exponencial existente, a nivel educativo superior, entre los empleados públicos y con el sector privado formal e informal. Ello evidencia el altísimo grado de capacitación del personal estatal, pero también, una mejora sustancial en la calidad del empleo y las aspiraciones que genera en sus empleados y empleadas al brindar la posibilidad concreta de continuar perfeccionándose.

Gráfico 7

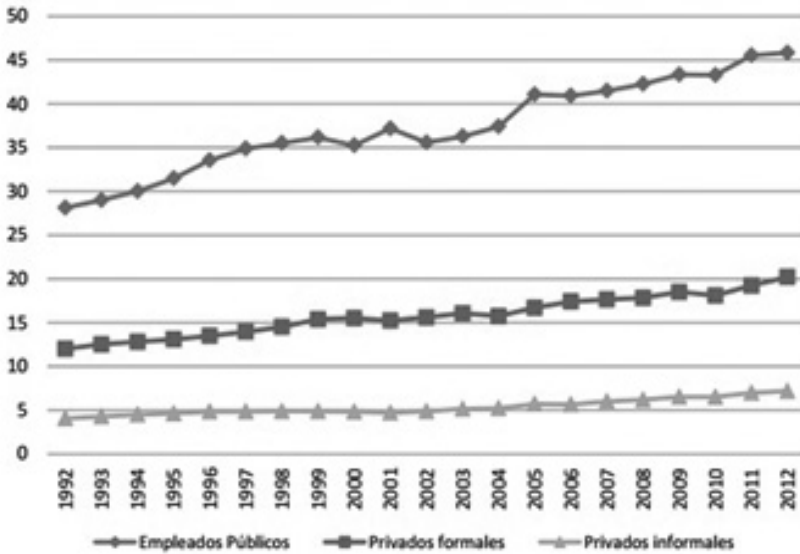
Porcentaje de personas con educación superior completa por tipo de empleo.

		Empleo público	Privado formal	Privado informal
Argentina	2012	49.4	23.4	12.6
Bolivia	2012	56.5	30.3	7.7
Brasil	2012	38.8	15.7	7.4
Chile	2011	46.0	24.5	10.6
Colombia	2012	59.1	21.6	6.8
Costa Rica	2012	41.9	12.4	5.9
Ecuador	2012	58.3	21.8	6.1
Honduras	2012	29.8	10.2	1.4
México	2012	46.0	18.0	6.0
Panamá	2012	41.0	21.3	5.8
Perú	2012	67.1	35.9	11.6
Paraguay	2011	41.6	20.0	5.2
El Salvador	2012	27.3	11.5	1.9
Uruguay	2012	35.0	12.0	8.6
Venezuela	2011	49.6	24.4	9.8
Promedio		45.8	20.2	7.2

Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

El porcentaje de empleados públicos con título terciario o universitario ha sido casi siempre ascendente, con excepción de los años 1999/2003 donde la crisis latinoamericana provoca una meseta. El Gráfico 8 postula que, en lo público, la proporción de graduados aumentó dieciocho puntos en dos décadas, mientras el incremento fue menos de la mitad en el sector privado formal (8 puntos) y en sector informal casi ínfimo.

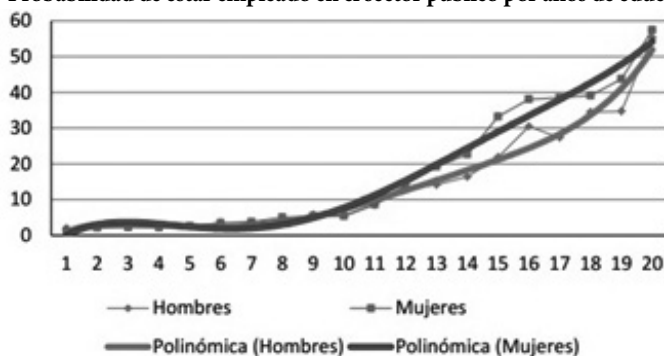
Gráfico 8
Porcentaje de trabajadores con educación superior completa
Promedio de América Latina, 1992-2012



Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

Aumentar los años de educación se relaciona con una mayor probabilidad de encontrar empleo en el sector público. El hecho de poder acumular diez años en el sistema educativo, provoca un incremento en la posibilidad de conseguir un espacio en la administración pública. La curva del gráfico 9 muestra el incremento exponencial, fundamentalmente en el género femenino.

Gráfico 9

Probabilidad de estar empleado en el sector público por años de educación

Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

En cuanto al promedio de horas semanales trabajadas por tipo de empleo, la Tabla 10 muestra que el sector privado formal posee una diferencia de cinco horas laborables más que el sector público y el sector privado informal.

Gráfico 10

Promedio de horas trabajadas por tipo de empleo

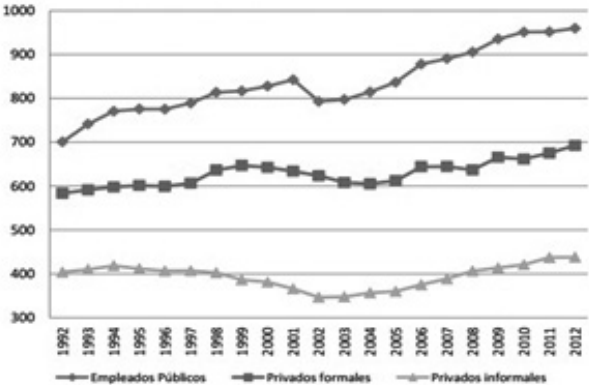
		Público	Privado formal	Privado informal
Argentina	2012	38	44	38
Bolivia	2012	42	49	34
Brazil	2012	38	43	40
Chile	2011	43	45	40
Colombia	2012	46	51	46
Costa Rica	2012	46	49	39
Ecuador	2012	42	44	41
Honduras	2012	43	50	43
México	2012	44	51	42
Panamá	2012	43	46	36
Pará	2012	44	48	44
Paraguay	2011	43	52	48
El Salvador	2012	42	47	42
Uruguay	2012	42	44	36
Venezuela	2011	40	43	39
Promedio:		42	47	42

Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>.

Sin embargo el aumento de las horas laborales no es proporcional al aumento salarial. Conforme el Gráfico 11 el ingreso laboral promedio en lo público representa un aumento del 27%, siendo considerable la diferencia con el sector privado formal e informal. También se expresa el quiebre del neoliberalismo en el periodo 1999/2003 con una caída importante del poder adquisitivo.

Gráfico 11

Ingreso laboral promedio por categoría laboral (US\$ PPP2005)
Promedio América Latina, 1992-2012

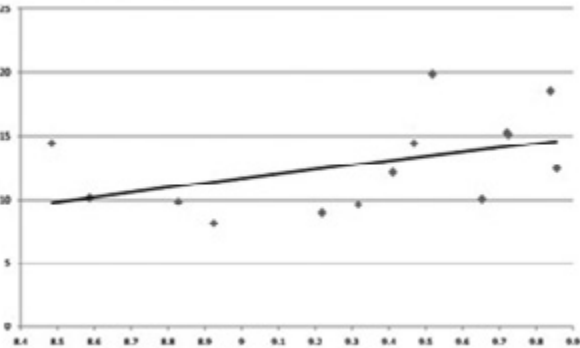


Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

Para contrarrestar los argumentos falaces sobre el denominado “Estado Elefantiásico”, el Gráfico 12 evidencia que la mayor presencia del Estado, vía empleo público, conlleva un mayor volumen del PBI per cápita, lo que documenta la relación positiva entre el nivel de desarrollo de un país y la mayor presencia del sector público.

Gráfico 12

Participación del empleo público en el empleo total y log PB por cápita (PPP)
América Latina, 2012

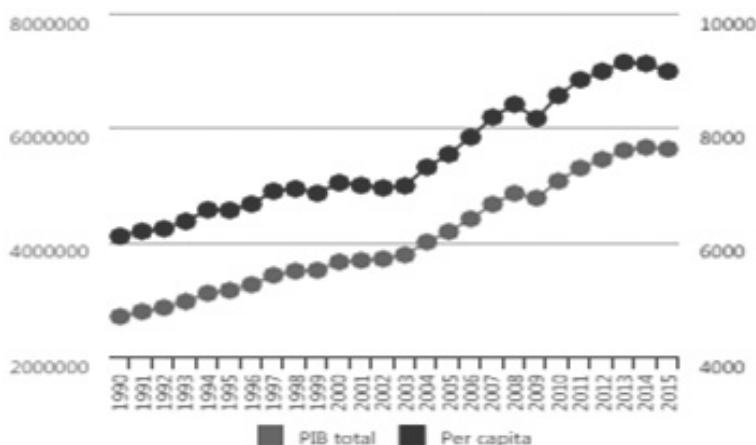


Fuente: Banco de Desarrollo para América Latina. <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

Lo analizado anteriormente, tiene una referencia concreta con el gráfico siguiente, el cual muestra el crecimiento constante del PBI total y per cápita de la región, excepto en dos momentos: Uno que se ha repetido en todos los gráficos anterior entre 1999/2003 y otro en el año 2008 donde la economía mundial capitalista sufre la quiebra del sistema financiero estadounidense y europeo.

Gráfico 13

PBI total y per cápita



Fuente: http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/WEB_CEPALSTAT/Portada.asp

Es así que, concluyendo este capítulo, existe una clara relación entre el aumento del empleo público, políticas estatales direccionadas a la mayor intervención de los estados latinoamericanos en sus economías y el desarrollo de la región.

Es posible determinar que, en nuestra América Latina, el incremento del empleo público es una variable determinante a la hora de analizar si la intervención del Estado tiene resultados gravitantes en el desarrollo de la región de la mano del principio de progresividad.

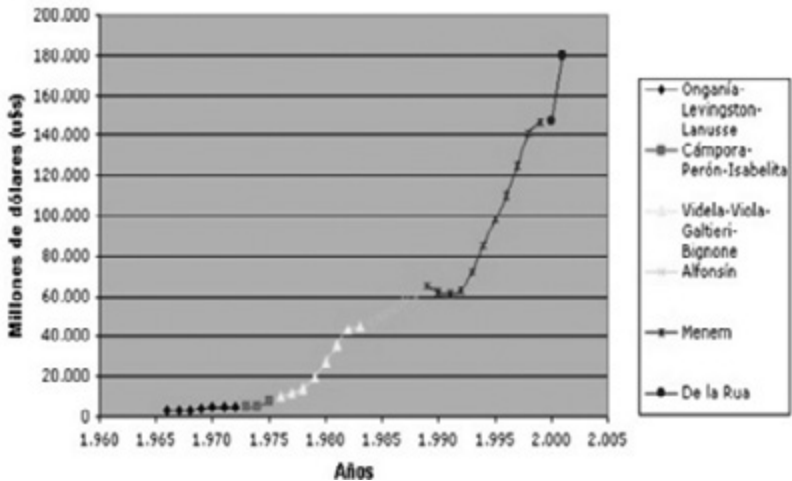
V. Argentina y los roles del Estado durante el período 1989/2016

En su historia reciente, Argentina ha oscilado entre dos modelos: El neoliberal, iniciado con el golpe de Estado cívico-militar de 1976, y otro denominado “nacional y popular” expresado desde el año 2003 al 2015.

El inicio del primer modelo se ubica con dos principales medidas como la Ley de Entidades Financieras N° 21.526 y la Ley de Inversiones Extranjeras N° 21.382, cuyas consecuencias más gravosas se verían plasmadas en las décadas siguientes.

La segunda fase del proceso neoliberal da inicio con Carlos Menem como presidente (1989/1999), Fernando De La Rúa (1999/2001) y la sucesión de presidentes interinos hasta el año 2003. En esta etapa todas las variables negativas de la dictadura se agudizaron, pero existen tres datos propios: niveles exorbitantes de desempleo y pobreza, liquidación del patrimonio nacional e incremento irracional de deuda externa (Gráfico 14).

Gráfico 14
Deuda Externa - Evolución - Lapso: 1988/2001



Fuente: <http://www.econlink.com.ar/crisis-energetica-deuda-argentina>

El fin de esta segunda fase es dismantelar y desarticular el Estado Nacional y asfixiar la capacidad administrativa y económica de las Provincias. Dos medidas estructurales resultan trascendentes para ello, la ley 23.696 de reforma del Estado y la reforma constitucional de 1994.

Por medio de la Ley 23.696 se le extirpó al Estado Nacional la posibilidad de intervenir directamente en los rubros más importantes de la economía, abriendo la puerta al proceso de privatización, como consecuencia fueron rifadas empresas de propiedad del Estado como también reparticiones estatales incrementando brutalmente del desempleo, la informalidad laboral, la precarización y una disminución de la planta de empleados públicos.

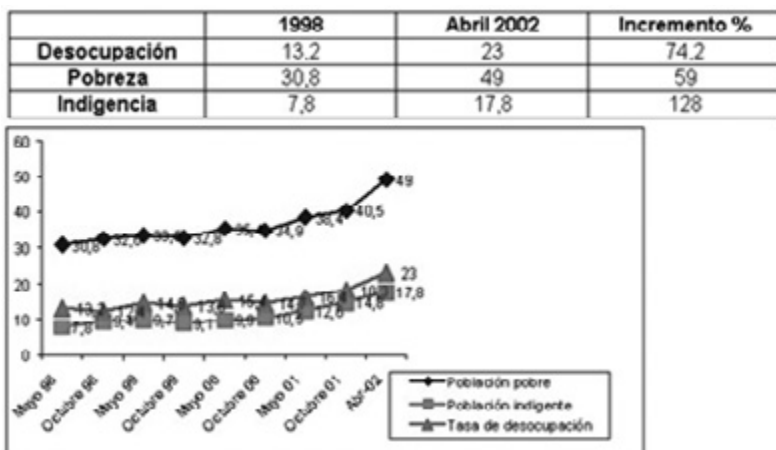
A través de la reforma constitucional 1994, culmina el proceso de transferencia de los servicios públicos estratégicos y recursos naturales, lo que explica la elevada participación de las provincias en el empleo público.

La Ley 24.049 de 1991 transfirió a las provincias la administración de las escuelas nacionales secundarias y para adultos y la supervisión de las escuelas privadas. También traspasó el personal docente, técnico administrativo y de servicios generales a la planta provincial. En salud, la Ley 21.883 de 1978 y la Ley 24.061 de 1991 transfirieron a las provincias los hospitales públicos y su planta de personal.

El resultado fue la reducción del empleo público nacional correlativo al incremento del provincial, pero sin la correspondiente partida presupuestaria provocando el colapso financiero de las arcas provinciales.

Este modelo neoliberal, culminó luego de un alzamiento popular policlasista en Diciembre de 2001, donde se produce la renuncia del entonces presidente Fernando De La Rúa y cuyos coletazos continuarían hasta el año 2003. El resultado del periodo neoliberal es paupérrimo, conforme el Gráfico 15 de donde se desprenden los siguientes números: 23% de desocupación, 49% de pobreza, 17,8% de indigencia y 162% de deuda sobre el PBI.

Gráfico 15

Evolución Desocupación, Pobreza e Indigencia en Argentina 1998/2002

Fuente: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-028/index/assoc/HASHe4e1.dir/lozano2.html>

El segundo modelo, denominado nacional y popular, tiene inicio a partir del año 2003. El Estado asume otro rol con una nítida intervención en la economía y en la recuperación de recursos estratégicos para el Estado.

En los doce años siguientes, el Estado argentino expandió sus fronteras de funcionamiento, incrementando la estructura del sector público a nivel nacional, como consecuencia de la creación de 6 ministerios, 21 organismos descentralizados, 20 nuevas universidades y 8 empresas estatales. Esta línea ascendente también se reproduce a nivel provincial y municipal, incluso con mayor ímpetu.

Si medimos comparativamente los valores del año 2001 al 2014, existe un incremento del 70% en la cantidad de empleados estatales, el motor de esta expansión fue el empleo público provincial (51%), seguido por los gobiernos locales (32%) y finalmente el gobierno nacional (17%).

Gráfico 16
Empleo en el sector público argentino, 2001-2014 (millones)

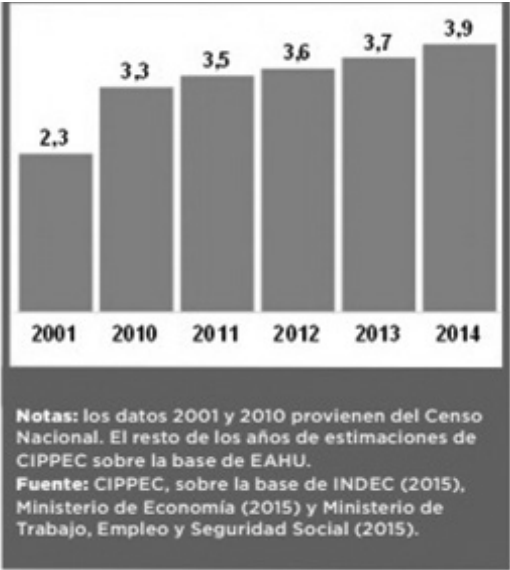


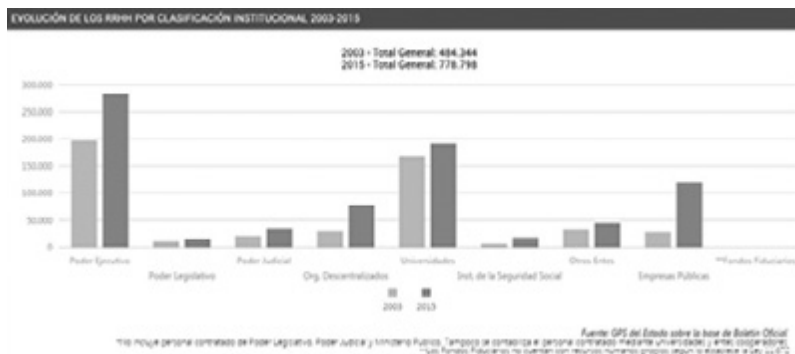
Gráfico 17
Evolución del empleo público por nivel de gobierno, en millones de personas (2010-2014)



Fuente:<http://www.cippec.org/publicacion/el-rompecabezas-del-empleo-publico-en-argentina-quienes-hacen-funcionar-la-maquinaria-del-estado/>

El siguiente Gráfico 18 expresa la división por sector del año 2003 al 2015, resaltando la expansión del Poder Ejecutivo Nacional, organismos descentralizados y empresas públicas, lo que demuestra el cambio de modelo en comparación con el neoliberalismo.

Gráfico 18



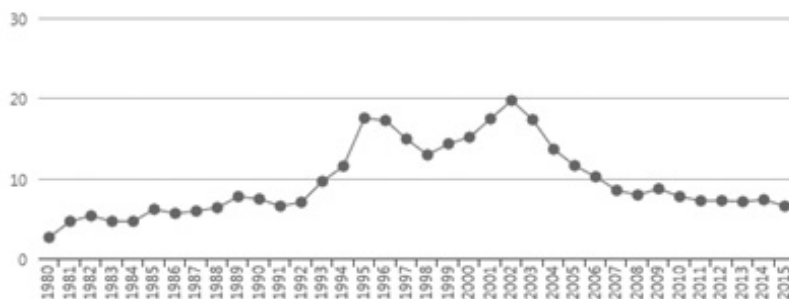
Fuente: <http://www.gpsdeleestado.org/web/Rrhh2015>

Hasta ahora se ha podido describir los efectos en el mundo laboral y su relación con el rol del Estado reflejan los dos modelos en disputa. El siguiente cuadro muestra la tasa de desempleo durante el período 1980/2015, sobresaliendo el aumento constante y regular de la desocupación, a excepción del periodo 1995/98 donde existe una disminución producto del flujo de dinero reinante producto de la venta de las empresas nacionales pero que, al estallar la burbuja económica-financiera del modelo neoliberal, provoca un salto estrepitoso a los 20 puntos de desocupación al año 2001.

Luego comienza un claro retroceso de la misma, donde es indiscutible la caída del desempleo gracias a un modelo interventor con fuerte presencia estatal y distribución de la riqueza.

Gráfico 19

Tabla de Desempleo en Argentina (1980/2015)



Fuente: http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Economico.html?pais=ARG&idioma=spanish

Pues bien, analizado en términos estadísticos el mundo laboral de las últimas décadas, el país el 11 de Diciembre de 2015 vuelve a cambiar de rumbo. En esta fecha asume la presidencia de la República Argentina el actual presidente Mauricio Macri, de impronta liberal en términos políticos como económicos y una propuesta de Estado direccionado nuevamente hacia el neoliberalismo.

El primer síntoma es una disminución de la presencia del Estado en áreas que habían sido recuperadas en los 12 años anteriores, por tal motivo, el Estado ha visto reducido su plantel estatal. Entre diciembre de 2015 y marzo del 2016, se registraron 141.542 despidos, de los cuales el 48% correspondió al Estado.

El último informe del INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) en relación al último trimestre del año 2016, se destaca una caída del desempleo de 0,9 décimas en relación al tercer trimestre, sin embargo, cuando se lo compara con el 5,9% que se registró en el último estudio antes de decretarse la emergencia estadística, se observa un aumento del desempleo de 1,7%. Ello representa 937.000 personas sin trabajo, el índice más elevado de los últimos 7 años del país, por su parte la subocupación llegó a 10,3 por ciento que representa a 1.278.000 personas con problemas de empleo, siendo un total de 2,2 millones de personas con problemas de empleo.

Gráfico 20

Resultados del cuarto trimestre de 2016

Principales indicadores. Total 31 aglomerados urbanos

Tasas	Total 31 aglomerados		
	Año 2016		
	2° Trimestre	3° Trimestre	4° Trimestre
Actividad	46,0	46,0	45,3
Empleo	41,7	42,1	41,9
Desocupación abierta	9,3	8,5	7,6
Ocupados demandantes de empleo	15,7	14,2	14,6
Subocupación	11,2	10,2	10,3
Subocupación demandante	7,7	7,0	7,2
Subocupación no demandante	3,5	3,2	3,1

Fuente: http://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/EPH_cont_4trim16.pdf

De esta forma, Argentina vuelve a incorporarse al abanico de PVD que utiliza un anti-guero recetario, con la convicción de que esta vez serán distintos los resultados, pero muy a pesar de la sociedad, las medidas de ajuste, flexibilización laboral, metas de inflación y demás objetivos económicos de la teoría ortodoxa se traducen en consecuencias devastadoras para el empleo, la producción y el consumo.

El debate sobre el concepto de lo que podemos entender por “desarrollo” podrá tener sus vaivenes, pero lo que no se debería poner en tela de juicio es que, para alcanzarlo, también se deberá tener como horizonte el respeto a la obligatoria “progresividad o no regresividad” en materia de DESC.

Es así como “desarrollo” y “progresividad” tejen un puente de lazos inescindibles para todo país que se precie del respeto por los derechos humanos y concrete un camino de desarrollo con inclusión social, a mi entender, único camino que puede transitar un Estado que se precie de respetar los derechos inherentes de toda persona.

VI. Conclusiones

Con el presente trabajo he querido referir que los países en vías de desarrollo nunca han logrado mayores niveles de cobertura y satisfacción de los derechos para sus sociedades que cuando proyectos innovadores, de raigambre nacionales y populares, estuvieron a la cabeza de los Estados aplicando políticas ajenas a la lógica neoliberal.

Este trabajo pretende demostrar que, en esta región con clara perspectiva y posibilidad de desarrollo, un proyecto neoliberal se contrapone y contradice con la idea de progresividad en el respeto por los derechos humanos y las obligaciones asumidas internacionalmente por los Estados.

La idea de desarrollo es entendida inseparablemente del principio de progresividad, a ello se le adiciona el condimento de la justicia social como plafón de lo que nunca debe resignarse en todo proyecto de país.

Un proyecto neoliberal, en países en desarrollo, es totalmente contradictorio a la finalidad antes referida. Nuestros Estados regionales requieren una fuerte presencia del Estado y el empleo público es una llave maestra para comprender la evolución o involución del mundo laboral, pero también es un termómetro de las definiciones que un Estado asume ante la aplicación de los diversos modelos en pugna.

Con estas palabras, quiero dejar plasmada una humilde sensación, idea o convicción, cual es que, el desarrollo político y económico de un país en vías de desarrollo, debe ser guiado por un Estado fuerte, robusto y decidido a intervenir para cumplir con la finalidad ética, siendo necesario para conquistarla, estrechar las manos calientes del principio de progresividad y de la justicia social para que nunca más un país deba sufrir la explotación de su propio Pueblo.

BIBLIOGRAFÍA

Abdala, I. d.-F. (Diciembre de 2016). *Informe de Coyuntura Mensual*. 7º/ Diciembre 2016. Recuperado el 5 de Enero de 2017, de <http://itegaweb.org/wp-content/uploads/2016/10/Informe-de-Coyuntura-Dic16.pdf>

Abramovich, V., & Pautassi, L. (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.

Arcidiácono, M., Carella, L., Gasparini, L., Gluzman, P., & Puig, J. (13 de Septiembre de 2014). CAF - *Banco de Desarrollo de América*. Recuperado el 10 de Enero de 2017, de El empleo público en América Latina. Evidencia de las encuestas de hogares: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/711>

Asdrúbal Aguiar, A., Cancado Trindade, A. A., Cerdas Cruz, R., Chipoco, C., Goldman, R. K., Grossman, C., . . . Valencia Villa, H. (1994). *Estudios Básicos de derechos Humano* - Tomo I. San José, C.R.: Servicio Editorial del IIDH.

Carlson, I., & Payne, J. (Abril de 2002). BID - *Banco Interamericano de Desarrollo*. Recuperado el 5 de Enero de 2017, de Estudio Comparativo de Estadísticas de Empleo Públi-

co en 26 países de América Latina y el Caribe: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5892/Estudio%20Comparativo%20de%20Estad%C3%ADsticas%20de%20Empleo%20P%C3%ABlico%20en%2026%20Pa%C3%ADses%20de%20Am%C3%A9rica%20Latina%20y%20el%20Caribe.pdf?sequence=1>

Censos, I. N. (25 de Noviembre de 2016). *Mercado de Trabajo: Principales indicadores (EPH). Tercer Trimestre 2016*. Recuperado el 5 de Marzo de 2017, de http://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/EPH_cont_3trim16.pdf

Censos, I. N. (Marzo 2017). *Mercado de Trabajo. Principales Indicadores (EPH). Cuarto Trimestre de 2016*. Buenos Aires: Publicaciones INDEC.

Diéguez, G., & Gasparin, J. (Abril de 2016). CIPPEC (*Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento*). Recuperado el 5 de Enero de 2017, de “El Rompecabezas del empleo público en Argentina: ¿Quiénes hacen funcionar la maquinaria del Estado?: <http://www.cippec.org/-/el-rompecabezas-del-empleo-publico-en-argentina-quienes-hacen-funcionar-la-maquinaria-del-estado>

Laborales, E. d. (25 de Octubre de 2016). CEPA - *Centro de Economía Política Argentina*. Recuperado el 5 de Enero de 2017, de Situación del mercado de trabajo argentino: análisis de la evolución del empleo en el mes de Septiembre. “El punto de partida”: <http://eppa.com.ar/informe-sobre-despidos-septiembre-2016/>

Pomares, J., Gasparin, J., & Deleersnyder, D. (Octubre de 2013). CIPPEC - *Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento*. Recuperado el 5 de Enero de 2017, de Evolución y distribución del empleo público en el sector público nacional argentino. Una primera aproximación: <http://www.cippec.org/-/evolucion-y-distribucion-del-empleo-publico-en-el-sector-publico-nacional-argentino-una-primeira-aproximacion>

Sampay, A. E. (2011). *Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Instituto Superior Arturo Jauretche.

Wlosko, M., Ros, C., Panigo, D., Letcher, H., Strada, J., Neffa, J., & Rivero, P. (01 de Febrero de 2017). EPPA - *Economía Política Para la Argentina*. Recuperado el 05 de Enero de 2017, de Despidos Masivos en Argentina: Caracterización de la situación y análisis del impacto social sobre la salud física y mental (2015-2016): <http://eppa.com.ar/4654-2/>



DOCUMENTOS EPISTOLARES

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | PEZ DE RÍO L

TÉCNICA OLEO 30 X 40.

OBRAS A LA VENTA

Ayer bebí mil noches o mil botellas, no podría distinguir. Una vez escuche una historia celta, decía que la verdad y la mentira tenían sus formas, su lógica, su estética. Pero un Dios, entro en cólera con los hombres y las metió en una botella, la sacudió durante noches, y las devolvió a la tierra de los humanos, pero ya era imposible distinguir cual era cual. Conozco gente que reniega de esta historia, dicen que si la mentira no se pareciera a la verdad, no tendría sentido, sería una obviedad más que una mentira. Quizás con la verdad nos pase lo mismo.

BAIBIENE Ramón Mariano

Carta de Norberto Bobbio a Nicola Matteucci

Traducción de Raúl Gustavo Ferreyra¹ y Vannesa Alejandra Pérez Rosales²

Breuil, 25.7.1963

Querido Matteucci,

Como ve, tan pronto vine aquí, me hallo inmerso en la lectura de su ensayo. Lo he leído y releído. Tomé muchas notas; luego leí y releí las notas. Ahora trato de anotar algunas impresiones. Considere esta carta como un primer acercamiento a las cuestiones a tratar, sobre las cuales, un día u otro voy a tener que volver, tal vez públicamente.

Su ensayo no podía llegar en un momento más adecuado. Hace tiempo he estado pensando que era necesario hacer un examen de conciencia. Bien ha visto cuando ha observado que la conferencia romana *Jusnaturalismo y positivismo jurídico*, tal vez era el comienzo de una ruptura. No la ha podido ver, porque salió casi clandestinamente, mi “introducción a una obra que no he escrito”, publicada en una *miscellanea per nozze*³: otro pequeño golpe para destruir un edificio que ha resultado demasiado estrecho. Pero, para hacer el examen de conciencia, se necesita que alguien me proporcione la ocasión y los medios. Especialmente los medios: créame, yo también soy una víctima de la difusión de mis escritos en diferentes revistas, y muy a mi pesar. Por tanto, para comenzar, su meticulosidad bibliográfica es ejemplar: frente a algunas notas, como la nota al pie 39 en la que cita nada menos que *Filosofía y cultura* del '46 conectándolo con *Nostro genio speculativo* y un artículo reciente del “Paese Sera”, o la nota 68, en la cual documenta mi polémica antiestatista, me dejó asombrado. En primer lugar, por lo tanto, su ensayo tiene para mí una función de un tipo de *pro-memoria*. Pero no es solo un *recuerdo* (término neutral, *wertfrei!*), sino también un recordatorio: me viene a la mente (me parece haberle dicho un día, en Bolonia, mientras conducía el coche, que mi memoria es mala), muchos pasajes de un artículo a otro, de una fase a la otra, de los cuales quizá nunca me había dado cuenta, y para cuyo conocimiento es necesario abarcar con una sola mirada todo el paisaje (que es tal vez más accidentado que aquel que usted había visto o, para ser amables, dejamos creer).

Antes de exponer algunas observaciones sobre puntos individuales, me gustaría, por lo tanto, manifestarle mi reconocimiento por la contribución que su trabajo puede dar y dará a la “crítica de mi mismo”; en ese replanteamiento, dije, he sentido durante mucho tiempo la necesidad de tirar los remos, como después de un largo viaje en barco, a menudo sin brújula y sin mapa, en diferentes y tormentosos mares. Aunque no puedo decir que sus análisis me ofrezcan una brújula (esta me la debo buscar yo mismo): sin duda

¹ Abogado (UBA). Doctor (UBA). Catedrático de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UBA).

² Abogada especializada en filosofía del derecho (UIS), adelanta estudios de doctorado en la UBA; se desempeña como Juez Administrativo de Medellín (Colombia).

³ Bobbio se refiere a su publicación en la obra colectiva: *Miscellanea per le nozze di Enrico Castelnuovo e Delia Frigessi*, el 24 de octubre de 1962 (Turín: Einaudi, 1962), pp. 7-9.

me ofrecen una carta de navegación donde están marcados los bancos de arena y los escollos, los distintos niveles de profundidad, las costas inhóspitas y los puertos seguros. No dudo en decir que su ensayo es para mí muy importante: digo “para mí”, y no también para otros, porque, dado el asunto, considerarlo objetivamente importante, sería, por lo menos, un acto de presunción, atribuirle hoy, a mis escritos de los ’50, más importancia de la que, sin duda, yo mismo estoy dispuesto a concederles.

Entre las anotaciones sicológicas que me conciernen, se me ofrece un primer punto de apoyo para una respuesta, dos me parecen en su obra particularmente agudas: 1) la tensión no resuelta entre historicismo y logicismo; 2) la tajante separación entre la ciencia y la vida (en la que se revelan los más acertados alcances del ensayo). De la primera diré que se trata de una tensión aparente. Nunca he sido en serio historicista. Crecí en un ambiente saturado de historicismo, en el cual el historicismo era tabú, fui historicista por la fuerza, no por amor. Cuando el tabú perdió su prestigio mágico, me encontré, sin saberlo y sin hacer esfuerzo alguno, lejos del historicismo. Entiendo por historicismo la adoración de lo diverso y de lo irrepetible. Mi actitud pesimista frente a la historia (pesimismo que creo ha sido la nota dominante de mi vida moral, en todo su ensayo no ha salido a relucir: se ve que he sabido ocultarlo bien), me ha hecho ver siempre más la monótona repetición que la novedad y la creatividad, más lo igual que lo diverso, más lo cotidiano que lo excepcional, más lo que se puede clasificar que lo que solo se puede contar, los ciclos, las repeticiones, las consecuencias, los discursos habituales, los actos habituales, sobretudo las habituales ilusiones. De allí mi amor por la tipología que le provoca tanto fastidio, por las clasificaciones que, a un historicista convencido, parecen fútiles y superficiales esquematizaciones. Los hechos individuales no me interesan: y tal vez porque no me interesan, no me acuerdo de ellos. Incluso si los recordara, no podría describirlos. Lo que despierta mi curiosidad es el hecho de que dos individuos, que pueden creer que son diferentes, se parecen. O, mejor dicho, las acciones humanas me interesan cuando la puedo juntar en clases, en tendencias, en grandes líneas de desarrollo, componerlas y recomponerlas, unir las y separarlas en conceptos abstractos, en combinaciones de conceptos, en combinaciones de combinaciones. (Esto explica la fascinación por Pareto, insuperable maestro del arte combinatoria, aunque como hombre y como personaje me resultaba cordialmente antipático). Asumiendo esto, no estoy tan dispuesto a aceptar su recurrente polémica contra la lógica enemiga de la historia, en contra de mis intentos de desarrollar esquemas de comprensión histórica, llamados elegantes e innecesarios ejercicios dialécticos, que constituyen cajas vacías, sin que exista dentro nada históricamente producido. Aquí me defiendo: mis esquemas son fragmentos de mi conocimiento de la historia de los problemas. Lo construyo así y no de otra forma, porque en un cierto punto me enfrento a un nudo histórico que debo desentramar. Detrás de este esquema, siempre hay tal o cual autor, que me ha puesto en aprietos. He siempre concebido estos esquemas míos como una ayuda para comprender la historia de las ideas: una ayuda más eficaz que enfile las doctrinas en orden cronológico como hace la historia de la filosofía, y que odio desde lo más profundo del corazón.

En cuanto a la separación entre ciencia y vida, es ciertamente más compleja. Aunque también pienso que podemos encontrar una buena razón para sostener que la separación es más aparente que real. Para nosotros, los de nuestra generación, que nos encontramos cara a cara con los fanatismos opuestos –primero con el fascismo, después, apenas librados del fascismo, con la sombra amenazadora del padre Stalin –la neutralidad científica se ha convertido ella misma en un hábito de vida, se ha convertido en nuestro modo de participar en la lucha política, se ha convertido, en la práctica, en imparcialidad. ¿No sería como examinar la transición (inconscientemente, lo admito), de la neutralidad científica a la imparcialidad ética? O si se quiere, con una fórmula: rigor contra furor. El significado de mis trabajos recopilados en Política y cultura está todo aquí: el ideal del científico se convierte en un ideal político. Discutir calmadamente en lugar de combatir. Proceder a punta de argumentos (sí, incluso los aborrecidos argumentos lingüísticos), en lugar de disparar las armas. Buscar las buenas razones de la derecha y de la izquierda, desmitificar las ideologías, exorcizar las visiones globales y definitivas. Tratar de entender antes que asumir una posición a favor o en contra. ¿Cuántas veces hemos oído decir que la vida era superior a la ciencia y que la ciencia debía servir a la vida? ¿Acaso no era esta la consigna de los fanáticos? Habíamos pensado que el único mensaje válido que podríamos dejar a los más jóvenes era la ciencia como modelo de vida: un poco más que la (máxima) weberiana: “ciencia como vocación”. ¿Y ahora queremos recomenzar? No quiero, por supuesto, con estas pocas palabras, despachar la cuestión. Quiero simplemente ofrecer, primero y sobre todo a mí mismo, una razón para explicar una actitud que puede parecer, y le pareció, desconcertante. Pero volviendo al meollo del asunto, o a los varios meollos. La crítica principal que me dirige, es no ser capaz de liberar al positivismo jurídico del abrazo mortal del estatismo, de lo cual: 1) el nuevo positivismo no difiere del viejo (especialmente en el capítulo sobre la ciencia jurídica; 2) peor aún, los tres positivismos no son más que uno, que es el estatismo (y esto sobre todo en el siguiente capítulo).

Respecto del primer punto –haber caído en los brazos del estatismo –no tengo aquí mis escritos para responder cita por cita. Pero usted mismo en la nota 68 ha mencionado que recuerda una serie de mis ensayos en defensa del pluralismo jurídico: tan solo en el primer capítulo de *La Consuetudine come fatto normativo*, que, si bien recuerdo, es uno de los más explícitos en denunciar el fracaso y la decadencia de la concepción estatal y legalista del derecho. De esta adhesión mía al pluralismo usted no habla más que cuando critica mi final estatualístico y no dice claramente si se trata de una conversión o de un simple descuido o de una trampa que me tiende el positivismo jurídico, no se puede dar el brazo sin tomar la mano entera. Pero cuando llegamos a la prueba, el argumento principal cree encontrarlo en la teoría de la sanción institucionalizada. Derecho es igual a sanción institucionalizada; sanción institucionalizada es igual a Estado; ergo, derecho es igual a Estado. ¿Pero es precisamente así? La teoría de la sanción institucionalizada ha sido ideada por mí, incluso agotada, solo para poder considerar ordenamientos jurídicos diferentes de aquellos estatales. No recuerdo si se habla en los apuntes: pero

ciertamente había hablado en una lección de la venganza bárbara, mostrando a través de la lectura del código transcrito de Pigliaru, que la venganza no era en absoluto una respuesta arbitraria e indiscriminada, sino que estaba sometida a reglas precisas, es decir, se había convertido en una institución. Los apuntes seguro que hablan del código caballeresco como un código de procedimiento para reglamentar el duelo. En cuanto al derecho internacional, mi esfuerzo por hacer ver que solo se puede hablar de un verdadero derecho internacional cuando se somete la guerra a reglas estrictas, es decir, cuando la guerra se convierte en una institución. Creo de hecho que su reproche de haber sostenido una definición estatista del derecho cuando lo que intento en el curso es completamente lo contrario, es del todo inmerecido. No me detengo sobre el segundo argumento relativo a la norma fundamental, debido a que sobre la norma fundamental siempre tendría algo que agregar o quitar a lo que he escrito en el curso: y siempre convencido de que es suficiente para fundamentar la unidad del ordenamiento jurídico, no estoy tan seguro de que sea también necesaria (y aquí concuerdo con las críticas de Ago, reunidas y reformuladas con nuevos argumentos por Hart), en todos los sistemas (por ejemplo, en el derecho internacional). Pero prescindiendo ahora de la utilidad o no de recurrir a la norma fundamental, me permito repetir mi tesis que dice que un ordenamiento es jurídico cuando es eficaz y esto no quiere decir para nada reducir el derecho a la fuerza, porque la eficacia puede nacer tanto de la fuerza como del consenso: y si nace del consenso tanto mejor. Que haya un poder originario no quiere decir en absoluto que este poder nazca de la fuerza, porque puede nacer también del consenso: no se puede confundir la calidad y la eficacia de un poder con el fundamento de este poder. Sé, sin embargo, en lo que a mi estatismo concierne, que mi talón de Aquiles es mi admiración por Hobbes, la que mucho lo altera. Pero en el fondo, lo que admiro en Hobbes es su inteligencia, su lucidez, su realismo, su pesimismo y la conciencia de lo que estaba ocurriendo en el mundo tras la caída de la sociedad medieval. Tras haber completado este año un curso sobre Locke, ¡cuán diferencia entre los dos! Tan conciso y convincente el primero, cuan gaseoso, elusivo, redundante el segundo. Hobbes lo dice todo acerca de todo; en Locke las cosas más importantes tienen que buscarse entre líneas, especulando sobre conjeturas, y para terminar a menudo con las manos vacías. Al final, Hobbes entendió que el iusnaturalismo era una trampa, de la que debía huir si quería entender la lógica de un sistema jurídico. Locke no entiende o no quiere entender y se mueve en un círculo de contradicciones sin salida. Con esto nunca pensé proponer el Estado de Hobbes como un modelo para nuestra Constitución; ni me he dejado llevar por el juego del hobbiesianismo moderno, que trata de demostrar que después de todo Hobbes era un liberal. Lo que había querido recomendar, si acaso, era proponer un modelo diverso de Estado, pero haciendo uso de la inteligencia crítica y del realismo de Hobbes, no los argumentos débiles y sustancialmente retóricos de los constitucionalistas (hablo de los antiguos) que creen haber resuelto el problema del poder diciendo que por encima del poder está (o debe estar) el derecho. ¿Y si no está allí? ¿Y si está, pero el poderoso de turno no lo respeta? ¿Y entonces qué es este derecho que los poderosos en la cima del poder lo interpretan a su modo, creando un verdadero y auténtico cambio en la política

de un país (como lo hizo en el curso de su historia, ahora centenaria, la Suprema Corte de los EE.UU.)?

Sobre el segundo punto –el positivismo jurídico no es trino sino uno- el desacuerdo me parece menos grave. Estoy dispuesto a reconocer que el significado históricamente relevante del positivismo jurídico es el segundo. Pero no veo cómo se puede olvidar que en la jurisprudencia anglosajona (véase por ejemplo el capítulo sobre el positivismo jurídico en la *Legal Theory* de Friedmann), por positivismo jurídico se entiende pura y simplemente la consideración del derecho como hecho, tanto así que el realismo jurídico puede ser incluido en esta noción amplia, y encontrar entre la jurisprudencia continental y anglosajona –al nivel del método- una alianza que sería en cambio imposible, en el plano de la teoría. Tampoco puedo entender el beneficio de poder cerrar los ojos al hecho de que la polémica jusnaturalista contra el positivismo jurídico está dirigida exclusivamente contra la ideología del *Gesetz ist Gesetz*, que es algo diferente del método positivo y de la concepción estatista, que no es más que una descripción y una reconstrucción de una realidad histórica. Francamente no entiendo cómo, ante estas distinciones, puede protestar ofendido, una vez más, en nombre de la historia y decir que “cualquier ejemplificación histórica es, a priori, definida inesencial e irrelevante” (p. 77). Puede ser que replique diciendo que no niega la distinción entre los tres positivismos, pero niega que puedan disociarse. Y lo cita en una nota muy interesante (la nota 167), Hobbes, Bentham y Austin que son a la vez positivistas en el método y positivistas en la teoría. Pero, me pregunto si esta ejemplificación autoriza a decir que necesariamente método y teoría van juntos, y si detrás de la aparente neutralidad científica hay un sesgo ideológico. Cita por cita recuerdo que Thon –el padre continental de la teoría imperativista- era un pluralista, Kelsen siempre ha “escogido” la supremacía del orden internacional, y por último Hart, que se dice positivista, dedica los primeros cuatro o cinco capítulos de su libro a criticar la teoría de la soberanía de Austin. Si la historia es compleja, tratemos de perfeccionar los instrumentos creados para comprenderla en su propia complejidad, pero no los destruyamos por el placer de reducir todo a todo. Quién sirve mejor a la historia: ¿el clasificador, aunque torpe, o el unificador demasiado seguro de sí mismo? Pero, repito, la discrepancia en esta parte –se trata de una discrepancia en la interpretación histórica y no en los principios o los métodos de trabajo- me parece menos grave, y reconozco que algunas de sus observaciones deben ser retomadas, así sea nada más para desdibujar algún rincón donde la construcción es demasiado rígida. Así pues, en lo que se refiere a la segunda parte de este capítulo, es decir, el camino de la ideología a la teoría (par. 12), cuando dice, que no solo existen valores y disvalores, sino valores y valores. Estupendo. Pero cuando se habla de valores jurídicos se quiere referir a valores comunes a todos los ordenamientos jurídicos y no solo a aquellos de su simpatía política. Sospecho que usted considera valores jurídicos ciertos valores protegidos por el ordenamiento inspirado en ciertas ideologías. ¿Un ordenamiento jurídico que no garantiza la libertad personal constituye aún un sistema jurídico? Yo diría que sí. Al contrario, un ordenamiento deja de existir cuando no consigue garantizar la paz social: la guerra civil es la ruptura del ordenamiento jurídico, la dictadura es pura y simplemente un cambio de régimen. Me detengo aquí:

el problema es muy grande y amerita ser repensado con más ponderación. Este es uno de los puntos en los cuales su trabajo me sirve como aviso: ¡señal de peligro, prudencia! Mi insistencia en distinguir el método de los positivistas de su teoría deriva de la convicción de que el positivismo ha elaborado un método de investigación del derecho, que no se puede desechar sin cuestionar al menos cincuenta años de progreso científico en el campo de los estudios nuestros. Si una lección se puede aprender de la más inescrupulosa escuela realista americana es la invitación a hacer más flexibles ciertas categorías, para enfatizar algunos fenómenos que la perspectiva de la teoría estatista podría haber dejado en la sombra. Pero ay, si por escuchar las sirenas de ultramar, nos lanzamos al mar sin aprender a nadar con nuestros brazos. Mi impresión es que usted, involucrado en la batalla anti-positivista, ha terminado sacrificando en el altar de la teoría estatista también al método positivo, como si cambiando la construcción se debiese cambiar también el método. Honestamente, no sé si usted ha hecho un buen cambio. En este punto paso de *pars destruens* (la crítica del positivismo jurídico), a *pars construens* (la defensa del constitucionalismo). Yo sé que procedo *per ignes*, así que por favor tenga un poco de comprensión.

Empecemos desde el término “constitucionalismo”. Le repito lo que le escribí inmediatamente a Sartori, cuando me envió su ensayo *Constitucionalismo*, etc.: el uso del término “Constitución” en sentido no neutral, es decir, para referirse solo a las constituciones que preferimos, es engañoso. Todos los Estados tienen una Constitución, por el simple hecho de que todos los Estados tienen una norma fundamental. En la ciencia jurídica positiva, es decir en la ciencia hecha por los positivistas, resulta tan obvio que a nadie se le ocurriría volver sobre ello. Del hecho de que usted prefiera la Constitución de los Estados Unidos a la de la China de Mao, no se sigue que la China de Mao no tenga una Constitución. Si el abandono de la neutralidad científica conduce a llamar constituciones solo a aquellas buenas, déjeme decirle que siguió el camino equivocado y enarbolado, esta vez, su señal de peligro. Las ciencias naturales han comenzado a progresar –después del intermedio teleológico– cuando comenzó el estudio de la geometría, dejando de lado la idea de que la esfera era más perfecta que el cubo, o la mecánica, renunciando a la extraña pretensión de que los movimientos celestes eran mejores y más bellos que los movimientos sublunares. Con esto no quiero en absoluto impedirle que prefiera la Constitución de los Estados Unidos a la de China: quiero simplemente invitarle a dejar de lado sus preferencias cuando empieza a hacer investigación científica. No sé –por cierto– si es consciente de la confusión que crea llamando “constitucionalistas” a los defensores de las constituciones del tipo anglosajón, mientras en nuestro lenguaje usualmente “constitucionalistas” significa, pura y simplemente, los estudiosos del derecho constitucional, de un derecho constitucional que sea, incluso el nazi.

Simple pregunta: el uso no neutro de “constitución” y “constitucionalismo” tiene, a mi parecer, una grave consecuencia de orden metodológico: induce a creer que por estudiar la Constitución norteamericana, la cual es una verdadera Constitución, se requiere un método diverso de aquel que se requiere para estudiar la Constitución soviética que no es una verdadera Constitución; y, sobretudo, induce a creer que el derecho del cual se

habla cuando se quiere entender una buena Constitución es acaso distinto del derecho del cual se habla cuando se refiere a una mala Constitución. Uno de los puntos centrales de su argumentación contra el positivismo jurídico es la crítica de la confusión entre derecho y poder: porque decir que el derecho es poder es un error positivista. Aquí mi desacuerdo es profundo: si por derecho se entiende derecho subjetivo, el derecho (*right*) es poder y nada más que poder: un derecho subjetivo que no se concretase en un poder sería un derecho inexistente. Si se entiende por derecho el derecho objetivo, es decir, la regla efectiva de una cierta convivencia social, el poder no es el fundamento: reglas sin un poder que las declare y las haga valer son reglas inexistentes. Incluso las reglas de la Constitución americana no serían en absoluto derecho, si no existiera cierta Corte Suprema que, cuando es necesario, las hace valer. La razón de Cicerón no es en sí derecho: solo viene a serlo a través del poder bodiniano. Para mí, por ejemplo, es razonable que un hombre profundamente religioso se rehúse a portar las armas. Pero en Italia, donde esta razón no es apoyada por el poder, los objetores de conciencia terminan en prisión. Mientras la Corte Suprema de los Estados Unidos defendió la libertad contractual indiscriminada según los principios del liberalismo clásico, era perfectamente razonable que los trabajadores no fueran tratados como bestias de carga; pero esta razón solo se convirtió en derecho cuando la Corte cambió su jurisprudencia. Y se podría continuar. La verdad es que si se aferra a esta distinción entre derecho y poder (entre razón y voluntad), para poder demostrar que la Constitución que prefiere es muy superior a las otras, que se distingue de aquellas que refuta no por las diversas ideologías que las inspiran y ni siquiera por las diversas técnicas de emanación y de control del poder (lo cual sería para usted muy poco), pero incluso, para un concepto diferente del derecho: en la primera el derecho sería superior al poder, en las segundas el poder al derecho. Y cree que puede invocar a su favor la fórmula: *nihil aliud potest etc.* Ahora bien, esta fórmula, interpretada positivamente, no significa más que esto: en un determinado ordenamiento, el derecho del rey no puede modificar –solo en determinadas proporciones, se entiende bien– el derecho de los jueces: la jurisdicción limita al gobernante. Pero, ¿el derecho de los jueces quién lo puede modificar? Si nadie lo puede modificar, excepto otros jueces, significa que el poder de los jueces se encuentra por encima del derecho (más o menos es lo que sucede ahora con el derecho de la Corte Suprema). Y entonces es claro que la diferencia entre la situación expresada en la fórmula *regis voluntas suprema lex* y la situación expresada en esta otra fórmula, no es la diferencia entre una Constitución en la cual el poder está por encima del derecho y otra Constitución en la cual el derecho es superior al poder, sino entre una Constitución en la cual el poder supremo es el Rey y otra Constitución en la cual el poder supremo pertenece a otro órgano (los jueces del derecho común, el Parlamento, la Corte Suprema, etc.). Tiene usted derecho a creer que es más feliz el pueblo en el cual el supremo poder de dictar el derecho es de los jueces, antes bien que aquel en el cual el derecho es dictado por el Rey o por el parlamento. Pero el maestro no quiere decir que hay una Constitución en la cual el derecho es superior al poder, porque por encima del poder supremo (y un poder supremo o varios poderes supremos en competencia entre sí no debe ser algo bueno),

no quedan sino las vagas aspiraciones de los individuos y de los grupos, o reglas morales o religiosas que no hacen parte del ordenamiento. Y si lo dice, ello se debe únicamente al hecho de que ha renunciado a la neutralidad del científico y adorna con plumas falsas el régimen de su preferencia para hacerlo parecer más bello. Esto no contradice que hay mil razones para preferir un régimen democrático a uno totalitario: lo defiende y lo sabe. Pero entre mil razones no he podido encontrar una correcta para abandonar el camino de la ciencia y he querido exponerlo. Amo la democracia, pero más amo la verdad. El único punto en el que estoy completamente de acuerdo es donde dice que la democracia es el consenso general sobre algunas reglas generales. No descarto que el acuerdo sobre este punto sea el inicio de un largo camino en común y también el principio de una nueva reflexión sobre el Estado contemporáneo. Pero no estoy de acuerdo con usted, cuando me deja saber (una vez más no hay Wertfreiheit), que dichas normas generales deben tener un cierto contenido, que debe ser el derecho a la libertad de la tradición liberal. ¿El día en el cual en la URSS, los principios de la sociedad socialista fuesen aceptados por consenso, no sería entonces la URSS una democracia?

La perorata ha terminado. Después de la perorata, un poco improvisada, debe comenzar un periodo de recogimiento. Ya he hablado demasiado. Soy consciente de que estoy escribiendo estas líneas el 25 de julio: fecha fatal. La guerra realmente ha terminado. Es tiempo de pensar en preparar el armisticio.

Felices vacaciones y un cordial saludo.



PROYECTOS DE EXTENSIÓN

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | PEZ DE RÍO LL

TÉCNICA ÓLEO 40 X 40.

OBRAS A LA VENTA

-Saquen una hoja.

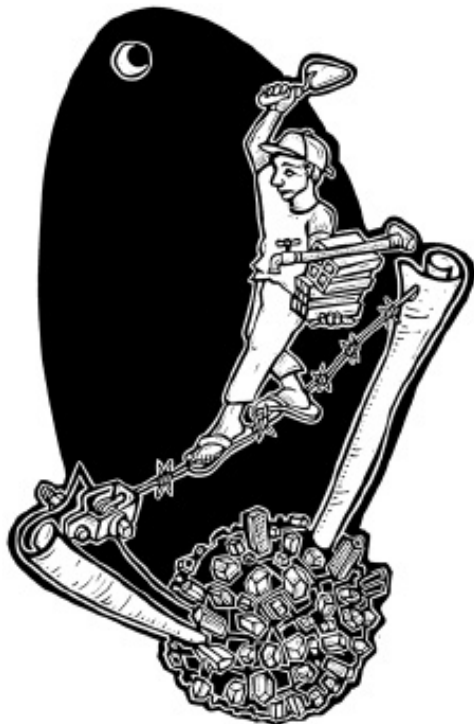
Por su mirada se trasluce la inclemencia, la hebilla y el olor a cuero. Fingió una mueca mientras el sol se reflectaba en el plomo de su premolar.

DICTADO SORPRESA.-

BAIBIENE Ramón Mariano

Programa Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas. Una experiencia de extensión universitaria desde la crítica jurídica

*Por Carola Bianco, Lucía Belaunzaran, Carolina Borrego, Damián Lambusta,
Martín Menestrina, Sebastián Pagano y Paula Talamonti*



Manual Niñez y Derechos Humanos. Herramientas para un abordaje integral.

Ilustración: Juan Bertola

Introducción

Intentaremos realizar una presentación sintética pero con la pretensión de abarcar las diversas tareas y aspectos involucrados en el Programa Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Para ello realizaremos una breve cronología dando cuenta de las razones de su génesis, objetivos, perspectivas, modos de trabajo y principales producciones.

A partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en la Constitución Nacional, se abre la posibilidad de exigir al Estado Argentino que asuma su rol de garante reforzado en la promoción del cambio paradigmático que plantea la ley -decimos paradigmático para indicar que de ningún modo se limita a una obligación de

adaptar la legislación interna a la CDN- por el contrario, este cambio radica en la promoción de nuevas prácticas en todos los adultos –hablamos de la comunidad, de la familia, y del Estado- en relación con la niñez y la adolescencia. El Programa que presentamos a continuación, se propone acompañar el proceso de exigibilidad y de cambio, promoviendo nuevas experiencias de educación jurídica al interior de la Universidad en diálogo con las organizaciones territoriales y las trabajadoras y trabajadores estatales que tienen por objetivo promover el acceso de las niñas y los niños a sus derechos humanos, a través de prácticas ciudadanizantes, es decir que inexorablemente fomenten la participación activa de las niñas/niños y jóvenes en todos los asuntos que los afecten.

El Programa Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas

El Programa fue creado en el año 2011 (formalizado mediante la resolución del HCD nro. 448/011) y surgió del encuentro entre docentes, investigadores, estudiantes y militantes sociales y de DDHH.

Sus objetivos consisten en trabajar y reflexionar críticamente sobre las políticas públicas de derechos humanos en relación a la niñez, desde el conocimiento y el trabajo concreto con niñas y niños en situaciones de vulnerabilidad en la ciudad de La Plata y a través de Consultorios Jurídicos Gratuitos de la FCJyS- UNLP, organizaciones sociales y de derechos humanos que trabajan en los barrios en los alrededores de la ciudad de La Plata. Asimismo a través de escuelas primarias y secundarias pertenecientes a la Universidad Nacional de La Plata (Escuela Anexa, Bachillerato de Bellas Artes, Escuela Nacional y Liceo Víctor Mercante).

Desde sus inicios se plantearon dos finalidades consideradas indisociables: la tarea de extensión como parte de la formación de los abogados en el grado y el postgrado; y la intervención de la FCJyS-UNLP en los debates y el escrutinio de las políticas públicas de derechos humanos para la niñez.

Desde su conformación inicial el Programa fue planteado como un espacio interdisciplinario, entendiendo que un derecho crítico exige un diálogo e intercambio de distintas miradas disciplinares. De este modo (a partir del derecho, la sociología, el trabajo social y la psicología) se ha construido una matriz interpretativa propia que contiene y sintetiza los diversos aportes. Desde el 2011 a la actualidad, diversos integrantes han pasado por este Programa¹, aportando no sólo desde sus saberes académicos sino que sus trayectorias y recorridos profesionales y militantes, individuales y colectivos. Una de las premisas de trabajo y de constitución de este espacio es la educación popular, pedagogía crítica latinoamericana que valora no sólo los saberes académicos, sino aquellos surgidos de las diversas experiencias teniendo en cuenta sus características de manera situada y relacional. Esto facilita el encuentro con otros, colaborando en formar profesionales del derecho que se identifiquen a sí mismos como promotores del cambio colectivo.

¹ Conforman el equipo del programa en la actualidad: dirigido por Carola Bianco (abogada -docente), Lucia Belaunzaran (trabajadora social) Carolina Borrego (abogada), Damián Lambusta (Lic. en sociología), Martín Menestrina (abogado), Sebastián Pagano (abogado) y Paula Talamonti (Lic. En sociología).

El Programa logra estos objetivos a partir de la participación de estudiantes, docentes y organizaciones territoriales, en la creación de herramientas jurídicas para la exigibilidad de la puesta en marcha de la normativa vigente en materia de niñez y adolescencia (Sistema de Promoción y Protección Integral para la Niñez y la Adolescencia, ley nacional 26.061 y provincial 13.298).

Al poco tiempo de estar en marcha, se creó en su seno un Consultorio Jurídico Gratuito e Interdisciplinario especializado en derechos de la niñez. Desde las demandas que llegaban a la institución a través de casos concretos se identificó la necesidad de la creación de herramientas jurídicas innovadoras que recojan las experiencias territoriales y coloquen las formas jurídicas a su servicio.

Esos procesos de restitución de los derechos vulnerados de niñas y niños en situación de calle en la ciudad de La Plata se pensaron y utilizaron como espacios de trabajo, reflexión y aprendizaje, tanto para el desarrollo de habilidades para la formación de los abogados, como para la promoción y fortalecimiento de lazos sociales entre la universidad y las organizaciones territoriales.

Desde el Consultorio se acompaña a niñas/niños y adolescentes en la restitución de sus derechos humanos vulnerados, a través del asesoramiento así como la formalización de los reclamos que las propias organizaciones territoriales, y/o referentes familiares acompañan en la restitución, protección y promoción de los derechos en juego.

Luego de la primera entrevista en el consultorio del programa, se organizan una serie de encuentros y un plan de acción para comenzar diversas instancias de acompañamiento y/o exigibilidad, por el derrotero planteado en la nueva normativa, hacia la restitución de manera *integral* de los derechos vulnerados de niñas y niños y sus familias (en sentido amplio). La descentralización del sistema, la obligación de escuchar a los niños, de asegurar soluciones integradoras de los diversos aspectos en juego, que no impliquen la separación de niñas y niños de sus centros de vida, así como el interés superior de cada niña y de cada niño, son los principios clave de las intervenciones y estrategias que se plantean a las organizaciones sociales.

No se trata de la expropiación y asunción de la representación de dichos actores, por parte de los profesionales; por el contrario, el trabajo implica instancias pedagógicas y de diálogo donde se construyen estrategias de manera conjunta, y en las que los niños son agentes fundamentales.

Cómo surgió esta propuesta de extensión universitaria en la FCJYS-UNLP

El Programa surge a raíz de una experiencia territorial colectiva de denuncia y exigibilidad al Estado del cumplimiento de sus obligaciones respecto a la niñez y sus familias. En el año 2008, la Facultad de Trabajo Social de la UNLP y la Dirección de Niñez y Adolescencia municipal acordaron una articulación interinstitucional para trabajar en conjunto con niñas y niños en situación de calle en dos plazas céntricas de la ciudad de La Plata. Debido a la falta de recursos y a las condiciones de precariedad laboral de los trabajadores, esta propuesta del Estado se interrumpió. Un grupo de estudiantes universitarios que participaron en dicha articulación impulsó la creación de una organización social que se denominó “Autoconvocados por los derechos de los pibes en situación

de calle”. En la misma participaban organizaciones sociales de derechos humanos, instituciones académicas y militantes independientes.

En ese contexto, el 25 de julio de 2008 el grupo de niños que se encontraba en situación de calle, sufrió un ataque artero y violento durante la noche al apagarse todas las luces de la Plaza San Martín, donde se encontraban durmiendo. Este ataque, lo realizaron 25 adultos, mujeres y hombres que, vestidos de civil –algunos con el rostro cubierto y otros identificándose como policías– ingresaron a la plaza con palos, cadenas y armas de fuego y lesionaron a los niños bajo la consigna de “limpiarla”. Ese grupo de niñas y niños que se encontraban en situación de calle desde hacía un tiempo, ya habían sido desalojados en el año 2007 del edificio que compartían la Facultad de Humanidades, Psicología y Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

La represión que sucedió en la plaza fue el puntapié para promover las actividades de la organización social que cambió su denominación a “Asamblea Permanente por los derechos de la Niñez”. Luego del episodio represivo se amplió el espacio de reflexión y lucha colectiva desde el cual, se cursó la denuncia penal por lo sucedido y diversas peticiones a los órganos administrativos de promoción y protección de los derechos de la niñez. Sin embargo, ninguna fue viable.

Por un lado, el caso puso al descubierto la ausencia de la puesta en marcha del sistema de promoción y protección de derechos vigente en la Provincia de Buenos Aires (implementada por la reforma legislativa del año 2007). Se puso en evidencia la ausencia de programas para promover y restablecer los derechos de los niños en situación de calle, la inexistencia de la comisión interministerial (encargada de articular con las instituciones responsables respecto a los derechos humanos vulnerados), la falta de conformación del Consejo Local (indispensable para el diseño y seguimiento de la problemática local de niñez a través del trabajo con organizaciones sociales y otros actores que trabajan con niñas y niños), la insuficiencia de plazas disponibles en la única casa de abrigo de la ciudad de La Plata, la violencia institucional que se ejerce contra los niños y el incumplimiento de la obligación de utilizar todos los recursos del Estado en aras del interés superior de los niños, entre otras acciones y omisiones del Estado.

Los representantes legales de los niños –en la mayoría de los casos, sus madres– intentaron algunas soluciones aisladas que no resultaron factibles, posiblemente por su fragmentación, la falta de profesionales idóneos para llevarlas a cabo interdisciplinariamente y fundamentalmente, por carecer de un proyecto que las articule y las contenga. La Asamblea Permanente por los Derechos de la Niñez, al mismo tiempo que mantenía un fuerte acompañamiento a los niños en situación de calle y sus familias (callejeadas, olla popular, etc.), emprendió los reclamos hacia el Estado en diversos formatos: jornadas de visibilización a través de intervenciones artísticas y políticas en el espacio público, denuncias en medios de comunicación, elaboración de materiales y campañas de concientización, etc. También decidió ampliar su campo de lucha, llevándolo al ámbito judicial. En octubre del 2008 se inició una acción de amparo colectivo con el patrocinio de quienes hoy dirigen este programa de niñez, que se caratuló “Asociación Civil Miguel Bru y otros c/

Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires y otros s/ Amparo” con radicación en un Juzgado Contencioso Administrativo N°1 del Departamento Judicial de La Plata.

El amparo tenía como objeto la restitución de los derechos consagrados por las normas de niñez y la solicitud del dictado de una medida cautelar que contemplara la habilitación de un lugar “que opere como centro de referencia diurno y nocturno para niñxs”, dotado de profesionales. El 10 de noviembre de 2008, el juez interviniente entendiendo que los requisitos de “verosimilitud del derecho” y “peligro en la demora” se hallaban constatados hizo lugar al pedido. La medida cautelar fue apelada por el Estado Provincial y la Municipalidad, siendo ratificada en segunda instancia. Sin embargo, ni el Estado provincial ni el municipio efectivizaron la manda judicial, circunstancia que puso de manifiesto un problema de gravedad institucional, puesto que el Estado no sólo incumplió la normativa sino que se negó a cumplir una sentencia judicial a pesar de su ratificación en segunda instancia.

Por ese motivo, se realizó una denuncia de incumplimiento de la medida cautelar lo cual provocó una sanción de astreintes contra los funcionarios responsables. Asimismo el juez de la causa le dio vista al fiscal de turno por la posible comisión de los delitos de abandono de persona e incumplimiento de los deberes de funcionario público previstos en el código penal.

El 22 de mayo de 2012 el juez dictó sentencia definitiva haciendo lugar al amparo condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, “dentro de un plazo de seis meses, procedan a realizar todas las acciones necesarias para la implementación efectiva del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño en la ciudad de La Plata”, especificando algunas acciones particulares. La sentencia fue cuestionada por las demandadas, elevándola en 2012 a la Suprema Corte provincial para su resolución definitiva. En 30 de junio del 2016 se convocó a una Audiencia a las partes actoras y demandas para que se informe la situación actual de implementación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño (ley 13.298) y propiciar una solución a la problemática de fondo discutida. En dicha audiencia se presentó la situación actual del grupo de niños y adolescentes comprendidos en la medida cautelar en el año 2008 mostrando las lesiones irreversibles sufridas por la acción estatal (vulneración de derechos humanos por acción y omisión) y se presentaron nuevos hechos que demostraron la continuidad en la no implementación de las políticas públicas para la niñez en el marco del municipio y la provincia. Queda pendiente a la fecha (mayo 2017) la sentencia de la Suprema Corte.

Por otro lado, la represión de 2008 evidenció la disociación entre teoría y práctica social, entre el conocimiento producido en la universidad pública y la realidad a la que debe atender y de la cual debe abreviar para su producción. La intervención de los actores del campo académico se había limitado al desalojo del hall central del edificio de las Tres Facultades. No se exigió desde ese espacio alguna solución para contener a las niñas y los niños, cuyos derechos humanos se encontraban violados. La Universidad no se mostró –por esos días- interpelada como parte del conflicto.

Como patrocinantes del amparo y miembros de la Asamblea, así como docentes de la FCJYS, vimos con claridad que uno de los obstáculos al cambio paradigmático que prescribe la ley es la formación dogmática y positivista del derecho (aunque esta claro que no es el único). Por esa razón se propuso dentro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales la creación de este programa de extensión.

Por su parte la institución se mostró receptiva y finalmente creó el Programa Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas en el ámbito de dicha Secretaría.

Perspectiva del Programa

Una de las premisas teóricas sobre las que se sostiene el Programa es una concepción de la educación jurídica pública desde el ejercicio de prácticas de enseñanza- aprendizaje en aquellos territorios en los que, dada la situación de vulneración de derechos en la que se encuentran sus habitantes, resultan inaccesibles material y simbólicamente para una significativa parte de los egresados de la carrera de abogacía. Debido a diversos mecanismos de exclusión y segregación, dichos sectores resultan desoídos en los reclamos judiciales y quedan nuevamente desaventajados en las disputas por el acceso a la agenda que plasman las prioridades para la asignación de recursos y la construcción de políticas públicas. Entre los principales obstáculos al acceso de todos los habitantes a sus derechos fundamentales, se encuentran el desconocimiento de los mismos por parte de los destinatarios, la fragmentación de los abordajes disciplinares y la desarticulación de las acciones institucionales.

Estas problemáticas requieren de un abordaje interdisciplinario desde una concepción no iluminista de la educación, ni paternalista por parte del derecho y el Estado.

Las distancias sociales entre quienes deben brindar respuestas a dichos problemas y quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad social, devienen fronteras que se evidencian en materia de lenguaje y tornan sumamente difícil la construcción de lazos sociales que habiliten las acciones de restitución de derechos humanos para las niñas, niños y adolescentes.

“Los derechos no se tienen si no se ejercen”. El reconocimiento de los niños como sujetos de derechos resulta una condición necesaria pero no suficiente para su efectivo acceso a la ciudadanía.

Por estas razones, en los fundamentos de la propuesta se expresa que

(...) el Programa supone otras funciones del derecho. Fundamentalmente, reivindica y/o permite resignificar su carácter político en tanto promueve la participación de la Universidad pública en la construcción de conocimiento a través del trabajo territorial, con la finalidad de brindar herramientas y proponer cursos de acción para la puesta en marcha de políticas públicas de derechos humanos para la niñez y el escrutinio de los fondos públicos.

Las producciones durante este recorrido

Desde el inicio del Programa, se presentó como una tarea primordial la elaboración de materiales que brindasen herramientas jurídicas específicas para las organizaciones y estudiantes de la carrera de derecho. Esto se debía a la ausencia de modelos idóneos para intervenir, que se encontraba desde el equipo al momento de tener que presentar

peticiones administrativas o judiciales urgentes, lo que generaba la necesidad de elaborar procedimientos que fuesen posibles de ser rutinizados, posibilitando así una real injerencia en las políticas públicas, desde las tareas de exigibilidad en los casos concretos. La perspectiva central que atraviesa la tarea es la de la educación popular, como pedagogía crítica emancipadora. Por ello desde el inicio se promovieron espacios de talleres participativos, desde los cuales poder construir junto con organizaciones territoriales, estudiantes y trabajadores estatales diagnósticos comunes sobre las problemáticas que atravesaban las niñas, niños y jóvenes de la región y, a partir del diálogo, socializar las herramientas jurídicas y construir estrategias comunes.

Diversas problemáticas fueron convocando a la realización de talleres: accionar policial y detenciones arbitrarias, consumo problemático de sustancias, violencia de género y abuso sexual infantil, desalojos y acceso al hábitat justo, entre otras.

De cada instancia de taller se generaron materiales escritos (trípticos, cartillas, etc.) cuyo propósito era ofrecer de manera sistemática información relevante para identificar los problemas, desnaturalizar algunos mitos vinculados a ellos, repensar el rol de los abogados, colocar la normativa de derechos humanos de la niñez en función de las posibilidades de resolución de dichas problemáticas y ofrecer recursos institucionales disponibles en la región.

En el encuentro con diversos espacios vinculados a la promoción de los derechos de la niñez, se observó que no sólo eran necesarias estrategias de actuación ante situaciones problemáticas concretas, sino que debíamos sistematizar la matriz interpretativa que se había ido construyendo en el Programa desde las tareas cotidianas de extensión, docencia e investigación. El proceso de cambio paradigmático había abierto un escenario de interpretación e integración de diversas normas en el cual el Programa y la FCJyS se encontraban disputando sus sentidos como un actor más desde la práctica jurídica. Había que cristalizar esa matriz en un producto escrito para que éste pudiera difundirse, replicarse, debatirse, criticarse y superarse.

De este modo, se identificó la necesidad de elaborar un libro de uso práctico que sea una invitación a introducirse en la temática de los derechos de la niñez y a su exigibilidad, que ofreciera elementos teóricos, protocolos de actuación y recursos institucionales y pedagógicos, que presente una unidad y coherencia entre sus elementos pero a la vez puedan utilizarse sus partes por separado, que estimule a su estudio crítico y a la vez sirva como material de consulta ante situaciones concretas.

Finalmente en marzo del 2016 publicamos el libro *Niñez y Derechos humanos. Herramientas para un abordaje integral*².

El libro ofrece herramientas a las organizaciones sociales, abogados, profesionales, trabajadores y efectores del Sistema de Promoción y Protección de los Derechos de la Niñez. Para ello, se basa en el principio axiológico desde el cual se sostiene que no es posible pensar desde la perspectiva de los derechos humanos, si consideramos que para

² El libro se encuentra disponible para su descarga gratuita en: <http://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/book/528>

su acceso debemos acceder a la representación de un abogado. Por el contrario considera que los abogados resultan necesarios para interpelar al Estado y diseñar políticas públicas que garanticen el acceso a tales derechos, acompañando a los protagonistas en la construcción de una autonomía, que siempre es colectiva. De este modo, propicia la construcción de una ciudadanía no sólo titular de derechos sino con capacidad de exigirlos y ejercerlos.

Además se propone “abrir” el lenguaje del derecho, desnaturalizar un procedimiento elitista que encierra al derecho en las oficinas de “los especialistas”, y hacerlo más aprehensible, democratizando su acceso y uso.

La extensión al interior de la Universidad

Otra premisa central de la que parte el Programa es la de la posibilidad y necesidad en muchos casos de la imbricación entre la docencia, la investigación y la extensión en el ámbito de la Universidad. La extensión no se entiende como una tarea unidireccional de transmisión de saberes producidos en la academia. Por el contrario, se entiende que es una instancia bidireccional, de construcción colectiva de conocimiento, de revisión de saberes disciplinares y de implementación de estrategias junto con aquellos actores que no acceden al campo universitario.

Las visiones tradicionales del derecho y de la pedagogía, contribuyen a reproducir las estructuras y los hábitos de los agentes y a sostener las desigualdades sociales que resultan invisibilizadas al enfatizar dogmáticamente, la igualdad ante la ley y la igualación e inclusión social a través de la enseñanza pública.

La transformación material y simbólica, y el cambio cultural que implica un nuevo paradigma de los derechos de la niñez pero fundamentalmente una perspectiva de derechos humanos crítica, no puede imponerse ni transmitirse unidireccionalmente. La autonomía se construye con la participación activa de los sujetos implicados, y por tanto, no puede prescindir de sus posibilidades de crítica, ni de la apropiación material de las alternativas de debatir y disputar el sentido de su realidad y el rol que el derecho ocupa en el abordaje de la conflictividad social.

Por ello se hace necesario integrar el diálogo y la educación problematizadora y pluridisciplinar, al interior de la institución académica, recreando los espacios de encuentro y fomentando nuevas rutinas emancipatorias, colectivamente.

En este marco el Programa, asume el desafío de formar profesionales del derecho partiendo de las intervenciones concretas. Se trata de pensar a los abogados no en representación de actores individuales, sino como parte de la construcción de la política pública para la remoción de los obstáculos al acceso de los derechos humanos de las niñas, niños y jóvenes, sin discriminación. Por ello el Programa de Niñez, se coloca como parte de una comunidad en la que el derecho es una dimensión de la conflictividad social. El rol del derecho no se limita a un momento posterior del conflicto, sino que es parte en la disputa en la definición del conflicto mismo, y la adjudicación de los roles de los actores involucrados.

Se subraya, de este modo, la dimensión pedagógica del derecho. Cada intervención brinda la oportunidad de poner a disposición de los protagonistas los fundamentos teóricos

de las herramientas, entre las que deben elegir y hacerse cargo de su uso para la resolución legítima de los conflictos sociales. Estas herramientas deben ser usadas en una espiral ascendente de autonomización. Cada conflicto brinda la oportunidad de aprehenderlas y difundirlas. El desafío asumido es que luego de cada intervención todos los actores se encuentren fortalecidos en el conocimiento y uso de sus derechos.

A su vez, esta perspectiva coloca a la Universidad como un actor más interesado en el cumplimiento de la norma. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales participa de este proceso, por una lado, construyendo conocimiento, cuantitativo y cualitativo, y ofreciendo al Estado datos imprescindibles para que pueda remover los obstáculos al acceso a los derechos humanos vulnerados de este sector de preferente tutela. Por otro lado, participa controlando la ejecución de los programas, a través del seguimiento de los casos concretos, construyendo herramientas de exigibilidad para promover el cumplimiento de las normas, enseñando derecho a través del ejercicio mismo, brindando la posibilidad de enseñar en actos, que los derechos no se tienen si no se ejercen.

Lugar de la niñez

Finalmente el programa se inscribe en un proceso cultural y social mayor, el cambio paradigmático en relación a los derechos de la niñez. Los adultos debemos empezar a problematizar nuestras concepciones a cerca de la infancia y las expectativas que se generan en torno a lo que esperamos de las mismas. De manera tal que nos permita ir removiendo obstáculos institucionales, normativos y también en nuestras propias prácticas, para que las niñas, niños y adolescentes accedan a los derechos que ya tienen consagrados.

Desde los inicios del Programa se ha buscado, a través de la revisión de las propias prácticas y las de las diferentes organizaciones-instituciones que abordan temáticas de la infancia, contribuir a que se incorporen en el imaginario y en las representaciones sociales estas nuevas formas de abordaje para así lograr transformar en un común denominador la consideración de las niñas, niños y adolescentes como sujetos con derechos.

Tanto el Estado como el sistema educativo, el sistema de salud, las organizaciones sociales y la familia tienen ahora el deber de concebir a los niños de una manera diferente e interactuar con ellos en consecuencia. Eso implica un desafío, ya que no se puede encarar ninguna transformación genuina sin que las personas involucradas vayan transformándose para modificar prácticas arraigadas que obedecen a formas, muchas veces no conscientes, de ver la niñez y las relaciones intergeneracionales.

La utilización de conceptos como riesgo, abandono, fuga del hogar, chicas y chicos de la calle eran expresiones usadas en perjuicio de determinados niños a través de la culpabilización de sus familias.

Lejos de cualquier pretensión de objetividad o neutralidad descriptiva, operaban como signos marcadores de una situación *irregular* que habilitaría a los adultos a disponer de ellos aislándolos de su entorno. Al considerarlos peligrosos y/o en peligro de manera indistinta, se procuraba su *salvación* acudiendo a la justicia de menores y alejando al niño de su entorno, alterando o substituyendo su identidad.

Aquel paradigma de la situación irregular, que con la pretensión de salvar a los niños vulneraba sus derechos, se ha derogado legalmente. La Convención de Derechos del

Niño, que tiene aprobación ratificada por Argentina en 1990 y cuenta con jerarquía constitucional desde 1994, establece que los niños son sujetos plenos de derechos con autonomía progresiva, y que atento a su condición de personas en proceso de crecimiento son titulares de los mismos derechos de que gozan los adultos, además de aquellos específicos que les han sido reconocidos en base a esa condición. Este instrumento internacional constituye el pilar fundamental e inaugural del nuevo modo de concebir los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Para el paradigma de la protección integral los niños son sujetos plenos de derecho. Con autonomía progresiva.

De todos los derechos, un principio que estructura la lógica de la protección integral es el *derecho del niño a ser oído* y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Para ello el primer objetivo debe ser suspender los juicios de valor, y ejercer un control de todos los adultos sobre sí mismos para modificar las relaciones intergeneracionales, y conocer a los niños reales, cuyos derechos se pretende promover.

Basta retomar los principios básicos rectores en materia de niñez y adolescencia para dejar en claro nuestra concepción en relación al trabajo con niños y adolescentes. El respeto de los mismos es parte de la efectividad de un nuevo paradigma desde el lugar que ocupamos.

Existen una serie de obstáculos y desafíos que provienen de una cultura que aloja la vulnerabilidad de los niños, y que lo hace de modos invisibles, naturalizados, que impiden su autonomía, cosificándolos. Esta cosificación la vemos claramente cuando las niñas y los niños son demonizados y arrojados al sistema penal, hasta convertirse en menores. Sin embargo el resto de la niñez, la que no padece problemas de desventaja económica y social, también resulta cosificada, de la mano de la idealización, la imposibilidad de ser escuchada, los abusos a su integridad física y sexual, siendo blanco privilegiado del mercado y el consumo masivo.

Los espacios sociales asignados a los niños, a través de la lógica del mercado para unos y del sistema penal para otros, resultan un obstáculo para las políticas públicas de derechos humanos, en las que la interjurisdiccionalidad y la intersectorialidad resultan necesarias.

Por ello, desde el Programa se considera que no se trata de erigirse como representantes de los niños, sino que la tarea implica acompañar, remover los obstáculos y promover acciones que apunten su participación activa y su protagonismo real.



ENTREVISTA

REDEA. DERECHOS EN ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017

PORTADA: VIVIANA KERT | RETRATO FAMILIAR.

TÉCNICA OLEO 65 X87.

OBRAS A LA VENTA

Ayer, otra vez
Abril.
Otoños de sueños,
Pórfidos.
Como el humo, que escurre entre mis uñas
Difuso,
Como el barro entre tus huesos.

BAIBIENE Ramón Mariano

**Entrevista a Estela de Carlotto,
Presidenta de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo.**



-Nos podría sintetizar cuál ha sido la relación de las Abuelas de Plaza de Mayo con los distintos gobiernos que se han sucedido desde su creación hasta el día de hoy.

-En octubre vamos a cumplir cuarenta años de historia. Primeramente cuando se produce el advenimiento de la democracia lamentando el motivo que hace que esta gente deje de ser la dictadura de turno, porque desde el año 1930 hemos tenido dictaduras acá, yo me crié con dictaduras, me eduqué con dictaduras y con malas informaciones y deformaciones de la prensa monopólica y sigue el tema, es una cosa muy lamentable. Hubo una generación que nos hizo saber y entender a los padres en la década del setenta cómo era la historia real.

Nosotros festejamos muchísimo el advenimiento del primer gobierno constitucional que tomó la dirección del país en diciembre de 1983. No políticamente por un partido, sino por una democracia que volvía, y bueno, por supuesto todos a la plaza, las abuelas, los organismos con nuestros carteles a vivir esa venida de la democracia y con una percepción un poco ingenua porque dijimos bueno ahora nosotros no vamos a ser una organización, si no vamos a ser colaboradoras del Estado porque va ser el Estado de Derecho el que va a tomar todo para recomponer lo que el Estado terrorista hizo.

Pero esperamos un prudente tiempo, colaboramos muchísimo con el juicio del 85, fuimos testigos, algunas otras no, un juicio muy condicionado también porque la prensa no tenía acceso, íbamos de a dos o a tres y más no entrábamos, y el pañuelo blanco era un símbolo que no debíamos exhibir. O sea había condicionamientos todavía. Y era muy impactante ver sentados a estos genocidas ante esos jueces que realmente fue ejemplar en el sentido del desafío que representaba. A colaborar, a llevar todo, pero no largamos el mando del organismo, esperando. Después vimos algunos retrocesos y por supuesto el retroceso lamentable fue las leyes de obediencia debida y punto final. Pero igual el diálogo lo continuamos, respetando la democracia, el diálogo con el presidente de turno que nos recibió alguna vez. Luego viene el segundo gobierno que lo primero que hace es el indulto, nos encontró en la protesta y en el afianzamiento que nosotros tenemos que seguir, que no nos reemplacen. También el diálogo, porque era un gobierno que nos recibió, algo conseguimos que fue la CONADI. También se subió de categoría a la CONADEP, luego fue la dirección, que bajó y quedó planchada un tiempo cuando se terminó la CONADEP y que luego la toma Alicia Pierini, se eleva el nivel a subsecretaría. Cuando se pidió la creación de la CONADI pedimos que siga el nivel equivalente a subsecretaría. En ese contexto Menem lo hace. Después todo lo que hizo Menem, yo digo no sé si porque estábamos todavía impactadas por poder vivir una democracia que lo sufrimos pero pasó. Nos trajo miseria, vendió el país y todo lo que podamos decir que es cierto.

Después tuvimos otros gobiernos, que realmente con De la Rúa, también el diálogo pero nada. Después lo que siguió, esos presidentes de cinco en una semana que ni los conocimos y luego Duhalde con el que también dialogamos.

Luego viene el Gobierno de Néstor, un desconocido. Pero qué paso, el primer gesto de Néstor fue llamarnos, no fue necesario ni pedirlo. El nos convocó y nos tuvo en los primeros días, mesa enorme, con todos los dirigentes de derechos humanos, con un pedido

por cada grupo, escuchando, respondiendo y decirnos que había que hacer todo pero que había que empezar por la justicia porque si la justicia no existía todo lo demás no servía. De ahí en más viene la caída de las leyes punto final obediencia debida e indultos, y luego todo lo que sigue a un gobierno de puertas abiertas, de llamarnos, convocarnos, pedirnos opinión, darnos respuesta, reparaciones, todo lo que sabemos que hizo. No hizo todo lo que podía o debía haber hecho, se pudo haber equivocado y también, pero nada de eso fue para nosotros malo, vimos que se daban derechos que no habían llegado nunca a nuestro país. Y participamos.

¿Cuál es la valoración de Uds. acerca del actual gobierno del Presidente Macri en materia de Derechos Humanos?

Viene ahora este gobierno, que está en las antípodas del anterior, y lo sufrimos tanto que yo digo porque cuando Menem no sufrimos y ahora sí. Y yo creo que fue porque aprendimos a vivir en democracia con Néstor y Cristina. Supimos lo que era el respeto al otro, al que necesita, entonces ahora el agravio es mayor y además el proyecto que tienen es nefasto. Con este gobierno no hay diálogo, el presidente no nos quiso recibir, nos recibió tardíamente, de una manera muy fría. El tiene sus emisarios, uno de ellos el Secretario de Derechos Humanos, Avruj, que dice disparates lamentablemente. Con él tenemos alguna relación institucional por el tema de los recursos. Este señor que aparentaba ser un señor de buenas ondas, permanentemente viene dando versiones equivocadas o no veraces de la realidad y la historia argentina.

¿Cómo ven el futuro de Abuelas de Plaza de Mayo?

Te voy a decir una cosa, ante esta situación de agravios permanentes, yo dije una frase que no gustó a algunos pero que la reitero y la seguiré reiterando siempre, con el sentido con el que la dije: Si pudimos con Videla, vamos a poder con Macri. Eso tiene un sentido amplísimo, no es que yo compare a Videla con Macri o a Macri con Videla, si no que digo que nuestra fuerza, nuestra convicción, nuestra vida dedicada a esto, porque ya con la edad que tenemos deberíamos estar descansando y las que hemos encontrado al nieto con más razón todavía, pero el compromiso que tenemos es tan grande con nuestros hijos y con los jóvenes de hoy y el futuro que no podemos dejar de venir y estar. No vamos a permitir nada de lo que piensan hacer, lo vamos a combatir, lo vamos a repudiar, lo vamos a denunciar. Entonces yo quise decir esto, si tuvimos fuerza contra un dictador que podía matarnos, como no vamos a tener fuerza contra un gobierno constitucional pero totalmente agresivo y prepotente. Vamos a poder, porque de alguna manera en algunas oportunidades les doblamos el brazo.

Entonces, nuestra lucha no termina, nosotros lideramos, ya somos muy pocas las abuelas, se murieron algunas otras se enfermaron, somos muy pocas, tenemos mucha juventud de nuestros nietos recuperados, están más que preparados para seguir y ellos nos ayudan a pensar, nos dan su mente fresca. Lo compartimos, lo discutimos sale lo que entre todos decidimos, en una comisión directiva que era de mujeres nada más, ahora con hombres, nietos recuperados en su mayoría. Ellos tienen una visión clara de lo que fue la dictadura, porque lo vivieron en carne propia, ello son nuestra garantía.

En La Plata están Leo Fosati, por ejemplo y Emanuel Lovelli, que no es víctima por suerte, y es una persona comprometida al máximo, pero tenemos nietos en cada lugar que están luchando por la historia y para que estas cosas no sucedan o se reviertan. O sea que el espíritu nuestro no es de venganza, odio o rencor o revancha ni nada, simplemente justicia y decirle a la sociedad que lo estamos haciendo por ellos porque nosotras deberíamos estar descansando. Y que piensen que si no luchamos todos contra esto y que se pretenda llamar a los asesinos de 30.000 personas, viejitos enfermos para mandarlos a la casa, están dándole la oportunidad para que vuelvan a organizarse para volver reprimir, que no son buena gente son viejos malos. No han cambiado, no confiesan, no se arrepienten y prometen volver a hacerlo.

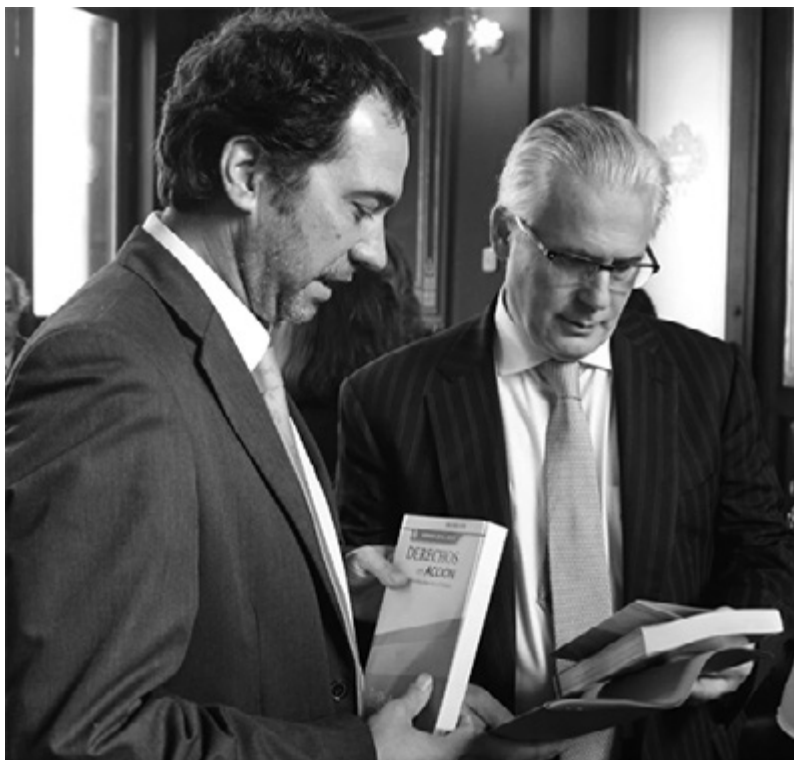
A la gente le decimos eso, cuando empezaron con el 2X1 le preguntamos quiere estar usted un día en el cine al lado de Astiz o de Etchecolatz o alguno de esos asesinos y la gente se espanta. Hay que hacerle tomar conciencia a la gente de que es lo que no debe volver y que la verdad es absoluta, no hay que mentir, están mintiendo mucho, están queriendo dar vuelta la historia hablan de la historia completa para volver a hablar de la teoría de los dos demonios.

Ante las cosas tan duras que dijo Avruj en la reunión que tuvo con la decana de la universidad de Harvard, que Verbitsky publicó en página 12, pedimos a la Cámara de Diputados a través de la Comisión de Derechos Humanos que lo interpiden para que delante de todos los representantes en el parlamento diga qué es lo que hizo en derechos humanos y qué promete hacer. Porque dijo que después de octubre, y ahí anuncia lo de las escuelas, de contar la historia oficial, que van a juzgar a los sobrevivientes o sea a los militantes que han conseguido sobrevivir los van a juzgar como asesinos. O sea que van a llamar a nuestros hijos terroristas, asesinos que es como los nombraban en la dictadura o peor. Entonces que eso él lo diga delante de los parlamentarios y nosotros vamos a estar ahí presentes y vamos a buscar todo tipo de acciones para darle visibilidad a estas barbaridades que está haciendo este gobierno y sobre todo el secretario de Derechos Humanos que es quien tiene que velar por nosotros.

La secretaría de derechos Humanos no se creó para los derechos generales humanos que los respetamos, se creó para los desaparecidos y él tiene que representar ese grupo. En cambio dice que el paradigma se cambia. Vienen con el cambio de nombres, palabras extrañas, más simbólicas, quieren cambiar la historia del país. Si pudieran borrar del abecedario la letra K, la borrarían porque están rompiendo todo lo que hizo el gobierno anterior. Lo que sí hemos aprendido mucho, estamos en otra situación, y hay una juventud muy militante, eso es bueno, la juventud está de pié, milita, está presente, se convocan, se reúnen y todos están claro que lo que se está haciendo mal hay que combatirlo, sin violencia.

Entrevista al Ex Juez Baltasar Garzón.

El jurista español visitó la Universidad Nacional de La Plata para participar de la distinción que se le hiciera desde esa Alta Casa de Estudios al Ex Fiscal Federal Hugo Omar Cañón¹. En esta oportunidad el ex juez recibió a ReDeA para responder algunas preguntas de sus editores y dejarnos algunas de sus valiosas reflexiones



¿Qué significa para Ud. Estar hoy acá en La Plata participando de este homenaje a Hugo Cañón?

Para mi Hugo era...y es un referente, un hermano, un amigo, compartimos muchas historias. El prestó un gran servicio, no solo aquí en Argentina, con coherencia impresionante en su lucha contra la dictadura, contra la impunidad, sino que también en España donde iniciamos un proceso contra represores en 1996. Una de las primeras

¹ La Universidad Nacional de La Plata distinguió con el título Doctor Honoris Causa -post mortem- al ex fiscal General, doctor Hugo Cañón, un activo defensor de los derechos humanos. La ceremonia, realizada en el patio del Rectorado, estuvo encabezada por la vicepresidenta Académica, Ana Barletta, la decana de Periodismo, Florencia Saintout, y el ex secretario de Derechos Humanos de la Nación, Martín Fresneda.

personas que compareció y aportó documentación muy importante para demostrar el plan sistemático de eliminación – sobre todo en el 5° cuerpo del ejército, fue Hugo Omar Cañón. Su presencia en el juicio también fue decisiva. A partir de ese año fuimos no solo amigos, sino hermanos, hemos compartido muchas anécdotas y muchas peleas... muchas, y de alguna forma siempre está presente. Ayer, incidentalmente presentando el último trabajo en el que estuvimos juntos, que concluyó en el teatro Cervantes de Buenos Aires en 2015 (los nuevos principios de la jurisdicción universal) me emocionó cuando lo oí, aunque fuese gravado, hablando de la jurisdicción universal y de la lucha contra la impunidad. Bueno, en definitiva fue un hombre que hizo patente lo que pensaba y con lo que actuaba, siempre con una definición muy clara en defensa de los más vulnerables y en defensa de las víctimas.

¿Cuál piensa que debe ser la lucha hoy frente a algunos retrocesos que hemos tenido en nuestro país en materia de derechos humanos?

La lucha tiene que ser no solamente constante, sino permanente. Pensar que se ha conseguido mucho y quedarse ahí significa retroceder. Hemos visto, no hace mucho, apenas hace un mes y medio, como ante una decisión de la Corte Suprema (el 2 x 1) la reacción de la sociedad civil, de los organismos y de todo el pueblo hizo que se reaccionara de forma fulminante. El Congreso aprobó una ley, el Ejecutivo y el presidente Macri no tuvo otra opción que sancionarla. Se demuestra así que cuando se atacan las bases que están sustentando esta democracia, y que Argentina como en ningún otro sitio se ha luchado en ese sentido, no se debe renunciar a esos logros. Ninguna lucha política puede llevar a perder lo conquistado y mucho menos la lucha contra la impunidad, por la verdad y la memoria, contra crímenes de lesa humanidad. Quien lo haga, está atentando contra el pueblo.

pronto
gráfica 

adulp 

Asociación de Docentes de la Universidad de La Plata

PALABRAS del Derecho



@BLOGDELDERECHO



PALABRAS DEL DERECHO



PALABRASDELDERECHO.BLOGSPOT.COM.AR



ULPIANO

libros jurídicos

31
años



1986 - 2017



Calle 48 Nro. 892 ½ e/ 12 y 13 - (1900) - La Plata | Tel./Fax: (0221) 423-3938

A media cuadra de Tribunales. E-mail: info@ulpianolibros.com.ar