

Encuentro

20 años

de la Convención Nacional Constituyente



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

SUBSECRETARÍAS

Asuntos Institucionales: Juan Balestretti

jbalestretti@defensoria.org.ar

Derechos Urbanos, Espacio Público y Medio Ambiente: Bárbara Rossen

brossen@defensoria.org.ar

Derechos Sociales: Livia Ritondo

lritondo@defensoria.org.ar

Derechos Políticos: Norberto Darcy

ndarcy@defensoria.org.ar

Derechos Humanos y Seguridad: María Graciela García

mgarcia@defensoria.org.ar

Deportes y Recreación: Marcelo Achile

machile@defensoria.org.ar

Juventud: José D'Errico

jderrico@defensoria.org.ar

Gestión Pública: Claudia López

clopez@defensoria.org.ar

Derechos del Trabajo: Néstor Gómez Saravia

ngomezdesaravia@defensoria.org.ar

Derechos del Turismo: Mario Pironi

mpironi@defensoria.org.ar

Unidad de Conducción de Políticas y Programa de Descentralización: Natalia Santarelli

nsantarelli@defensoria.org.ar

Dirección General Económica y Financiera: Christian Devia

cdevia@defensoria.org.ar

Dirección General de Asuntos Legales: Fernando Bertolotti

fbertolotti@defensoria.org.ar

Auditoría Interna: Anabella Rodríguez

anrodriguez@defensoria.org.ar

Centro de Estudios para el Fortalecimiento Institucional: Cynthia Bustamante

cefi@defensoria.org.ar

Coordinación de Programas Especiales: María Elena Martino

mmartino@defensoria.org.ar

Consejo del Trabajo: Pablo Flores

pflores@defensoria.org.ar

Consejo de Planificación y Pensamiento Crítico: Héctor Masquelet

hmasquelet@defensoria.org.ar

Programa de Villas: Federico Berardi

fberardi@defensoria.org.ar

Unidad de Conducción de Políticas de Derechos del Trabajo: Leonardo Ambessi

lambessi@defensoria.org.ar

Unidad de Administración de Sistemas Informáticos: Guillermo Hlndi

ghlndi@defensoria.org.ar

Consejo de Mediación, Conciliación y Arbitraje: Nora Cattaneo

ncattaneo@defensoria.org.ar



Defensoría del Pueblo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Defensor del Pueblo

Alejandro Amor

Adjuntos

María América González

José Palmiotti

Lidia Saya

Claudio Presman

Oscar Zago

Secretario General: Dante Sironi

dsironi@defensoria.org.ar

Encuentro

20 años

de la Convención Nacional Constituyente



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

ÍNDICE

Acto de apertura	6
Bienvenida y agradecimiento	6
Homenajes	6
A Convencionales Constituyentes	6
A antecesores en el cargo de Defensor/a del Pueblo de CABA	10
A la lucha por los derechos	10
Palabras de Alejandro Amor	11
Palabras de apertura de Raúl Gustavo Ferreyra	13
Defensa de los derechos y rol del Defensor del Pueblo. Ámbito de referencia constitucional y significado democrático	16
Intervención de Alicia Pierini	16
Intervención de Carlos Bonicatto	21
Intervención de Carlos Constenla	23
Intervención de Antonio Cartaña	29
Intervención de Sebastián Vinagre	31
Aspectos relevantes del Núcleo de Coincidencias Básicas a veinte años de la reforma constitucional	
Art. 14 bis: operatividad de los derechos incluidos. La repartición de ganancias con los trabajadores. Protección constitucional ante las alternativas que imponen las crisis	34
Intervención de Pedro Kesselman	34
Intervención de Abraham Leonardo Gak	39
Intervención de Alejandro Amor	41
Presidencialismo atenuado. El Jefe de Gabinete	49
Intervención de Margarita Stolbizer	49
Intervención de Juan Manuel Abal Medina	54
Intervención de Carlos Corach	57
Nuevos derechos y garantías	
Nuevas tecnologías. Derechos humanos y habeas data. Art. 43 CN	61

Intervención de Marcela Basterra	61
Intervención de Juan Antonio Travieso	65
Intervención de Beatriz Buseniche	68
Intervención de Daniel Altmark	71
Control de convencionalidad, Art. 75, Inc. 22. Realización de Derecho Internacional de los Derechos Humanos	76
Intervención de Víctor Bazán	76
Intervención de Juan Sola	98
Intervención de Raúl Zaffaroni	102
Intervención de Diego Dolabjian	105
Intervención de Ricardo Rabinovich Berkman	111
Derecho al ambiente sano, Art. 41 CN. Rol del Defensor del Pueblo en la defensa y protección del ambiente. Caso "Mendoza, Beatriz S. y otros". Caso "Contaminación cuenca Salí-Dulce"	115
Intervención de Antonio Elio Brailovsky	115
Intervención de Mario Cámpora (h)	118
Intervención de Martín Díaz Achával	122
Derechos de los consumidores y usuarios, Art. 42 CN. El sistema de participación y de control en los entes reguladores	128
Intervención de Leandro Vergara	128
Intervención de Laura Pérez Bustamante	131
Intervención de Laura Clérico	135
Intervención de Javier Wajtraub	148
Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires	
Traspaso de las competencias penales a la CABA. Impacto en la Ciudad	152
Intervención de Antonio Cartaña	152
Intervención de Aníbal Ibarra	156
Intervención de Martín Ocampo	159
Intervención de Mary Beloff	161
Intervención de Luis Lozano	165
La reforma política en la Ciudad. PASO. Voto electrónico. Boleta única. Cupo femenino. Ley de equidad de género	170
Intervención de Aluminé Moreno y Diana Maffía	170
Intervención de María Elena Naddeo	178
Intervención de Alberto Elgassi	181
Intervención de María Rosa Muiños	186
Intervención de Cristian Ritondo	192
Necesidad, oportunidad y conveniencia de una nueva reforma	
Profundizar el federalismo: deudas y logros de la Constitución de 1994.	
Coparticipación federal. Recursos naturales	195
Intervención de Héctor Recalde	195
Intervención de Osvaldo Casás	196
Intervención de Horacio Corti	206
Intervención de Miguel Alegre	209
Intervención de Andrés Gil Domínguez	213
Deudas y logros de la Constitución de 1994. ¿Liderazgo constitucional del órgano presidencial a debate?	216
Intervención de Rodolfo Barra	216
Intervención de Ricardo Gil Lavedra	220
Conclusiones	226
Cierre	
Palabras de cierre a cargo del Defensor del Pueblo Alejandro Amor	234
Palabras de Estela de Carlotto	235

ACTO DE APERTURA

Bienvenida y agradecimiento

El Defensor del Pueblo Alejandro Amor dio la bienvenida a todo el público presente en el acto de conmemoración por los veinte años de la sanción de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, que se reconoce como “un hecho fundamental para la República Argentina y también naturalmente, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Destacó, asimismo, el trabajo realizado por todo el equipo que lo acompañó en el estrado por hacer posible el encuentro: el Dr. Raúl Gustavo Ferreyra, conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y abogado de la casa; la Dra. Florencia Kravetz; la Dra. Nora Cattaneo; la Dra. Nerina Da Rin; la Sra. Lina Da Silva; la Lic. Gabriela Moffson; el Sr. Dante Sironi; el Sr. Matías Blasco; la Sra. Laura Morinelli y la Srta. Sabrina Sinopoli.

Asimismo, puso de relieve el trabajo de los compañeros taquígrafos del Congreso de la Nación, para quienes solicitó un aplauso por su tarea.

Homenajes

El Dr. Alejandro Amor invitó a los Defensores adjuntos y a representantes de los trabajadores a hacer entrega de reconocimientos para quienes han sido, en algunos casos, Convencionales Constituyentes y, en otros, autoridades de lo que fue primero Controladuría General Comunal y, después, Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o ambas categorías a la vez.

La Defensora adjunta María América González entregó la primera de las distinciones al Dr. Alfredo Bravo, Convencional Constituyente (MC). Recibió su hijo Daniel Bravo.

El Defensor adjunto José Palmiotti entregó la distinción al Convencional Constituyente (MC) Dr. César Arias.

La Defensora adjunta Lidia Saya entregó la distinción al Convencional Constituyente (MC) Dr. Eduardo Menem.

Agradecimiento de Eduardo Menem

En nombre propio y de todos los Convencionales Constituyentes, quiero agradecer esta distinción al Señor Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Y les quiero decir que para mí es un doble honor estar hoy acá, porque he sido Presidente de la Convención Nacional Constituyente; pero también tuve el honor de ser quien presentó el proyecto por el cual se creó la Defensoría del Pueblo en el orden nacional, que finalmente se concretó en la Ley 24284. Nos costó mucho hacer entender en el Congreso la figura del ombudsman, pero felizmente pudo ser sancionada.

Quiero decir –tal vez algunos lo sepan y otros no– que el primer proyecto que se presentó en la Comisión Convencional Constituyente del año 1994 fue el de darle jerarquía constitucional al Defensor del Pueblo. Fue el primer proyecto que se presentó que también tuve el honor de presentarlo. Por eso es la gran satisfacción de estar acá. Estuvimos en Santa Fe celebrando los veinte años.

La Convención Nacional Constituyente de 1994, más allá de todas las críticas que se puedan hacer, ha sido la Convención Nacional Constituyente más democrática de la historia del país. Donde estuvieron presentes diecinueve partidos políticos y fue la única que terminó sin un portazo, todos juraron la Constitución el 24 de agosto. Absolutamente, tanto los que apoyábamos la reforma como los que fueron a votar en contra de la reforma, pero haciendo caso a lo que decía Fray Mamerto Esquiú, bajo cuya advocación celebramos la reunión de la Convención Nacional Constituyente, de que había que obedecer a la Constitución, porque si no se obedece a la Constitución no hay ley y si no hay ley, no hay patria, sino disolución. También, recuerdo al primer Presidente de la Convención del año 1853, Facundo Zúbiría, que no obstante haber estado en contra de la sanción de la Constitución, por razones de oportunidad, fue el primero en jurarla acatando la voluntad de la mayoría, que era el principio de la democracia, principios estos que incorporamos en la reforma de 1994.

Muchas gracias por esta distinción. Ojalá podamos disfrutarla en el futuro.

El Defensor adjunto Oscar Zago entregó la distinción al Convencional Constituyente (MC) Sr. Eduardo Valdés.

Agradecimiento de Eduardo Valdés

Simplemente quería aprovechar que estaba el Presidente de la Convención Nacional Constituyente, Eduardo Menem, y decirles, en primer lugar, que me tocó ser miembro informante del artículo 129, que da autonomía a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y mucho debemos agradecer a todos los Convencionales. Aprovecho que está Eduardo, él tuvo mucho que ver, porque la verdad es que cuando llegamos a Santa Fe no era tan autonomista de la Ciudad de Buenos Aires el propio bloque oficialista, el bloque justicialista. Había un riojano, un provinciano, que gritaba todos los días con declaraciones públicas, era Jorge Yoma, totalmente en contra. Me acuerdo de “Chiche” Araoz también. Y un día Eduardo me dice: “no le contestes más, vos quedate tranquilo que esto va a salir”, y nos callamos la boca. Yo me acuerdo que Jorge Yoma me dijo: “che, chango, ¿ya no me contestás más?”.

Hay gente a la que uno le tiene que agradecer. Le agradezco a la escuela política que fue la Convención Nacional Constituyente, porque teníamos tiempo de inicio y tiempo final. Y había que sancionar todos estos derechos que iban a regular la vida de los argentinos



de acá al futuro en ese tiempo, y quizás la gran experiencia de quienes venían siendo senadores y diputados nacionales hizo que pudiéramos cumplir en tiempo y forma.

Y, para el mal gusto de algunos, no se fue nadie de esa Convención Nacional Constituyente. Todos los derechos sancionados en esa Convención Nacional Constituyente, a pesar de que hacían prensa opositora para afuera, fue votada por unanimidad del bloque de la Unión Cívica Radical, del bloque del Justicialismo y del bloque del Frente Grande. Ningún derecho, salvo el Núcleo de Coincidencias Básicas, que si uno ve el diario de sesiones, estuvieron de acuerdo en todo lo que se sancionó en el Núcleo de Coincidencias Básicas, menos con la reelección presidencial, pero en lo demás estuvieron totalmente de acuerdo. Entonces, es verdad lo que dice Eduardo Menem que quizás fue la Convención Nacional Constituyente más plural y más unánime.

Quiero rendir homenaje a alguien que al menos fue Presidente de la Comisión de Núcleo de Coincidencias Básicas donde sancionamos el artículo 129, el “Chacho” Jaroslavsky. Un ejemplo de raza de la política. Había enterrado a su hijo una semana antes de que comenzáramos las sesiones ordinarias, y ¡el trabajo, la polenta y lo que nos enseñó en esos días de discusión! Además, Eduardo le dio poco trabajo, era el Presidente de la Comisión de Núcleo de Coincidencias Básicas. O sea, había que poner una muñeca importante ahí, porque era la arena donde estaba toda la prensa, en principio, en esa comisión y realmente nos dio un ejemplo.

Entre otras cosas, les recomiendo que lean en el diario de sesiones las palabras del “Chacho” Jaroslavsky cuando se iba a sancionar la eliminación del culto católico para ser Presidente de los argentinos. Contó una anécdota, que cuento breve. Él contó que cuando se muere Raúl Borrás, el Ministro de Defensa de Alfonsín, vienen los tres jefes militares y le dicen “Chacho, queremos que sea el Ministro de Defensa”. Era el año 1985. Se estaba desarrollando el juicio a las juntas militares y para Chacho, que era un político de raza, era un orgullo que le vinieran a proponer que fuera el Ministro de Defensa de ese tiempo. Sin embargo, dice “muchachos, yo me llamo César Jaroslavsky”. Si bien él no profesaba el culto judío, él decía ser agnóstico, dice “¿qué va a pasar cuando el Ministro de Defensa presida un homenaje a la patrona del Ejército, la Virgen de Luján? Algún joven oficial va a creer que hace patria insultando al Ministro de Defensa, porque se llama Jaroslavsky. Es más importante que hagamos lo que estamos haciendo, este Juicio a las Juntas, que el honor personal de ‘Chacho’ Jaroslavsky”.

El segundo tema lo cuenta cuando pierde Casella con Cafiero en el 87. Hay que elegir quién es el candidato a Presidente que suceda a Alfonsín en la Unión Cívica Radical. Dice que vienen unos altos correligionarios, importantes correligionarios del radicalismo y le dicen “Chacho, vos sos el heredero”, y él les dice “no, muchachos. Me llamo César Jaroslavsky, yo no puedo, no profeso el culto católico para ser Presidente”. Los correligionarios le dicen “Chacho, París bien vale una misa” y él responde “muchachos, el honor es amplio”. Le proponían que se bautice a los quince días. Dijo Chacho “no pongamos a París, porque vamos a pudrir la misa”. Ese era “Chacho” Jaroslavsky. Muchas gracias.

Distinción al Convencional Constituyente (MC) Dr. Antonio Cafiero, en ausencia. Entregó la distinción el Dr. Raúl Gustavo Ferreyra a la Sra. Dolores Gandulfo.

Distinción al Convencional Nacional Constituyente (MC) y actual Defensor del Pueblo de la provincia de Corrientes, Sr. Miguel Alegre. Entregó el Sr. Dante Sironi.

Agradecimiento de Miguel Alegre

Una sola frase. Agradezco al Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma, Defensoría que exige nuestra Constitución del 94 y por aquellas casualidades soy el único Defensor del Pueblo —en este caso en la provincia de Corrientes— que fue Convencional Constituyente Nacional en el 94. O sea que tengo los recuerdos de aquella época.

Quiero decirles que hemos vivido hace pocas horas en Santa Fe —como dijo Eduardo Menem, Presidente de la Convención— horas muy lindas, porque hemos recordado historias irrepetibles, vivencias hermosas, luchas muy fuertes, pero que como dijeron antes, es la Constitución con más legitimación de origen. Es una reforma constitucional que, se decía en Santa Fe, aquellas críticas de la reelección de Carlos Menem, mirada desde veinte años después parece ser algo que no cuenta. Sí cuentan los valores, las instituciones y fundamentalmente el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución, que marca un hito en la historia argentina y que permitió, para aquellos que defendemos los derechos humanos y los derechos de todos los argentinos, un antes y un después.

Gracias a Dios tenemos esta Constitución que, seguramente, va a regir la historia, como decía Raúl Alfonsín, a quien rindo un justo y merecido homenaje. Gracias.

Distinción al Convencional Nacional Constituyente (MC) Pablo Martínez Sameck.

Agradecimiento de Pablo Martínez Sameck

Como portavoz, quizás, de la tercera corriente mayoritaria de aquel momento, en tiempos de complejidad respecto de posición, y lo que aquí se supo decir con alguna lectura estratégica que dejamos a lo largo del tiempo es una Constitución que pese a las condiciones de beligerancia, tres semanas de discusión tuvo una muy sana construcción respecto de sus resultados. Pese a las observaciones, nunca fuimos cercenados en el uso de la palabra. Soy portavoz del Frente Grande, por eso me tomo el atrevimiento de decirlo.

Se hizo una construcción lo suficientemente elaborada como para tener aportes permanentes para una construcción estratégica de la Nación Argentina. Porque la ley de leyes, en última instancia, nos involucra a todos; por lo tanto, a aquellos que en aquel momento en una coyuntura determinada pudiéramos vivirlo de manera más dramática. Lo que quedó, la ampliación de los tratados internacionales, la moderna apertura de circulación de ideas, la incorporación de los partidos políticos, la problemática de los institutos de participación democrática de las masas fueron aportes significativos. Por supuesto que también con alguna ingenuidad. Ustedes van a ver que el responsable de una comisión, Antonio Cafiero, en su Vicepresidencia Tercera, por rebeldía estaba ausente. Otros no tomaron el mismo camino, propio de las heterogeneidades de la fuerza naturalmente heterogénea.

Pero sí quería destacar esta lectura de que las instituciones, cuando son orgánicas y remiten a un pensamiento de largo plazo, aun en la diferencia construyen el colectivo que es la Nación Argentina.



Homenaje a los antecesores en el cargo de Defensor/a del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Al Controlador General Comunal de la Ciudad de Buenos Aires (MC), el Escribano Antonio Cartañá. Entregó la Sra. Lina Da Silva.

A la primera Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dra. Alicia Oliveira (MC) y Convencional Constituyente (MC). Recibe en su nombre su hija María José Sarrabayrouse Oliveira. Entrega la distinción la Dra. Nora Cattaneo.

Agradecimiento de María José Sarrabayrouse Oliveira, hija de la Dra. Oliveira

Agradezco la entrega de esta mención en nombre de mi familia y, fundamentalmente, en nombre de mi madre. Lamento mucho que no sea ella la que esté hoy aquí para recibirla. Disculpen. Quiero aprovechar también para agradecer a todos aquellos amigos y compañeros que hoy nos están acompañando en este momento tan difícil que está atravesando mi mamá. Pero, fundamentalmente, agradezco a todos los que estuvieron durante todos estos años cuando mi madre se retiró de la escena pública. Casualmente, son las mismas personas. A los otros, a los que se esfumaron cuando mi vieja dejó de tener eso, que ellos entendían de un modo chicato y mezquino que era el poder, sólo me queda el olvido. Gracias.

A la Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (MC) a lo largo de dos períodos, Dra. Alicia Pierini. Entregó la distinción la Dra. Nerina Da Rin.

Agradecimiento de Alicia Pierini

Solamente, dos palabritas. Obviamente, el agradecimiento. El agradecimiento por este aplauso, que significa el cariño que nos tenemos mutuamente. Porque me ha tocado conducir un excelente grupo de profesionales y de trabajadores. Porque cuando uno conduce los logros son de todos, los errores son de quien conduce cuando nos equivocamos. Pero los logros son de todos, porque cuando uno tiene la conducción se queda también con la plusvalía intelectual de todos los que han trabajado, los que han estudiado, los que han producido. Y este cariño que nos tenemos mutuamente es el mejor homenaje. Agradezco que se puedan expresar en un objeto, pero en realidad la mayor expresión está adentro del corazón, gracias.

Homenaje especial a la Lucha por los Derechos

Alejandro Amor entrega distinciones a una compañera y un compañero, que son ambos sinónimos de la lucha por los derechos: Sra. Lita Boitano, Sr. Julio Morresi.

Agradecimiento de Lita Boitano

La verdad, gracias. Gracias a Alejandro Amor, Defensor del Pueblo. Gracias a todos los que nos antecedieron. No lo esperábamos, realmente. Acá estamos por nuestros hijos, porque ellos y los treinta mil desaparecidos y las madres de mil presos políticos y los miles de asesinados son los que se lo merecen.

Y, justamente, le decía a Alicia Pierini, cuando se hablaba del 94, que en el 94 obtuvimos la iniciativa de Alicia y de todos los organismos: la ley de ausencia por desaparición forzada, la Ley 24321, que declara a nuestros hijos en la fecha del secuestro como ausentes por desaparición forzada. Muchas veces lo hablamos, la recordamos, porque la iniciativa partió

de la Defensora, que no es el cierre de la lucha, pero era un cierre, porque si no nuestros hijos, como decía el genocida Videla “no están, no existen”. Con esa ley, en el Registro Nacional de las Personas la persona desaparecida iba a figurar ausente por desaparición forzada. Eso también partió de la Defensora –en su momento– del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Así que, realmente, gracias a todos. Raúl Gustavo Ferreyra, que fue uno de nuestros abogados por los presos políticos, del equipo de abogados de Familiares. Así que gracias, gracias, gracias. ¡Treinta mil compañeros desaparecidos! ¡Presentes! ¡Ahora! ¡Y siempre!

Agradecimiento de Julio Morresi

La compañera acaba de decir algo muy sentido. El agradecimiento a Alejandro y a su antecesora, Alicia Pierini, a quienes debemos mucho el apoyo a nuestra institución. Porque nosotros seguimos luchando, tenemos años acumulados y vamos a seguir luchando para que nunca más vuelva a ocurrir lo que ocurrió en este país.

Por eso, tenemos que estar muy atentos y vigilantes, porque estos fondos buitres, que lamentablemente están atacando ahora, están, porque los caranchos de acá son los responsables de que esto sucediera.

Palabras de Alejandro Amor

Primero, creo que esta entrega simbólica es una demostración de la pluralidad, porque ha estado presente en la entrega todo el arco político expresado.

Voy a decir lo que pienso sobre la reforma del año 94, y no en términos técnicos, porque para eso, justamente, es este evento que hemos convocado.

Realmente, me siento muy orgulloso y agradezco muchísimo a los académicos, juristas y a los dirigentes políticos que se han tomado la molestia y la gentileza de participar. Sorprende el nivel académico y político que tiene cada una de las mesas en las que se va a debatir.

Hay muchos jóvenes presentes hoy acá. Cuando se produjo el golpe en el año 76 yo tenía doce o trece años. Para los que vivimos la noche más larga y oscura de la Argentina, la recuperación de la democracia fue la lucha más importante que vivimos, y sobre todo después de haber vivido la absurda guerra de Malvinas en la que cientos de compatriotas murieron y otros tantos quedaron heridos y pagan las consecuencias de esa guerra. Muchos, terminaron suicidándose después de la guerra de Malvinas.

La recuperación de la democracia fue la lucha del pueblo argentino.

Muchos de ustedes, jóvenes, no habían nacido o probablemente tuvieran muy pocos años cuando Raúl Ricardo Alfonsín fue consagrado Presidente de la República Argentina el 30 de octubre de 1983.

La Argentina hasta ese momento era una Argentina dividida, partida entre el peronismo y el antiperonismo. Una de las discusiones centrales de la Argentina en la que –yo lo puedo decir con absoluta libertad y discúlpenme esto, ustedes saben que para ser Defensor del Pueblo tenemos que suspender dos cosas, sobre todo los que somos abogados: la filiación partidaria y la matrícula, pero soy peronista– defendíamos la Constitución del 49, y del otro lado se defendía la Constitución original. Incluso, se produjo la reforma del año 57 con la incorporación del artículo 14 bis. Y esta fue una eterna pelea que nos llevó muchísimos años de desencuentros. Tuvimos muchos otros desencuentros a partir del año 55, pero estos eran desencuentros ideológicos, profundizaban aún más otro tipo de desencuentros. No hay ninguna duda de que la Constitución del año 94, como dice el título, tiene



aciertos, tiene avances y tiene deudas también. Pero hay algo fundamental para mí en la Constitución del 94, como dirigente político. Soy dirigente político, me reivindico como tal y me siento orgulloso de formar parte de la clase política argentina. Ser Defensor del Pueblo no me saca de la clase política. El Defensor del Pueblo es también un dirigente político. Se defienden derechos políticos, derechos humanos consagrados en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la Constitución Nacional.

Somos dirigentes políticos y hay que ejercer esa responsabilidad con absoluto orgullo y cumpliendo lo que manda la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para mí, el rol más importante que tiene la Constitución del año 94—más allá de los procesos que ha tenido para nosotros, los peronistas, la Constitución del 49— fue incorporar el constitucionalismo social en la Argentina. Para el radicalismo, que promovió el artículo 14 bis, fueron los derechos sociales que incorporaron. Y no tuvimos desencuentro, discutimos y peleamos durante años sobre quién tenía razón y sobre cuál era la lógica que había que sostener.

El año 94 cierra esa discusión y la cierra con grandeza, porque el peronismo podría haber cambiado la numeración del artículo 14 bis y, sin embargo, se mantuvo. Cierra el desencuentro y cierra la disputa de la Constitución del 49 y la reforma posterior.

Hoy una sola Constitución nos cobija a todos los argentinos por igual y todos juramos bajo esa misma Constitución. Un ciclo de desencuentros y de disputas ideológicas se cerró en una misma Constitución Nacional que tiene aciertos y tiene deudas; pero la misma Constitución, después de la noche más oscura con treinta mil desaparecidos, nos volvió a cobijar a todos los argentinos de la misma manera.

Lo más importante para mí fue el cierre de una disputa ideológica que se abrió en el 55, pero que logra en el año 94 cerrar esta discusión ideológica. Ya no había una Constitución del 49 o una Constitución del 57. Había una Argentina que comenzaba a discutir un tiempo distinto. Había sido posible sentarse el partido justicialista, la Unión Cívica Radical, el Frente Grande, las fuerzas provinciales, Luis Zamora que también fue Constituyente en esa Constitución. Había sido posible sentarse todos. Y —como remarcó Eduardo Valdés— todos votaron por unanimidad en esa Convención la Constitución Nacional que hoy nos está rigiendo.

No hay ninguna duda de que hay muchas deudas. Como porteños tenemos una gran deuda hacia adelante que saldar, y la República Argentina tiene una gran deuda que saldar con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Yo no reivindico la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La verdad es que creo que la autonomía es una etapa de la Ciudad de Buenos Aires. La Ciudad de Buenos Aires merece el mismo trato como provincia, como el resto de las provincias argentinas, y ese es un paso que debe consolidarse con el respeto y con la responsabilidad de todos y cada uno de los dirigentes, pero es un proceso irremediable que tenemos que marchar de la autonomía a la provincia, como el resto de las provincias argentinas. Pero es una etapa y se logró con un gran esfuerzo en el año 94.

Hay muchas otras deudas, pero el paso más importante es que se cerró una etapa de disputas y hoy la Constitución del año 94 nos tiene a todos nosotros contenidos.

Les agradezco a todos la presencia, el esfuerzo de los que organizaron, la presencia de quienes teniendo un origen político distinto discutieron y debatieron en aquella circunstancia y hoy se han tomado la molestia de venir hasta acá.

Tenemos la posibilidad de debatir nuevamente durante estos dos días sobre estos temas. Volver a abrir el debate o mantenerlo abierto tal vez contribuya a seguir avanzando y consolidando derechos que están en la Constitución. Probablemente, en algún momento

también haya que dar una nueva reforma constitucional para temas que a lo mejor todavía no están incorporados.

También deseo recordar a dos personas importantes que fueron Presidentes de la República Argentina y que fueron constituyentes: Raúl Ricardo Alfonsín y Néstor Carlos Kirchner.

Hay algo para mí muy importante. La política no es un lugar en el que tengamos coincidencias plenas, eso es el totalitarismo. La política es un lugar en el que expresamos la heterogeneidad de la sociedad en la que convivimos. Yo no creo en la tolerancia –lo he dicho muchas veces–, porque el que tolera está viendo algo del otro que no le gusta y, en realidad, lo está soportando. Yo creo en la convivencia. El que convive se pone los zapatos del otro y camina en el lugar del otro. Cuando vivimos en la Argentina bajo la misma Constitución, convivimos, no toleramos. No creo en la tolerancia, creo en la convivencia. Y en la convivencia cada uno tiene orígenes distintos, tiene pensamientos distintos, tiene formas distintas de ver la realidad, tiene ideologías distintas. Expresémoslas. Discutamos a fondo. No reneguemos ninguno de nosotros de nuestras convicciones. Expresémoslas con nuestra mayor fuerza, con nuestra mayor lealtad, pero consolidemos lo más importante que hemos logrado a partir del año 83: la democracia. Para que nunca más tengamos que volver a vivir una noche oscura como la que muchos de nosotros soportamos y por cuya represión muchas voces hoy están apagadas.

La Constitución es la garantía plena de derechos y nuestra obligación como dirigentes es mejorarla, consolidarla y darle a las generaciones futuras más derechos y mejores condiciones de vida. Esa es nuestra responsabilidad del presente para transmitírsela a las generaciones del futuro. Muchísimas gracias a todos por su presencia.

Palabras de apertura de Raúl Gustavo Ferreyra

Ciudadanos y servidores públicos: Gracias por su honrada presencia. Agradezco la iniciativa del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y del Comité Organizador, en cuya integración he sido distinguido. Los aniversarios son momentos relevantes –a veces ideales por su fortaleza– para reconsiderar no sólo los fundamentos emocionales sino también los fundamentos racionales de consenso de los ciudadanos en su comunidad y de la individualidad ciudadana en la comunidad. Al cumplirse dos décadas de “Constitución reformada” en forma circunscrita, desenvuelvo sobre el andarivel de la racionalidad y la experiencia jurídica estas palabras de bienvenida e iniciales.

La Argentina es un Estado constitucional desde 1853. Sin embargo, desde dicho momento y hasta 1916 –triumfo electoral de Hipólito Yrigoyen, merced al apoyo de los ciudadanos varones que pudieron expresarse y colectarse por conducto de la Ley 8871–, se constituyó como un Estado casi sin pueblo, pura oligarquía conservadora que pretendía asumir un discurso liberal para encubrir su verdadera filiación ideológica: conservar y usar un derecho de propiedad predispuesto con injusticia social, con exclusión de la mayoría de los habitantes y en desconocimiento de sus derechos políticos. Recién a partir de 1983, sin equívocos, la Argentina se convierte en un Estado constitucional. Queda indisolublemente unida al propio proceso del constitucionalismo en América del Sur.

Al mismo tiempo, en diciembre de 2015, al cristalizar el final de su segundo período constitucional de gobierno, Cristina Fernández de Kirchner será la única líder política, la única presidenta, elegida y ungida por los varones y mujeres que integran el cuerpo electoral, que no apeló, en ningún momento, a la promoción o iniciativa del proceso de



reforma constitucional. Hecho inédito en la historia política y constitucional de la República. Por entonces serán... más de 162 años. Actualmente, la Argentina atraviesa el mejor momento constitucional en toda su historia.

Las constituciones son una suerte de máquina del tiempo que hace que determinadas reglas fijadas por una generación sean respetadas por otras (para facilitar u obstaculizar su vida). Cada generación tiene el derecho más extenso de fijar las reglas de la convivencia comunitaria. ¿Acaso no tienen derecho a decidir bajo qué constitución quieren vivir y desarrollarse?

La Constitución federal nació, en general, dando forma a una realidad política y económica que la precedió, pero se distinguió de ella al suministrar su propio ADN en la generación; porque no existía configuración, antes de ella. Juan Bautista Alberdi es el arquitecto de la Constitución de 1853. Pensó la Constitución federal para una población que no llegaba al millón de habitantes; por dicha razón, el axioma alberdiano: “gobernar es poblar”. Al restaurarse la democracia constitucional en 1983, la población orillaba los treinta millones. Cuando se decide la reforma constitucional en 1994, la población era levemente superior a treinta millones. Hoy la población de la Argentina se insinúa superior a los cuarenta millones de personas. Al pensarse la Constitución federal en 1853, la esperanza de vida alcanzaba la mitad de la esperanza actual; o sea, vivirían “bajo la ordenación de la Constitución”, con suerte, dos generaciones, padres e hijos. Hoy la realidad indica que, al facultarse los derechos políticos a partir de los 16 años –Ley 26774, año 2012–, quizá bisabuelos, abuelos, hijos y nietos convivan fértilmente bajo una misma ordenación constitucional, al menos en un fragmento de tiempo. Casi la mitad de los argentinos y argentinas que tienen derechos políticos nacieron después de abril de 1976; ergo, no participaron del acto político “reforma constitucional de 1994”. Además, la generación que hizo la reforma de 1994 son personas, algunas de ellas ya fallecidas, que habían nacido, en abrumadora mayoría, entre los años 1920 y 1955.

Las constituciones implican un diálogo intergeneracional. Sin el diálogo especificado, deja de nutrirse la idea de constitución. Constitución es ordenación fundamental; no imposición. Por ello, debe reconocerse a todas las generaciones el derecho político, más robusto y con entidad más penetrante, de discutir y cambiar la constitución, en forma parcial o total.

La reforma constitucional de 1994 fue la más amplia de todas las registradas en la historia. Gozó de mayor aceptación en todas las etapas del proceso constituyente, si se le compara con sus dos predecesoras. En efecto, la Constitución fue reformada en seis oportunidades: 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994; si se dividiese 161 años por seis: una reforma cada poco más de veintisiete años en promedio. Si se tiene en cuenta que la Constitución política de Colombia de 1991 se reformó en casi cuarenta ocasiones; la brasileña de 1988 en casi ochenta y la mexicana de 1917 en más de trescientas, se advertirá prontamente la rigidez de la Constitución federal de la Argentina. La terminante rigidez constitucional posibilita, en teoría, la generación de sólida y extendida dogmática; también, por cierto, el desarrollo de relevante jurisprudencia por el más alto tribunal, a cargo de la última palabra en materia jurisdiccional constitucional. Sin embargo, todos estos condimentos que perfilan claramente la imposibilidad de reformar la Constitución por vías ordinarias o con mayoría agravada del Congreso, al mismo tiempo pliegan o devalúan los derechos políticos de los ciudadanos a quienes no se les ha concedido la facultad para decidir si desean o no desean reformar la Constitución. Aquí no cuento con el espacio suficiente, pero del mismo modo que se juzga que son demasiadas las reformas colombianas,

mexicanas y brasileñas, la escasez de las enmiendas en la Argentina, comparativamente, no constituye, en modo alguno, un “justo medio” para determinar la razonabilidad de la oportunidad del cambio formalizado. Me gustaría idealizar o decir: “ni todos los años, como nuestros hermanos latinoamericanos, ni nunca en más de dos décadas”. La reforma es una parte de la constitución; no implica enfermedad. Precisamente, todo lo contrario: ¡salud! Una constitución es la forma del poder, su control y la reglamentación de los derechos fundamentales. O sea, un instrumento tecnológico de la mayor precisión, pero reformable. Todos los días asistimos a la presentación de novedades tecnológicas. Discutir los cambios que se hicieron en 1994, las reformas que serían necesarias, es un hito. Porque hay que estar preparados para el futuro día en que efectiva y nuevamente, se reforme la regla suprema.

Muchas gracias por su paciente atención.



DEFENSA DE LOS DERECHOS Y ROL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.

ÁMBITO DE REFERENCIA CONSTITUCIONAL Y SIGNIFICADO DEMOCRÁTICO

Intervención de Alicia Pierini

Voy a hacer alguna reflexión política en relación con ese período del 94, que hoy estamos evocando.

¿Por qué la reflexión? Porque en los hechos políticos siempre hay un antes y un después; en ningún caso son producto de la casualidad o sólo de alguna circunstancia oportuna u oportunista. Cuando son hechos de circunstancia, no perduran; pero cuando son hechos que han sobrevivido, es decir, acontecimientos que se pueden estudiar hoy como un recorte de realidad, al igual que en ciencia, cuando se termina de hacer una prueba, se evalúa qué pasó para que resultara positiva, o qué pasó para que fuera negativa. O, por ejemplo, cuando estudian las batallas en el Colegio Militar no estudian solamente las victorias, también estudian Cancha Rayada.

Con esto quiero decir que los acontecimientos cuando se han pensado previamente, es necesario que se los piense también con posterioridad, para analizar así el proceso que dio los resultados que hoy conocemos.

En ese sentido, es que me permito pensar en voz alta alrededor de la estrategia previa a la reforma constitucional, cómo se fue planteando, “cocinando” –digamos–, desde mucho tiempo antes del 94.

Para eso he buscado los documentos de la época. Y he visto que ya en tiempos de Alfonsín se estaba hablando de la necesidad de una reforma constitucional, puesto que la

Constitución de 1853, aún con sus reformas posteriores e incluso la ninguneada reforma del 49, ya entonces resultaba anacrónica para las demandas de la época.

Es así como en el Consejo para la Consolidación de la Democracia, que fue creado en el 86, comienzan las conversaciones entre los dirigentes de los dos grandes partidos nacionales para ver cómo se podía pensar la reforma constitucional.

Hay un documento —del que quiero leer un fragmento— que viene a ilustrarnos precisamente sobre las reuniones que tenía el Dr. Antonio Cafiero con el Dr. Raúl Alfonsín, que son los dos primeros artífices que luego fructifican su tarea en la Convención Nacional Constituyente. Recuerda Cafiero en su libro de memorias lo siguiente que leo textual: “En mi discurso de asunción como gobernador de la provincia, el 10 de diciembre del 87, le dije al Presidente: el país está preparado para tratar una reforma integral y consensuada, cuyos tres ejes principales —año 87— eran consolidar el sistema democrático, la vigencia de los derechos humanos y el afianzamiento de la justicia social”.

Se venía conversando, se venía pensando en el tema de la reforma constitucional, pero ocurre que, después del 87, Cafiero, que era gobernador, pierde las elecciones y pierde también en el 88 la interna con Menem.

Sin embargo, Cafiero siguió trabajando y en esto quiero reconocerlo, porque fue uno de los más importantes protagonistas de la Convención del 94, y hay que reconocerle esa lealtad, que es la lealtad política. Saber perder y no irse para otro lugar. Mantenerse en sus convicciones y convertirse en un leal interno con capacidad crítica, que no es lo mismo que la lealtad acrítica, obsecuente. La lealtad crítica es la verdadera lealtad política.

Esa coherencia también se expresa con posterioridad cuando se agradecen mutuamente con Alfonsín al terminar la Convención.

Destaco entonces, en esta evocación de hoy, que es a partir de esas conversaciones que empieza a amasarse lo que después resultó ser la Convención Nacional Constituyente para la Reforma.

Veamos otra dimensión histórica del hecho reformador: ¿Cómo era la situación política, la correlación de fuerzas, haciendo un recorte político estricto, en relación a los años previos al 94? Para empezar, hacían falta dos tercios de las dos cámaras para poder habilitar una reforma. El oficialismo no contaba con esos dos tercios. Y ahí se plantean dos tácticas que finalmente Menem rechaza. Una táctica —la más simple— era seducir a los pequeños partidos y a los partidos provinciales para lograr tener esos dos tercios. La otra, que casi la ponen en marcha, fue la táctica de llamar a un plebiscito para que la opinión pública presionara y pudiera salir esa reforma.

Sin embargo, ninguna de esas dos tácticas de tipo estáticas y aritméticas que hubieran sido posibles fue aceptada por el equipo de gobierno. ¿Por qué razón? Porque aparece entonces la sensatez política en una frase clave. “Hay que definir una estrategia para reformar la Constitución que sea coherente con el fruto que se quiere conseguir”. Y eso significa negociar.

Negociación a realizar fundamentalmente entre las dos grandes fuerzas nacionales. Los dos grandes movimientos, el movimiento radical con Raúl Alfonsín a la cabeza; y el movimiento peronista aún con todas sus internas, que era el partido gobernante, porque ya transcurría el 92.

Las reuniones se hacían entre los cuadros políticos de cada uno de estos movimientos. Los que se quedaban afuera de esa mesa de negociación, como ocurre en la política, comenzaron a vituperar el acuerdo, que luego dio lugar al llamado Núcleo de Coincidencias Básicas, que en realidad es el pacto preexistente de la Constitución del 94.



Siempre las constituciones habían tenido pactos preexistentes, y también acuerdos de cúpulas, escondidos. No fueron así las mesas de diálogo que se llevaron adelante durante todo el año 92 y 93. Culminan con un Acuerdo en la Rosada, que reitera el Pacto de Olivos, público y explícito.

Veamos también el contexto mundial. El contenido de los derechos humanos ya venía institucionalizándose en la Argentina. También empezó con la primera presidencia democrática, y es cuando Raúl Alfonsín manda al Congreso el proyecto de ratificación del Pacto de San José de Costa Rica. Es una de las primeras medidas que toma y en febrero o marzo del 84 el país se incorpora al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. No es un dato menor, es un dato importante, porque los derechos humanos empiezan a tener una preeminencia en los discursos y en la política.

Sin embargo, en el Núcleo de Coincidencias Básicas no estuvieron incluidos los tratados de derechos humanos. Y esto tenemos que reconocerlo. Pero después, el acuerdo en ese punto fue casi unánime. ¿Por qué? Porque si no hubiera existido todo el trabajo previo, toda la tarea de diálogo y de coincidencias entre los cuadros del radicalismo y los cuadros del peronismo, si no hubiera existido ese bordado previo, no se hubiera podido incorporar finalmente —aún sin estar previsto— el conjunto de las convenciones internacionales de derechos humanos, que son tratados, pero que además tienen una categoría particular.

Sintetizando entonces: hubo una primera etapa que es la etapa de la negociación entre líderes con trayectoria, sustentados en movimientos políticos. Muestra cómo se llega, sensatamente, a una mesa de trabajo donde nadie pierde, donde los intereses —en el caso de Menem el interés por su reelección—, no disminuía el interés por todo el resto del paquete del Núcleo de Coincidencias Básicas que funcionó como cláusula cerrojo en ese momento, un bloque de acuerdos que debía votarse por sí o por no.

Los antecedentes no fueron solamente los acuerdos que venían negociándose. También la Corte Suprema de Justicia en el año 92 había sacado un fallo señero, que se sigue estudiando hasta el día de hoy, que es el fallo *Ekmekdjian contra Sofovich*, que prácticamente coloca en el más alto nivel de la consideración jurídica a los tratados de derechos humanos; es decir, a los tratados que firma el Estado, en un acto complejo federal, basándose fundamentalmente en la Convención de Viena.

Es decir que en el mismo año 92 surgen similares conceptos por parte de la Corte Suprema en su sentencia para ese caso que es también previa a la Reforma constitucional. Lo que quiero marcar con esta secuencia histórica es que la Constitución del 94 es un producto de la política democrática, es el fruto de mucho trabajo político previo, de mucho diálogo, de mucha búsqueda de consenso y por eso podemos a veinte años reivindicarlo, porque ese consenso dio un fruto que mantiene su validez.

Si se hubiera sacado de apriete o por compra o seducción de partidos chicos, no hubiera tenido el mismo resultado. Se avanza en democracia cuando se parte de la construcción de consenso entre los cuadros políticos, los cuadros que representaban realmente sectores políticos importantes. Y en materia de derechos humanos se sumó luego el resto de los cuadros políticos.

Paso al otro tema que quería tratar: los derechos humanos no estaban en el Núcleo de Coincidencias Básicas. Fue posible su incorporación al texto constitucional gracias al esfuerzo del convencional que era el Presidente de la Comisión de Tratados Internacionales, Juan Pablo Cafiero, un peronista por identidad y nacimiento, pero que estaba representando al Frente Grande en esa convención; vale decir: ya no tenemos solamente al peronismo

y al radicalismo en la mesa de los acuerdos, ahora en materia de derechos y garantías y, fundamentalmente, en materia de derechos humanos se sumaba el Frente Grande. Y si ustedes miran las taquigráficas de la sesión del 2 y del 3 de agosto de 1994, van a ver cómo se suman también el socialismo, la democracia progresista y otros, y así se va haciendo un acuerdo amplio, donde sólo quedaron afuera Alsogaray y Aldo Rico y algún demócrata de Mendoza y nadie más; o sea, muy minoritario fue el no acuerdo para que ingresaran los tratados de derechos humanos. Ese nivel tan alto para los derechos humanos que venía del fallo de la Corte, se consolidó mucho más al ser puestos los tratados de derechos humanos en el nivel constitucional y como derecho supranacional.

En cuanto a la figura del Defensor del Pueblo, sí estaba prevista, no en el Núcleo de Coincidencias Básicas, pero sí en la 24309, que es la ley de habilitación de la reforma, que incluía, además del bloque del Núcleo, los temas habilitados para su debate.

Aparece el Defensor del Pueblo como uno de los temas habilitados. Ya tenía una existencia previa y cierto es que el primer proyecto lo presenta el Dr. Eduardo Menem, que a su vez había también presentado la primera ley que creó el Defensor del Pueblo y designado al Dr. Jorge Maiorano para el cargo. El Dr. Jorge Maiorano fue el impulsor intelectual de esta institución, porque él ya había investigado para su tesis doctoral la figura del ombudsman.

¿Qué pasó con el Defensor del Pueblo a nivel nacional? Ya existía y por eso muchos se opusieron, porque decían que si ya estaba por ley, no requería que estuviese en la Constitución. Sin embargo, hubo vocación mayoritaria de darle nivel constitucional.

Los proyectos al respecto fueron más de cincuenta, y fueron todos al debate. Se debatió en la Comisión de Organismos de Control que tenía los proyectos de la Auditoría, del Ministerio Público y ahí, también, va a parar la Defensoría del Pueblo. En todo momento y en todos los proyectos se denomina la Defensoría del Pueblo y no sé por qué aparece en el texto de la Constitución como “El Defensor del Pueblo”, versión masculina; o sea, que nosotras las mujeres tendríamos que protestar. Siempre se la consideró Defensoría en todo el trayecto del debate constitucional y finalmente aparece como el Defensor del Pueblo en el texto final. Entre las objeciones —en el debate de comisión— una de ellas fue que el instituto del ombudsman era ajeno a nuestra historia. Cosa que es verdad.

Por otra parte, en el debate aparecen otras connotaciones, otros paradigmas en relación con la figura del llamado “ombudsman”.

Algunos consideran que sólo debe tramitar los reclamos y las quejas de la ciudadanía. Obviamente, es por la herencia del ombudsman europeo que es un comisionado parlamentario, al que se lo llama independiente, pero en realidad es un comisionado parlamentario. El Defensor nacional no sólo debe rendir ante el Parlamento sus informes, sino que el Congreso ha formado una comisión, en este momento existe una bicameral parlamentaria. Algunos sugerían durante el debate constituyente que fuera una función extra-poder, pero no lo consiguieron.

También en el debate constituyente aparece la objeción sobre el dictamen de la mayoría que habla de “defender los derechos humanos y demás derechos”, etcétera. Y hay convencionales que cuestionan: ¿cómo?, ¿hay otros derechos que no son humanos? ¿No son todos los derechos también derechos humanos? Y en ese debate se van varias páginas de la taquigráfica de la Convención.

Fue la Convencional Constituyente Alicia Oliveira, mi antecesora en el cargo de la Defensoría del Pueblo, Aníbal Ibarra, Zaffaroni y quizás alguno más —no lo tengo en la memoria—, que sostienen la postura de dejar las palabras “derechos humanos” en el texto constitucional,



alegando que son una categoría especial de derechos, insisten en que hay que dejarlas sí o sí, porque de lo contrario no van a apoyar el instituto. Y explican que el Defensor del Pueblo aunque sea un defensor de todos los derechos, no es como si todos fueran iguales. Los derechos humanos tienen relevancia y tienen supremacía por sobre todos los demás. Creo que esto marcó definitivamente el texto, que quedó finalmente así, más allá de su título masculinizado de “el Defensor” en lugar de “la Defensoría”. Esto es lo que ocurría en la reforma de la Constitución del 94.

¿Qué nos pasó en la Ciudad en el 96? Ahí lo viví, porque fui convencional en la constituyente del 96. Prácticamente, el artículo 137 fue casi una imitación del texto de la Constitución Nacional. Pero ya habíamos empezado a discutir en el espacio de los derechos humanos que venía muy enganchado con las teorías europeas de los derechos humanos, que en este continente latinoamericano la mirada debiera ser otra. Desde los que somos revisionistas históricos ya estábamos planteándonos que cuando hablamos de derechos humanos en esta América Latina, sería bueno partir de la realidad continental. Si se trata la figura del genocidio, por ejemplo, el primer genocidio para nosotros fue el genocidio de los pueblos originarios. En derechos humanos acá empezamos a entenderlos a partir de las vulneraciones masivas. Aquel genocidio de la conquista colonizadora o el que nos tocó vivir como generación del 70. Sin embargo, el concepto de derechos humanos que venía del aporte europeo los relacionaba con la Segunda Guerra Mundial, o sea con las guerras europeas; y al Defensor, con el ombudsman sueco o el finlandés. Mientras muchos de nosotros ya estábamos pensando que en nuestra realidad tenemos una historia de derechos humanos, para nuestro país y nuestro continente, que tiene muy poco que ver con la guerra del 18, ni con la guerra del 39 al 45, aunque nos tocaron las dos de cerca; sino que tenemos otra historia en materia de construcción de derechos que empezó ya en los tiempos de la colonización, —de la barbarie colonizadora— y luego en los primeros pasos de independencia. El año pasado —por ejemplo— pudimos hacer el homenaje a la Asamblea del Año XIII, rescatando que fue el primer organismo estatal de derechos humanos que hubo, al menos en esta parte del continente.

Cuando me tocó a mí trabajar en la conformación institucional de la Defensoría del Pueblo, yo conocía la tarea del Dr. Cartañá, porque siendo subsecretaria de Derechos Humanos me había relacionado con él. Sin embargo, pensamos de otra manera y así lo dije en el año 98 cuando debatimos la Ley 3, que es la ley vigente. Y lo volví a poner en el tapete en las reuniones de Defensores con la ponencia de Córdoba en el año 2004. En el 98 yo ya me negaba a usar la palabra ombudsman introducida en nuestro idioma, muy difícil asimilarla a nuestro concepto del Defensor del Pueblo, y entonces planteé que hay que agregar otros antecedentes, a tener en cuenta a partir de las situaciones que ha vivido nuestro continente. Así, por ejemplo, encuentro que se remontan antecedentes muy anteriores a los del Reino de Suecia que creó el ombudsman, y que tienen que ver fundamentalmente con Fray Bartolomé de las Casas cuando, en el año 1516, crea la figura del protector de los indios dentro de la estructura de la administración de Indias. Y que así siguen nuestras instituciones y nuestros pueblos defendiendo sus derechos de manera diversa en relación con el devenir de las instituciones europeas.

Y yendo un poco más atrás en la historia de nuestro continente, tomo un antecedente que procede del imperio incaico, siglos XI a XVI; o sea, antes de la Colonia, donde había un funcionario encargado de vigilar la compleja administración y el funcionamiento democrático del consejo imperial incaico. Ese funcionario se llamaba *Tukundicury*, que quiere decir en quechua el que todo lo ve y busca corregir.

Quiero decir con esto que nosotros, en lugar de seguir usando esa palabra “ombudsman”, sería bueno que planteáramos a esta altura de la construcción política, de la construcción nacional y del revisionismo histórico, que hay que hurgar en nuestras propias raíces la esencia de los derechos humanos y de sus violaciones. Porque —como bien se dijo hace un rato— todo lo que estamos construyendo es para la democracia, es respeto por la continuidad histórica y por cómo se va amasando la política —cuando es política en serio—, como fue la de integración de los derechos humanos, que aún sin haber estado en el Núcleo de Coincidencias, se pudo constitucionalizar por el consenso político construido. Es el consenso político el que puede construir instituciones duraderas. Sabemos por nuestra historia que no se puede mirar para adelante si no tenemos claro de dónde venimos, nuestras raíces. Todo lo que tiene que ver con democracia y con derechos humanos está apoyado, regado y cimentado con la sangre de varias generaciones, entre ellas la nuestra. Por eso es tan importante seguir trabajando en ese tema y hacerlo seriamente, profesionalmente, con mirada histórica y con decisión de futuro para que nunca más se pueda retroceder de ninguno de los logros alcanzados. Ni de los logros del 94, ni de los logros posteriores. Gracias.

Intervención de Carlos Bonicatto

La Dra. Pierini, como saben ustedes, es una pensadora y una brillante expositora, pero además termina con esta visión de la patria grande que realmente es muy halagadora para la tarea y para este encuentro de debate.

Yo voy a tratar de hacer una síntesis para referirme, específicamente, a la experiencia de la provincia de Buenos Aires, pero vinculada a la reforma constitucional, que ustedes saben que fue contemporánea, que fue la Convención Nacional y la Convención Nacional Constituyente de la Provincia de Buenos Aires. Pero, además, por el grado de convivencia obligatoria en la política de la historia argentina que ha tenido la provincia de Buenos Aires con la Nación; de hecho, este territorio en el que estamos hoy reunidos era territorio de la provincia de Buenos Aires.

Y siempre por la importancia política, demográfica, económica de la provincia de Buenos Aires están como espejados los conflictos de Nación y de provincia.

De todos modos, la figura o el intento de una ampliación de derechos a partir de la presencia del Defensor del Pueblo es la misma, y en esa inteligencia nos parece que un modo de retribuir a quienes tanto trabajaron —como decía Alicia recién— en la Convención Nacional Constituyente, es decirles dónde estamos parados ahora y qué hemos hecho con este instrumento que nos han dado. Sobre todo pensando que aquí hay gente que trabaja en la Defensoría del Pueblo. En realidad, la Defensoría del Pueblo tiene una particularidad, somos todos defensores del pueblo, hay mucha horizontalidad en el trabajo y un criterio común: desde la persona que atiende a alguien en la mesa de entradas, que a lo mejor el Defensor ni se entera, al que va a hacer una visita a una casa por una cuestión social o al que hace una interpretación con un expediente, siempre son todos defensores del pueblo. Por eso queremos plantear algunas cuestiones que tienen que ver con nuestra práctica.

Yo soy de la ciudad de La Plata, capital de la provincia de Buenos Aires todavía no reconocida, porque la gente y la conciencia colectiva todavía piensa en el Gran Buenos Aires que la capital sigue siendo esta ciudad. La Plata es una capital institucional, pero no terminó de meterse en el corazón de los bonaerenses.



Sin embargo, Dardo Rocha en el discurso inaugural en la Plaza Moreno, el 19 de noviembre de 1882 dice que no olviden nunca que la fundación de esta capital hecha de la nada, es prenda de unión de los argentinos, porque para que cesaran las guerras intestinas debió erigirse una capital. Tiene como contenido un esfuerzo fenomenal de más de un siglo de mucha gente que ha sufrido, de sangre nativa, negra, mestiza, española, criolla. Y hoy, aquí estamos reconociendo también que estamos hablando de derechos, y cuando hablamos de ampliación de derechos, estamos hablando de luchas y también como decía Heráclito, nada es y todo deviene, todo proviene de algún lugar. Acá los derechos provienen de las luchas.

Hoy tendríamos que estar homenajear a los que trabajaron en la Convención Nacional Constituyente y a todos aquellos que anónimamente luchan por el derecho y por los derechos en cualquier lugar de nuestro ancho territorio. En una escuela, en una calle, en una huelga, en un espacio, en un diálogo, en un discurso, en una votación; siempre estamos hablando de lucha por el derecho.

Y lo cierto es que el Defensor del Pueblo es concretamente una figura de ampliación de derechos. ¿Qué es lo que dicen los Convencionales Constituyentes? Cuando el Estado avanza, el Estado activo, no el Estado con una visión más pasiva como el Estado del Siglo XIX, cuando el Estado avanza irrumpe en la vida de las personas y le genera alteración de sus derechos, le modifica la vida, muchas veces negativamente. Aún cuando en lo general la intervención del Estado suele ser buena, porque genera el equilibrio que el desequilibrio de las fuerzas de corporaciones y personas tiene, como es el caso del consumidor, por ejemplo.

Entonces, aparece el Estado, pero los controles concretos tradicionales no son suficientes, entonces, se necesita una figura diferente, más global que mire las cosas de una manera distinta, y entonces aparece la figura del Defensor del Pueblo. El Defensor del Pueblo, básicamente, tiene un destino que es controlar la mala administración, pero además tiene un destino secundario también, muchísimo más complejo y es el que nos han dejado los convencionales constituyentes, que nos dicen, primero, usted tiene que ayudar a consolidar la democracia, tiene que ayudar a consolidar la gobernabilidad y tiene que ser un instrumento de participación de la gente. Para eso lo ponemos al lado de los controles tradicionales, pero no para que tenga una mirada jurídica, no para que tenga una mirada de un acto administrativo, sino para que tenga una mirada superior mucho más vigilante y esa mirada superior es mucho más extensa y tiene que ver con el infortunio real que tiene cada persona, no importa que un acto sea legal, no importa que esté bien dictado administrativamente en la medida en que cause un perjuicio.

¿Quién mide ese perjuicio? ¿En dónde está plasmada en la práctica esta historia de ampliación de derechos que tiene que ver con que una persona que es un funcionario que dice, a pesar de que eso es legal, no se puede hacer porque hiere la dignidad de una persona? Porque aquí aparecen los pisos éticos. El piso ético internacional que son los derechos humanos y el piso ético que tenemos nosotros, los argentinos, como un legado nacional.

Entonces, tenemos la figura de mirada diferente y más amplia; el piso ético sobre la memoria, verdad y justicia, que hace que la sociedad diga nunca más van a suceder algunas cosas en nuestra sociedad. El piso ético de ir contra la mala administración, el piso ético de analizar concretamente qué significa la ausencia del Estado quizás sea el elemento más rico que tiene el Defensor del Pueblo. En ese mundo de piso ético es en el que se tiene que mover esta figura diferente, compleja y que tiene que tener como base fundamentalmente la credibilidad, la confiabilidad.

Termino diciendo que la tarea más importante que nosotros nos debemos como recuerdo de lo que ha pasado en el 94, es la ampliación de derechos que estamos viviendo; como dijo quien habló en la mesa inaugural, tenemos que reconocer que estamos viviendo una época de vigencia concreta de derechos, de ampliación concreta de derechos plasmada no por un gobierno sino por la Legislatura nacional, que es el componente de todas las fuerzas políticas y que reivindican la política; pero tenemos que edificar entre nosotros la confiabilidad en nuestra institución, que tiene que ser una institución creíble y útil.

Por eso, el tema del que nos pidieron que hablemos: la significación democrática de la Defensoría del Pueblo, es altísima y nuestro deber es también altísimo, porque, en este momento donde la credibilidad de las instituciones está bastante cuestionada, nosotros tenemos que ganar en confiabilidad y en esa confiabilidad tenemos que trabajar con transparencia con un oído muy agudo, pensando en qué es lo que le pasa a la gente y analizando cada uno de los casos, de las voces que nos llegan.

A mí me estremece, como Defensor del Pueblo, pensar que después de nosotros es donde se terminaron las protecciones de la democracia. Pero no terminan las protecciones de la democracia, porque la democracia siempre se va a proteger con la protesta, siempre se va a proteger con la participación de la gente.

Y lo último que digo es que la Defensoría del Pueblo tiene que ser el espacio donde la ampliación de derechos sea concreta y esté vigente, cada uno de los días en que nosotros ejercemos nuestra tarea. No tiene límites el espacio, el espacio se está dando con la agenda de la gente, con la agenda de las perspectivas de todos los días donde está la ampliación de derechos y donde está el infortunio de cada persona que a veces se hace, desgraciadamente, un infortunio colectivo. Muchas gracias.

Intervención de Carlos Constenla

I. Introducción

La más importante novedad institucional que introdujo la reforma constitucional de 1994, fue la del Defensor del Pueblo.

En realidad, entre nosotros la institución no era nueva, pues ya existía por la Ley 24284 del año 1993. La voluntad del constituyente fue darle mayor rango, como venía sucediendo en otros lugares de Latinoamérica, y fuimos el cuarto país que incorporó esta institución a su Constitución. Más tarde casi todos, en la región, lo establecerían.

Se entiende que cuando hablamos de Defensor del Pueblo nos referimos a instituciones defensoras de derechos humanos que, según los llamados Principios de París, sancionados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, deben ser independientes, creadas por una norma constitucional o legal, y cuya designación estará establecida a través de un procedimiento que asegure la representación pluralista de todas las fuerzas sociales, extremo que se expresa básicamente por el parlamento a través de mayorías calificadas.

II. Antecedentes

El ombudsman es una institución que se consagró en Suecia en 1809 a partir de antecedentes propios de la tradición jurídica y política escandinava. Su misión fue la de controlar a los funcionarios de la administración pública y a los jueces, por mandato del Parlamento. En el mismo Siglo XIX se intentó crear una institución análoga en Noruega, pero fracasó. Hubo que esperar el fin de la Primera Guerra Mundial para que, en 1919,



se creara la segunda institución homónima, esta vez en Finlandia cuando se convirtió en república y se separó de la unión dinástica que por más de cien años la había ligado a los zares de Rusia. El tercer ombudsman conocido fue el de Dinamarca, aunque ya con otras características.

Las razones de esta desconcertante morosidad por adaptar tan singular institución fue estudiada por el jurista francés André Legrand, quien advirtió que el ombudsman era un funcionario asimilado a la cultura política escandinava, con muy pocas posibilidades de prosperar en otro entorno jurídico:

La creación del Ombudsman en 1809 fue en respuesta a la pregunta que se hacían la mayor parte de los países europeos a principios del Siglo XIX: ¿cómo substituir un régimen de absolutismo monárquico que había sido hasta entonces la forma predominante de gobierno? Preocupada por limitar el poder real, Suecia no mantuvo el modelo parlamentario que apenas se esbozaba en la Inglaterra de entonces, sino que optó por una solución original en Europa, más conforme a sus tradiciones históricas: una organización burocrática, con funcionarios con mucha independencia respecto al poder real. Pero, al mismo tiempo, los ideales del momento, sumados a una fuerte desconfianza respecto a la burocracia, que es una de las tradiciones de la historia sueca, llevaron a los constituyentes de 1809 a asociar esa burocracia independiente del poder político, a una suerte de *rule of law*. Fue con esa intención que el Derecho sueco ha establecido esta institución original, el ombudsman, cuya acción se integraba con un conjunto de instituciones que apuntan al mismo objetivo.

Las singularidades del instituto sueco no fueron óbice, sin embargo, para su desarrollo posterior, cuando después de la Segunda Guerra Mundial, y siguiendo el patrón danés que excluyó a la justicia de su mandato, e incorporó al gabinete de ministros, se impuso en la Europa occidental un modelo de Estado cuya participación en el proceso económico alcanzó un papel relevante. Fue el tiempo del Estado providencia, el Estado fáustico, en el que por su tamaño la Administración pasó a tener un papel decisivo en la vida de las personas. A ésta, más que a cualquier otra razón, se debe el desarrollo de la institución del ombudsman a partir de su implante en Dinamarca en 1954. Un Estado democrático con objetivos sociales no podía permitir los abusos en que incurría una Administración cuya exorbitancia jurídica sobrepasaba los mecanismos de control parlamentario tradicional.

A partir de los años 50 del siglo pasado, el ombudsman fue un magistrado de prestigio que ofició como un controlador externo de la Administración, fiduciario del parlamento que lo designa y ante quien es responsable. Independiente del poder político, sus opiniones y resoluciones carecen de fuerza vinculante. En estos términos se comprende que el ombudsman haya sido concebido como un Comisionado Parlamentario, como es llamado en Inglaterra y como lo identificó en un temprano estudio sobre esta institución Miguel Padilla.

Ana María Moure Pino dice acertadamente que el ombudsman europeo reconoce su rasgo primordial "...en la identificación y la denuncia de los abusos que la Administración Pública comete, incluso cuando se mueve en le órbita de la legalidad. Es decir, su actuación se ve reducida a un mínimo común denominador de la defensa del ciudadano frente a la mala administración, pero siempre con la salvedad de que el poder de intervención del ombudsman, su verdadera razón de ser, reside en definitiva, en el hecho de completar y corroborar el sistema del Estado de Derecho".

III. Signos de identidad en América Latina

En América Latina a mediados de la década de los años 80 y, fundamentalmente desde los 90, se introduce esta figura, pero con otros nombres, y también con otros contenidos. Se siguió el modelo ibérico, establecido en las constituciones de Portugal (1976) y España (1978) que asigna a esta magistratura una responsabilidad que coloca su eje en la protección de los derechos humanos. Los atributos del ombudsman europeo clásico, serán en parte conservados, pero adoptando otros, que lo apartan de aquel, bastante más allá de su misión primordial de defender los derechos humanos: a) su absoluta independencia del parlamento que lo designa, b) su mandato por períodos preestablecidos, ajenos al voto de confianza de las mayorías legislativas, c) la posibilidad de interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo y d), por lo menos en toda América del Sur, República Dominicana, Panamá y parcialmente en Costa Rica, su nombre: Defensor del Pueblo, onomástico que lo emparenta, como en sus otros signos esenciales, con una tradición mediterránea clásica de raíz romanística.

El Defensor del Pueblo se identifica con el escandinavo por tres razones importantes, pero que no pasan de ser instrumentales: 1) por su condición de órgano de control independiente, externo a la administración, que no recibe instrucciones de nadie, ni aun de quien lo designó; 2) por su nombramiento parlamentario a través de mayorías calificadas y 3) por carecer de poder positivo. Son atributos de mucha significación, al punto que la falta de alguno de ellos desfiguraría su naturaleza institucional.

¿Puede afirmarse que nuestro Defensor del Pueblo tiene una identidad que lo asimile con el ombudsman escandinavo o más genéricamente con el ombudsman europeo? Puede decirse que es parecido, que tiene similitudes técnicas, pero no es de su linaje y tampoco comparte su naturaleza jurídico-institucional. Y esta afirmación no busca solventar un antecedente histórico, ajeno a nuestro interés en este caso. Participa el agua de las calidades de la tierra por donde pasa, decía Gracián. Debemos tener en cuenta que esta figura tiene perfiles todavía difusos, misiones que se cuestionan y objetivos condicionados por razones que se ubican lejos de las invocaciones éticas que inspiraron su creación. De allí que, según sea la interpretación que se haga de su naturaleza, será el sentido de sus acciones o, dicho de otro modo, mirando su matriz podremos medir el alcance de sus posibilidades y de su eficacia.

Afirmamos así que el modelo clásico del ombudsman escandinavo y más genéricamente hablando, el ombudsman europeo, no define al menos en Latinoamérica los perfiles y competencias del Defensor del Pueblo. Y menos aún lo que la sociedad espera de él, que no es poco, porque esto determina su compromiso.

IV. Naturaleza jurídico-institucional

Hallar la naturaleza jurídico-institucional del Defensor del Pueblo nos impone un análisis científico que necesariamente debe partir de la consideración del marco histórico en el que aparece como institución, y de los propósitos con los que se establece. A la primera cuestión cabe responder que el marco es el de la crisis del sistema representativo y el de la sustentabilidad de la vigencia de los derechos fundamentales, en la división de las funciones o poderes del Estado. Esto es tan obvio, que no requiere explicaciones. Desde hace ya algunas décadas, en la Argentina y en la mayor parte del mundo se busca “democratizar la democracia” a partir de un sistema que asegure un mayor involucramiento de la sociedad en las decisiones políticas, en una palabra, que abandone la sensación de que la política es algo que no le incumbe. Al



segundo interrogante, porque ha quedado en evidencia que las conquistas legales a favor de los más débiles, social y económicamente hablando, derivaron, en el mayor de los casos, al terreno de las palabras, no de los hechos. Este es el contexto en que aparece el Defensor del Pueblo: de un lado, para facilitar por vía del reclamo la participación efectiva del ciudadano en la búsqueda de solución a sus problemas insatisfechos por el Estado y de sus mismas angustias; y del otro, para suplir lo que los tradicionales mecanismos jurisdiccionales no pueden superar: la arbitrariedad y la injusticia.

Desde este punto de vista, pensar que se pone un Defensor del Pueblo para que obre como un Comisionado del Parlamento, como un nuevo instrumento de control de legalidad y de facilitación para quejarse, no sólo es ponerle la quinta rueda a un carro sino incurrir en una verdadera petición de principios.

Para hallar las raíces y explicación de esta institución de garantías; para ensayar una interpretación de sus alcances y razón de ser, debemos buscar en las fuentes alternativas a las que construyeron el ideario liberal del siglo XIX, hijo del pensamiento del barón de Montesquieu. Allí podremos observar que sus raíces están en otro lado; en la institución del Tribuno de la Plebe de la antigua Roma, a través de la interpretación de Maquiavelo en el Libro I de los Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio y, fundamentalmente, en el Capítulo 5 del Libro IV del Contrato Social de Rousseau, en el que el filósofo ginebrino sintetiza ontológicamente al Tribunado, como el que no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo.

Los antecedentes ibéricos que señalamos, y que en la Argentina hemos adoptado con más aprovechamiento, marcan la diferencia con el modelo escandinavo. Nuestro Defensor del Pueblo no puede hacer nada, pero puede impedirlo todo. ¿Cómo es esto? Si no puede hacer nada como el sueco, si no tiene poder, ¿cómo puede impedirlo todo? Porque si bien carece del poder de veto que tenían los tribunos romanos, por la vía judicial sin necesidad de acreditar legitimación procesal —porque se la confiere ampliamente la misma Constitución—, asumiendo la protección de derechos individuales o los de incidencia colectiva, logra impedir la aplicación de normas que a su juicio contraríen valores jurídicos superiores. No es un poder entonces, ni siquiera un extra-poder; es un contra-poder, o como lo llama con mayor propiedad la doctrina italiana: un poder negativo. Es natural que así sea porque los derechos humanos no se pueden proteger, ejerciendo solamente una magistratura de persuasión. Esta interpretación se ve fortalecida con las más novedosas formulaciones de este instituto en algunos países de la Europa oriental, en el Estatuto de Cataluña y de modo especial en la Constitución del Ecuador, en que se confiere al Defensor del Pueblo, siguiendo al antiguo Tribuno, la posibilidad de dictar medidas precautelares.

Esta, nuestra insistencia en afirmar la naturaleza tribunicia del Defensor del Pueblo, es lo que lo habilita a ejercer competencias residuales a favor de aquellos a los que medidos a través de la criba de la legalidad, la mayor de las veces los dejan afuera. El Derecho no es la ley y su razón se sustenta y justifica en el delicado equilibrio que debe protegerse entre el poder y el pueblo. Administración, legislación, justicia, son atributos del poder, y no descubriremos nada si afirmamos que no siempre se administra, se legisla y se juzga de igual modo a todos. Apelamos a Rousseau para interpretar la naturaleza del Defensor del Pueblo, porque además de consignar las notas características de esta institución, su pensamiento abrigaba la más perturbadora sospecha de la legitimidad del sistema político. Dicho en sus mismas palabras: "... Esta igualdad es más aparente que ilusoria: sólo sirve para mantener al pobre en su miseria y al rico en su usurpación. En realidad las leyes son siempre útiles a los que poseen y perjudiciales a los que no tienen nada..."

¿Cómo sostener sino en una interpretación afín al tribunalado la mediación en un conflicto o en la intercesión para evitar que un desalojo judicial legal, deje en desamparo seres humanos? ¿Cómo fundar el compromiso con personas, grupos o sectores que están en conflicto con el poder, aun en contra de dictados de la administración en el marco de sus competencias o de una norma legalmente sancionada? ¿Cómo substraer a esta misión de protección de los derechos humanos de una visión judicial con partes que pone al Defensor del Pueblo en función de juez? ¿Cómo construir una ciudadanía inclusiva de acuerdo al modelo romano que supere el concepto tutelar del más vulnerable como un disminuido social, según se protegía a los indios en tiempos de la colonia con una curatela?

El Defensor del Pueblo no está contra el sistema político; está por fuera de sus resortes, por eso nos parece muy apropiada la ubicación que le dio la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al ponerlo por fuera del poder del Estado, integrando lo que llama el Consejo Moral Republicano.

V. Un balance general

A veinte años de la consagración constitucional del Defensor del Pueblo en nuestro país, dejando en claro que, como ya se dijo, hubo otros desde antes (San Juan, Río Negro, Córdoba, ciudad de Buenos Aires, La Plata entre otros), estamos en condiciones de hacer un balance, una global reflexión crítica si cabe, de todas las Defensorías del Pueblo, de su breve historia, de sus avances y estancamientos; de lo bueno (V. 1) y de lo malo (V. 2). Vale también decir que este análisis se hace sin la arrogancia que se sostiene sobre pedestales académicos, sino a partir de la observación, la experiencia de todos y lo poco que pudimos aprender.

V. 1

En todos estos años, la institución del Defensor del Pueblo ganó en confianza y credibilidad. Más allá del desempeño individual de las personas que estuvieron a cargo de sus oficinas, en todas sus escalas, la sociedad –aún en los momentos de mayor crisis económica e institucional–, no dejó de dar crédito a este instituto. La mejor prueba de ello es que el número de consultas y reclamos fue en aumento, y en aquellas provincias y municipios en que no existe, se siente como un deber político incumplido el no contar con una Defensoría del Pueblo.

El texto constitucional argentino, más allá que en lo personal considero un desacierto su referencia espacial al ámbito del Congreso, fue claro y amplio. Sobre esta cuestión ocupa principalísimo lugar la legitimación procesal. En primer lugar, porque a tenor de lo que establece el artículo 86, la legitimación procesal se le otorgó al Defensor del Pueblo sin condicionamientos. Como lo interpretó la Corte Suprema de Justicia, la legitimación del Defensor del Pueblo comprende todas las acciones e incidencias procesales. En este mismo punto es de especial interés considerar el texto del artículo 43, que le confiere legitimación procesal para interponer el recurso de amparo al defensor del pueblo (emplea la designación con minúsculas). Aquí es un funcionario indeterminado a quien se le reconoce una aptitud procesal para hacer valer derechos cuyo amparo prevé la Constitución. Esta interpretación concuerda con la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo en el caso *Enrique c/ Provincia de Santa Fe*, en el que reconoció en forma implícita que la cláusula constitucional del artículo 14 bis que asegura la estabilidad del empleado público no está limitada a los agentes de la Administración pública nacional, sino a todos los del



país. Es decir que, al amparo de esta norma, todos los Defensores del Pueblo del país tienen legitimación procesal.

En términos generales, el Poder Judicial acogió favorablemente la legitimación procesal del Defensor del Pueblo en todas sus escalas. Hizo honor a la matriz jurisprudencial de su legitimación *ad causam* reconocida ya en 1991 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Del mismo modo, fue convocando la intervención del Defensor del Pueblo cuando advirtió casos que comprometían el respeto a los derechos humanos o que pudieran afectar derechos de incidencia colectiva.

Debe computarse favorablemente la creciente intervención del Defensor del Pueblo en cuestiones no estrictamente ceñidas a su competencia formal, derivadas de situaciones en que se verifica una violación de derechos. Vale esta reflexión para los Defensores del Pueblo en todas las escalas, como así también, a la propia administración y sus organismos descentralizados y prestatarios de servicios públicos, que pocas veces cuestionan la competencia del Defensor del Pueblo para atender un reclamo hecho por su intermedio.

En relación a lo anterior, quienes tienen la responsabilidad de ejercer esta función, reconocen que la competencia del Defensor del Pueblo la determina el pueblo, al margen de sus competencias legales específicas. Algo así como en la obra de Luigi Pirandello, *Seis personajes en busca de un autor*. Los personajes son el pueblo; el autor el Defensor del Pueblo.

Por último, es destacable de qué manera la sociedad fue asumiendo que el Defensor del Pueblo es un mediador por excelencia y un real facilitador para solucionar conflictos por vías no adversariales. Esto es válido para los conflictos entre sectores de la sociedad civil y el Estado, como así también conflictos intersectoriales y aun entre particulares.

V. 2

Demora en desarrollarse la institución al interior del país y de cada provincia. A pesar de ser la República Argentina un Estado federal, no todas las provincias cuentan con un Defensor del Pueblo. No lo tienen Salta, Catamarca, La Rioja, Misiones, San Luis, Mendoza, La Rioja, La Pampa, Neuquén, Entre Ríos, Santa Cruz, Tierra del Fuego, a pesar de que algunas de ellas lo tienen previsto en sus textos constitucionales. En la escala municipal sólo existen en Misiones, Buenos Aires, Córdoba, Santiago del Estero, La Rioja, Río Negro, Entre Ríos, Neuquén y Corrientes, pero en todos los casos en proporciones reducidas. La creación de las Defensorías del Pueblo no debe interpretarse como potestades soberanas de las provincias o de los municipios. La totalidad de los textos internacionales enfatizan que la creación del mecanismo del Ombudsman en los diversos ordenamientos jurídicos es necesaria y no meramente facultativa para supervisar la Administración y, más recientemente... como garantía institucional de los derechos y las libertades frente a la actuación de los poderes públicos.

La designación del Defensor del Pueblo está muy ligada a la política partidista. En pocos lugares existe algún grado de involucramiento de la sociedad civil, lo que determina que la elección de un Defensor del Pueblo es antes un problema político que un deber institucional. Uno de los principales desafíos por delante que se le presenta a esta institución es la de consolidar un sistema democrático y autónomo con una mayor legitimación social.

El Defensor del Pueblo camina por la cornisa. Esto es verdad; vive acosado por la sociedad y por el Gobierno. Por la sociedad que generalmente busca en él las soluciones que la política no da, y así, siempre espera más de él; por el Gobierno, porque se resiente por las acciones de impronta popular. La figura del Defensor del Pueblo escalando de mediador,

gestor o curador de derechos, a tribuno del pueblo le disgusta, incomoda a cualquier gobernante. Esto genera el más severo de los obstáculos que se le presenta al Defensor del Pueblo: el de la autocensura, la autolimitación, a la que converge, sibilinamente la amenaza sobre la subsistencia del instituto. La autocensura es la peor de las consejeras, porque lo lleva a reducirse o desmadrarse; es la que lo hace abrir el paraguas con sol o salir al descampado con una tormenta eléctrica; la que lo calla cuando debe hablar o lo hace hablar cuando debe callarse. Le pasa lo que a aquel fraile predicador español¹ del Siglo XVI: “El grande trabajo... del predicador... es el oficio de dar siempre malas nuevas, reñir con todos, decir a todos sus faltas sin respctar personas. Si reñimos a los viciosos o poderosos, apedréannos, cobramos enemigos, no medramos y aún suelen desterrarnos. Si no reñimos, mándanos Dios ahorcar por ello. Mirad qué bien librados estamos”.

VI. Conclusión

Como no existe un protocolo que diga cuando hablar y cuando callar y cuando hacerlo en forma pública o reservada, ni cuando ir a la prensa y cuando no, el Defensor del Pueblo toma en solitario una decisión y carga con las consecuencias. Esto no embellece su trabajo porque lo arrincona o lo expone. Para superarlo, deberá recurrir a variantes objetivas y otras subjetivas.

Las objetivas son las que le indican el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De ese modo se va equivocar poco y aunque incomode, su recomendación será inapelable. Otra es partir de las posiciones de las organizaciones de la sociedad civil; ellas podrán brindarle la fortaleza que tal vez no halle en la política. Deberá relacionarse con la prensa, desde el principio, a sabiendas de que sus incursiones podrán ser usadas con otras intenciones. El poder político debe saber que ese Defensor del Pueblo habla con la prensa, con mesura, con prudencia, pero que habla. Así, no va escandalizar a nadie cuando tenga que decir algo por esa vía o comunicar una resolución de esa forma.

Desde lo subjetivo, apelando a su conciencia. Como dice Octavio Paz: “Desde que el hombre comenzó a pensar, es decir, desde que empezó a ser hombre, un silencioso testigo, lo mira pensar, gozar, sufrir y, en una palabra, vivir: su conciencia”. Ella será su mejor guía. Si lo eligieron Defensor del Pueblo es por algo: acredita honestidad, sabe ser prudente y es moralmente apto. No es necesario apelar a impostaciones éticas ni heroicas, porque como casi al pasar nos enseñó Carlos Vaz Ferreira, no se trata de crear moralidad, sólo recomendar que se emplee la que se tiene.

Intervención de Antonio Cartañá

La Controladuría General Comunal nació de una Ordenanza Municipal, la 40831, dictada el 17 de octubre del año 1985. El autor de esa ordenanza fue el entonces Concejal Facundo Suárez Lastra. Cuando después volvió al Concejo Deliberante –había sido su Presidente– lo hace como Jefe de Gobierno, en aquella época Intendente, finalmente propone llenar el cargo. Y en el mes de mayo de 1988 yo soy designado Controlador General Comunal.



1. Francisco Terrones del Caño, *instrucción de predicadores*.

La Ordenanza 40831 adopta como nombre Controladuría, porque para aquella época no se concebía la institución del Defensor del Pueblo. En realidad, había mucha resistencia en la clase política. Defensor del Pueblo, ¿cómo?, si todos nosotros siendo funcionarios somos defensores del pueblo por naturaleza de la función, tanto los legisladores como jueces, como miembros del Poder Ejecutivo, tanto nacional como municipal.

En realidad, esa institución del ombudsman tenía en la 40831 toda la potencialidad que hoy tiene esta Defensoría, la Defensoría del Pueblo. Una potencialidad quizás entre líneas, pero que desarrollada en acción pudo florecer.

Realmente, la Controladuría General Comunal estaba pensada a la usanza del ombudsman europeo, que controlaba a los funcionarios. No se pensaba que la afectación a los ciudadanos podía venir tanto de funcionarios como de actores sociales, políticos y económicos. Eso no estaba previsto, pero la amplitud de su texto permitió encarar esos problemas.

Tanto es así que logramos la legitimación procesal. La legitimación procesal, que luego de la reforma de la Constitución del año 94 la obtuvimos jurisprudencialmente por un fallo de la sala K de la Cámara Civil en un juicio contra el Gobierno de la Ciudad por la privatización del Zoológico y del Botánico; un fallo que fue comentado por el Dr. Germán Bidart Campos. No tengo acá la fecha exacta del fallo, fue en febrero del 91. Porque el ombudsman europeo, que no tiene legitimación procesal, estaba pensado para funcionar en gobiernos parlamentarios donde el Poder Ejecutivo y el Legislativo tienen confundidas sus funciones. Entonces, un Defensor del Pueblo salido del Parlamento tenía una fuerza extraordinaria, habida cuenta de que el primer ministro también era electo por el Parlamento, algo que no ocurría en América. Cuando el Defensor aparece en América, se encuentra con una disfunción, que es el hecho de que los ejecutivos en América y en Argentina tienen preponderancia política generalmente sobre parlamentos.

Entonces, para fortalecer la acción del Defensor del Pueblo en defensa del derecho de los ciudadanos, la llave que faltaba y que la obtuvimos jurisprudencialmente, fue la legitimación procesal; es decir, involucrar al otro Poder del Estado en la defensa de los derechos ciudadanos.

Nunca nos sentimos menos que un Defensor del Pueblo por llamarnos Controladuría General Comunal; de hecho, intervinimos en casos de los derechos humanos, por ejemplo, recordemos que el Banco Nacional de Datos Genéticos funcionaba en el Hospital Durán, que era municipal. Utilizando esa circunstancia, nosotros intentamos, sin éxito en aquella época, que el Registro Civil corrigiera las partidas de nacimiento de todos aquellos que habían demostrado que no eran hijos de quienes figuraban como sus padres en el Registro Civil. Insistimos, pero el Jefe del Registro Civil y el Gobierno de aquella época del licenciado Grosso, no nos aceptó la recomendación. Tuvo que pasar mucho tiempo para que el esfuerzo de otros organismos posteriores lograra la reaparición de los nietos y que se inscribieran en el Registro Civil esos nacimientos.

Recuerdo que esa legitimación procesal nos permitió, por ejemplo, detener el traslado de la ESMA. En respuesta a la intervención del juez español Garzón en los temas de derechos humanos en la Argentina, la respuesta del Gobierno —en aquella época del Dr. Menem— fue trasladar la ESMA, desactivarla. En un recurso de amparo colectivo iniciado por Graciela Lois, en representación de familiares de desaparecidos, y Laura Bonaparte por las Madres de Plaza de Mayo, con la colaboración del entonces diputado Alfredo Bravo, y de la Controladuría General Comunal logramos —con la argumentación de defender los sitios donde pudiera haber pruebas del genocidio—, se impidiera el traslado. La ESMA sigue

estando ahí debido a ese amparo colectivo, donde la Defensoría del Pueblo utilizó esa legitimación procesal obtenida jurisprudencialmente.

Cuando llega la reforma constitucional se establece la Defensoría del Pueblo en orden nacional, se constitucionaliza la figura y se le otorga legitimación procesal. En el debate parlamentario se tuvo como antecedente la actuación de la Controladuría General Comunal en el tema de la legitimación procesal, que creo que fue el avance más grande que se hizo en esos primeros diez años. Yo estuve diez años, desde el 88 hasta el 98, dos períodos, en la Controladuría General Comunal. Después, dictada la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se establece con todas las luces, con toda la fuerza constitucional, con todo el rigor constitucional la Defensoría del Pueblo, instituto en el que hoy estamos hablando. Muchas gracias.

Intervención de Sebastián Vinagre

Espero cumplir con las pautas y objetivos. Es un honor compartir este lugar con tan dignos representantes de los derechos humanos. Muchas gracias al Dr. Amor y a todos los funcionarios de la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires, a la comisión organizadora, les extiendo mis felicitaciones, muchísimas gracias por compartir este momento y organizarlo de la mejor manera.

Mi intervención en esta digna mesa es institucional. Es mi representación como Presidente de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina, institución que asocia a todos los Defensores del país, lo que me permite compartir con todos ustedes este momento, demostrando una vez más la naturaleza de la Asociación, creada para generar cooperación recíproca entre todos los Defensores del Pueblo, y de esa manera poder intercambiar experiencias, investigaciones, desarrollando las instituciones que defienden la efectiva vigencia de derechos y garantías.

Es muy grato estar entre quienes de alguna manera han contribuido a desarrollar y a fortalecer esta institución.

Hace años se plantea entre todos los Defensores del país la discusión sobre el alcance, los medios y las facultades sobre el Defensor del Pueblo.

Les puedo asegurar que todos tenemos aportes o visiones particulares y debates acalorados sobre las implicancias de ser Defensor del Pueblo.

Se debaten las circunstancias y atribuciones en que debe intervenir, si este debe recurrir a la Justicia, si debe hacerlo de tal o cual manera.

Hoy en día sería imposible construir un paradigma sobre el Defensor del Pueblo, al menos sobre las características y funcionalidad, ya que ésta es una institución muy nueva, absolutamente nueva. Fíjense que en América el primer ombudsman es del año 1966 en Guyana, sólo 47 años ha atravesado esta institución y desde entonces viene forjando su propia identidad latinoamericana, la vamos construyendo día a día con este intercambio de ideas entre todos los Defensores, planteando nuestras problemáticas y nuestras propias realidades.

En este camino de construcción, al no haber parámetros y no haber protocolos, uno se tiene que manejar en forma *sui géneris*, por las normas de la razonabilidad.

Si designaran un defensor que intentara aferrarse a las normas establecidas, una persona de bien con apego a la estricta formalidad, al poco de andar encontrará que no logra resolver el problema a nadie y que tiene que salir por fuera de la institución y por fuera de la ley para poder ayudar a la gente.



Esta es una de las funciones de nuestra Asociación. Tratar de sintetizar en el pensamiento, en la práctica, en la elaboración, en la observación para definir el camino a esta institución tan valiosa. Obviamente, no es prerrogativa sólo del Defensor del Pueblo. Todos aportan para definir el camino, aportan los académicos, las organizaciones de la sociedad civil, aportan mucho los hombres y mujeres situados de a pie, que son los que observan cómo funciona esta institución y cómo se la puede corregir y cómo se la puede mejorar.

Cada defensor y cada Defensoría tienen su característica. Cada uno tiene su problemática propia, cada uno tiene su problemática política, cada uno tiene su realidad social; voy a usar la definición del Defensor del Pueblo de Morón, el profesor Gak, cada uno vive con las tensiones propias de la democracia, de las que no hay que asustarse, pero que realmente le hacen tener a cada uno una impronta individual y personal.

Las Defensorías han surgido para asistir o para suplir las insuficiencias que muchas veces la política no puede resolver. Este aporte lo ha dado la institución del Defensor del Pueblo, con todas sus características en el mundo, pero que en América Latina ha tomado un perfil, un compromiso y una característica muy específica de protección de los derechos humanos. Verán, entonces, que no me referiré a sus orígenes ni a la oportuna e inteligente decisión de incluir en nuestra Ley Fundamental esta herramienta de protección de garantía de derechos. Sólo me atrevo a mencionar entonces la significación y el valor de los convencionales que debatieron esta figura que, a decir de Rousseau al definir al Tribunalado, lo identificó como “quien no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo”, para significar la importancia del ejercicio de su magisterio. Estas apreciaciones fueron mejor descritas por quienes me acompañan en este panel, que cuentan con mayores atributos y conocimientos.

Como decía, muchos Defensores provenimos de lugares distintos y lo que planteamos como objetivos comunes y supremos es contribuir en el campo de los derechos humanos. Construir en un momento en donde la sociedad está en un constante cambio, nos parece que el camino es la afinidad, la concordia. Para esto se requiere, en primer término, amplitud de criterio, requiere buena fe, requiere de un fuerte ideal y convicciones, pero también requiere aceptar al otro.

ADPRA tiene una virtud en ese marco de administración que es una institución absolutamente horizontal y que todos los integrantes somos absolutamente iguales. Cada uno fue elegido por su propia gente, tiene su valor, su trayectoria, su esfuerzo, su prestigio. Puede parecer muy singular, pero nosotros creemos que es un gesto de sabiduría institucional que exista un ámbito de discusión en un plano de igualdad entre Defensores provinciales y Defensores municipales; que todos tengan el mismo valor y las mismas prioridades potencia mucho la gestión de las Defensorías.

Hemos transitado estos veinte años desarrollando este vivo y vasto instituto de derecho público que plantea ser un nuevo vínculo entre el ciudadano y el Estado, que pretende ser una estación de auxilio para quienes más lo necesitan.

Estos años hemos construido, con sólidas bases, un prestigio institucional que lo plantea como una herramienta democrática para enfrentar nuevos desafíos.

En este paso, los Defensores tenemos una fuerte convicción de no estar ajenos a las nuevas problemáticas y ser un eslabón sensible y estrecho con todos quienes habiten en nuestra patria.

El Defensor del Pueblo, como siempre afirmamos, no es neutral. La Defensoría del Pueblo está siempre del lado de los que están con sus derechos más desvalidos, de los más débiles. Es una opción, pero es una opción institucional que tiene que ver con la mirada que se

obliga a tener el Defensor del Pueblo todos los días; como decía el Dr. Bonicatto, es el piso ético que no podemos soslayar ni vencer. Tenemos la convicción de que las leyes no son iguales para todos. Si bien es verdad que los paradigmas propios vigentes en el momento de la construcción del derecho, a partir de las constituciones liberales, donde la libertad y los derechos civiles aparecían como los máximos galardones para la vida del hombre, pero en la realidad concreta de todos los días sabemos que las leyes no son iguales para todos, si el todo no es previamente igual para recibir los efectos de la ley. El que está en situación desventajosa no tiene la misma posibilidad para recibir los efectos de la ley.

A esta altura, creo que todos coincidimos con el Presidente del ILO, Dr. Carlos Constenla, expresada en numerosos libros y artículos, sobre el origen del Defensor del Pueblo que no es el ombudsman sueco o escandinavo, que surge como un controlador parlamentario, sino que el Defensor del Pueblo proviene del tribuno de la plebe de Roma, que se constituye a partir de la necesidad de la gente de ser representada independientemente de quien los gobierna y de quien los mande. Cuando en el monte Sacro abandonan a los pudientes, los trabajadores y los soldados dicen que están cansados de sus arbitrariedades, y se retirarán. La clase dominante para impedirlo les dice que les van a poner un funcionario que los represente y la Plebe le dice no, al representante lo ponemos nosotros.

Ese es el nacimiento del Defensor del Pueblo, con una función mucho más compleja que el ombudsman escandinavo, que tiene que ver con la función que hoy ocupa el Defensor del Pueblo.

En la sociedad de hoy hemos iniciado un camino de construcción de derechos que no se puede retroceder, y este camino de administración tiene que ver con mejorar los derechos en la práctica.

Los derechos humanos, en una tercera etapa se empiezan a llamar económicos, culturales y sociales; hoy nos encontramos hablando de los derechos de la solidaridad y esto muchas veces nos pone en una vereda contraria al derecho o, mejor dicho, va más allá del derecho. Esto nos lleva a otro punto donde hoy los Defensores hacemos un gran esfuerzo, que es el seguimiento de las leyes, saber si las leyes se cumplen o no. Si una decisión de los representantes naturales del pueblo, en la práctica está produciendo los efectos que los legisladores quisieron, sabiendo además que las leyes nacen primero en el espíritu del pueblo. La semana pasada el Dr. Fabián Salvioli en la presentación del Centro de Actualización de Derechos Humanos que implementó la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires a cargo del Dr. Carlos Bonicatto, expresó una definición que merece su divulgación. Él afirmaba que hoy los derechos humanos se invocaban para defender cualquier cosa. Ejemplificaba cómo era utilizado el Pacto de San José de Costa Rica para defender la posición de los fondos buitres; que no se puede utilizar el instrumento de los derechos humanos para defender cualquier cosa, que no necesariamente debe darse ese sentido. Él definía: “los derechos humanos y política pública son la misma cosa, deben ser una misma cosa”, los gobiernos deben estar para defender los derechos humanos o si no, no deben estar. Ningún gobierno debería dejar afuera los derechos humanos en el ejercicio de la política pública.

No nos podemos dar el lujo de retroceder, de no hacer lo que hay que hacer, no nos podemos dar el lujo de no capacitarnos efectivamente para poder cumplir con la política pública. Y esto no tiene que ver con colores políticos. A mayor responsabilidad, mayores obligaciones. Todos debemos aspirar a que en el futuro los derechos y la justicia sean nuestro mascarón de proa que nos señale el futuro de una Nación justa para todos. Muchas gracias.



ASPECTOS RELEVANTES DEL NÚCLEO DE COINCIDENCIAS BÁSICAS

ARTÍCULO 14 BIS: OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS INCLUIDOS

LA REPARTICIÓN DE GANANCIAS CON LOS TRABAJADORES. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ANTE LAS ALTERNATIVAS QUE IMPONEN LAS CRISIS

Intervención de Pedro Kesselman

Creo que si esta temática de la operatividad de los derechos constitucionales ligados al 14 bis –hablamos de 1994, en pleno auge de las políticas neoliberales–, hubiera sido tratada en la Convención del 94, quizás lo hubiesen derogado o hubiesen restablecido la esclavitud como modelo de trabajo con el voto de la mayoría.

El 14 bis fue excluido expresamente, o no fue incluido dentro del Núcleo de Coincidencias Básicas surgido de la Ley 24309, que fue la convención del llamado Pacto de Olivos. Ya en el debate de la Convención Constituyente tratamos, junto con mi asesor y mi amigo –ese sí, eminente abogado–, Guillermo Gianobelli, de introducir sobre todo cláusulas vinculadas a la operatividad de los derechos sociales, de los derechos consagrados por el 14 bis, mechándolos de alguna manera dentro de lo que permitían los llamados tratados internacionales, es decir, dos renglones dentro del amplio espectro del llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas” que habían acordado en aquellos tiempos el doctor Menem y el doctor Alfonsín a través de sus respectivos embajadores.

Me permito citar, entonces, en particular este proyecto que presentamos, porque creo que nosotros tratamos en aquel momento de romper de esa manera todo vestigio o toda

intención de ir contra los derechos sociales, cosa que ocurría –si ustedes lo recuerdan bien– en esa etapa, sobre todo con la Corte Suprema de Justicia que encabezaba el ex jefe de policía de La Rioja, don Julio Nazareno, prestigioso jurista y, él sí, eminente. En ese proyecto nosotros pedíamos que se incorporase como agregado al inciso 28 del artículo 67 de la Constitución Nacional el siguiente: “En particular, deberá sancionar el Congreso Nacional –ustedes recuerdan cómo venía la redacción actual del 77, inciso 22, que le impone determinadas políticas y obligaciones al Congreso de la Nación y, además, incluye los tratados internacionales de derechos humanos– las leyes necesarias para hacer operativos los derechos contenidos en el art. 14 bis de la Constitución Nacional de forma que...”, y reivindicábamos el principio protectorio, el control de cumplimiento de las normas sobre condiciones y medios de trabajo, la duración del trabajo (que no superara las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales). En fin, una serie de pautas que queríamos introducir en la Constitución, porque toda la política que venía imponiéndose desde 1989 en adelante era una política de regresión en materia de derechos sociales y de derechos de segunda generación –llamémosles así– y realmente acompañados en aquel momento por una Corte Suprema de Justicia a la que Augusto Mario Morello calificó como de escaso o nulo control de las actitudes del Poder Ejecutivo y de excesivo acompañamiento; era una Corte que acompañaba en todo. Era una Corte que llegó a decir en un caso, *López contra Compañía Pesquera*, que era el caso de un trabajador que había reclamado por un accidente de trabajo y entonces, atento a la demora, la tardanza en cobrar ese crédito surgido de su incapacidad, de su minusvalía, había solicitado que se le reconociera una tasa de interés mayor a la que era la tasa pasiva del Banco Nación, que era la tasa más baja, y la Corte le dijo que él pretendía aprovechar las bondades de una política económica, que era la política neoliberal de aquellos años, de los años noventa, y no se prestaba a llevar a cabo los sacrificios necesarios como para acompañar esa política, es decir, no se prestaba, el pobre López accidentado, a acompañar los ajustes –que todos recordamos– impuestos por Cavallo y demás.

La temática de la operatividad de los derechos constitucionales tuvo también, ya en marcha la Convención del 94, un tratamiento y un debate muy interesante en la Comisión de Tratados Internacionales de la Convención. Yendo concretamente al tema de los derechos humanos surgidos de los tratados internacionales de trabajo, los tratados de la OIT, ahí tuvimos la primera escaramuza quienes fuimos allí a defender la inclusión expresa de esos tratados internacionales de derechos del trabajo como tratados de derechos humanos. Tomábamos en cuenta, por ejemplo, opiniones como la de Gros Espiell, jurista uruguayo, que inclusive tiene un libro donde habla de las convenciones y los tratados internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y los consideraba derechos humanos, es decir, tratados sobre derechos humanos: los incluía. Porque el derecho de protección al trabajador no puede ser aislado, no se puede decir “bueno, están los tratados de derechos humanos y esto es otra cosa”. Son tratados que tienden a proteger al trabajador, a proteger a aquel que vende su fuerza de trabajo a cambio de un salario y se expone a todos los riesgos y consecuencias de ello y, en consecuencia, nosotros consideramos que son –los seguimos reivindicando– tratados internacionales de derechos humanos, y empezamos allí a bregar. Yo recuerdo, por ejemplo, que Juan Carlos Hitters, juez de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en un momento determinado del tratamiento en comisión dijo que los tratados de la OIT no eran tratados internacionales porque no pasaban por el Congreso, a lo cual le dije que todos los convenios de trabajo habían sido ratificados por



ley, como cualquier otro tratado internacional. “No son ordenanzas municipales”, le dije yo. Ahí tuvimos una primera escaramuza, y fue muy importante lo que se planteó en el seno de esa comisión a través de las opiniones o las sugerencias o los pedidos, de María Lara, que era en aquel momento, en 1994, la delegada de la OIT en la República Argentina. Dijo en comisión que el mensaje de la Organización Internacional del Trabajo sería que, dado que existían 66 convenios para entonces ratificados por la Argentina, esa comisión proponía que en el texto constitucional, en los capítulos referidos a las distintas pautas que hacen al mundo laboral en nuestro país, se tuvieran en cuenta los convenios de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, los convenios ratificados y los existentes también. Allí tuvimos nosotros, por lo menos, esa ayuda –imaginense, repito, con políticas neoliberales muy duras, yo diría hasta groseras–, defendiendo los derechos del trabajo en el seno de esa Convención que había sido convocada esencialmente para permitir la cláusula reeleccionista a cambio de algunas concesiones que había brindado la Unión Cívica Radical, como el tercer senador y otras, el Jefe de Gabinete y otras cosas más.

Nosotros, entonces, planteamos esto de la operatividad. Se discutió el tema de la operatividad también dentro de la comisión –después vamos a hablar del tema de la Convención en sí misma–, y hay que reconocer que en ese momento, en la comisión, una de las defensoras más lúcidas de aquel tiempo sobre esta temática fue la entonces Convencional por la Unión Cívica Radical, Elisa Carrió (estamos hablando de Carrió hace veinte años). Elisa Carrió sustentó con mucha firmeza y con fundamentos el tema de la operatividad de los tratados, que en ese momento estaba en discusión ¿Por qué? Porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación replanteaba la operatividad, por ejemplo, históricamente, del derecho de propiedad. Ustedes recordarán los amparos Siri y Kot, donde la vieja Corte del año 58 creó la institución del amparo. Fue una creación pretoriana para defender el derecho de la propiedad, precisamente, frente a trabajadores que habían ocupado plantas fabriles, entonces el amparo para poder sacarlos. Después, la Corte menemista debatía en los temas de la operatividad, de la libertad de expresión y de derecho a réplica, pero no había antecedentes de operatividad sobre tratados de derechos humanos y, sobre todo, de cuestiones vinculadas al mundo del trabajo, es decir, la operatividad del derecho a los trabajadores. Entonces nosotros nos prendimos en aquel momento a aquella Elisa Carrió –por supuesto, hoy no nos prenderíamos a esta– y planteamos esa operatividad; con nuestro proyectito que habíamos presentado, sugerimos que se pusiera expresamente todo esto. Ahí tropezamos con algunas cosas, como Hitters y demás, porque había quienes creían que los convenios internacionales del trabajo eran algo así como las proclamas de Lenin en 1917 o de los bolcheviques con la toma del Palacio de Invierno. Es decir, no había mucho respeto hacia esos convenios internacionales del trabajo y solamente se hablaba de los convenios de tercera generación, que aun así en la comisión, después de nuevos tratados, alguien decía –después podemos tratarlo como anécdota– que había que tener cuidado con la defensa del medio ambiente. Y recuerdo que fue el tío del señor Macri, Blanco Villegas, a la Convención a decir que había que, un poquitito, evitar la contaminación, dosificarla, como si fueran dosis homeopáticas, porque ya entonces los empresarios tampoco querían normas constitucionales que protegieran el medio ambiente, y menos el medio ambiente laboral.

Nosotros, entonces, llegamos a la Convención, al debate de la Convención sosteniendo la necesidad de incluir, expresamente, dentro de los tratados internacionales que luego se plasmaron en el 75, inciso 22, los convenios internacionales de trabajo. Ahí tropecé con la oposición de algunos convencionales, incluso de mi propio bloque. Tuve discusiones sobre

todo eso y conté con el apoyo de numerosos convencionales de mi propio bloque, recuerdo a Alberto Piccinini, José Carlos Escudero, y de otros bloques, como Alfredo Bravo, que acompañaron nuestro proyecto. Como miembros informantes de esa comisión teníamos, por un lado, a “Juampi” Cafiero, pero por el otro lado estaba Rodolfo Barra. Era difícil conseguir que Barra se prestara a que se incluyeran estos convenios así.

Finalmente, logramos una solución, entre comillas, que fue la de que Cafiero cuando informaba o coinformaba sobre el tema dijo que era innecesario incluir los tratados o los convenios internacionales en forma expresa, porque ya están comprendidos dentro de lo que son los tratados internacionales en forma genérica. Quedó incluido en el debate parlamentario, el debate de la Convención Constituyente y, en consecuencia, cuando alguien dijo alguna vez que no estaban mencionados y, en consecuencia, no tenían protección constitucional expresa, nosotros hicimos valer o reivindicamos la voluntad del legislador, la voluntad del Convencional Constituyente, aunque Masnatta en su momento decía que lo que no estaba en la norma no podía ser tomado como tal. Hablando con Masnatta informalmente sobre el tema, posteriormente a eso, reconoció que no tendría que haber dicho eso.

Llegamos así a la época contemporánea. ¿Por qué? Porque la operatividad de los derechos constitucionales del 14 bis y demás, fue imposible hasta el cambio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir, si en el 2003 no se hubiera producido la eyección de la mayoría automática, hubiera sido muy difícil que nosotros pudiéramos tener el acompañamiento jurisprudencial necesario como para dejar de lado políticas neoliberales que incidían negativamente, terriblemente en el mundo del trabajo, en el mundo de la protección de los derechos de los trabajadores.

Cuando se produce este cambio, la Corte pega un viraje y en 2007 se produce un fallo que es fundamental, después de Siri y Kot. Se produce el fallo vinculado al tema específico del trabajo que fue el fallo de la Corte en el caso de la estabilidad del empleado público, que era el caso de la aduana en Mendoza. ¿Qué decía el caso? La Corte dice que el derecho a la estabilidad del empleo, la estabilidad llamada absoluta, no es un derecho que merezca o que necesite leyes reglamentarias que se tornen aplicables. Es decir, es un derecho operativo en sí mismo y, en consecuencia, ordenó que un trabajador del Estado que había sido dejado cesante en la aduana de Mendoza, debía ser reincorporado a su trabajo y garantizarle la estabilidad del empleo. Eso después de mucho tiempo.

Es decir que ahí la Corte sufre la omisión de muchos años en cuanto a hacer operativa esa necesidad de hacer valer los derechos constitucionales implantados en el 14 bis. El artículo 14 bis se ha visto reforzado, por supuesto, por la inserción expresa de los tratados internacionales o de derechos humanos en el texto constitucional después de 1994.

Yo creo que es una de las cuestiones más importantes ese logro, que fue producto de dos renglones en el Pacto de Olivos y que, sin embargo, abrió el camino para que la Argentina tenga, con el texto constitucional en forma expresa, incorporados esos tratados de derechos internacionales como son los pactos de derechos económicos y sociales, Convención sobre los Derechos del Niño, etc. Es decir, todos esos tratados que ustedes tienen en el artículo 75 han significado un avance importantísimo en el constitucionalismo, porque —como dijimos alguna vez citando algún trabajo de algunos juristas—, a diferencia del pasado siglo, los códigos constitucionales no son meros estatutos organizativos del poder que se limitan a precisar instrumentos de garantía frente al arbitrio de los poderes públicos, sino que las constituciones han tenido sus contenidos para intentar cumplir con



idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y de redistribución de bienestar social y económico.

En definitiva, las leyes superiores han sido globalmente consideradas una función transformadora de la sociedad. Creo que esto es muy importante. Es decir, yo no coincido. No digo, como dijo Yrigoyen, mi programa es la Constitución. Pero sí creo que la Constitución, y sobre todo sus cláusulas como el artículo 14 bis y los tratados internacionales de derechos humanos vinculados al bienestar y al progreso económico y social, son una carta fundamental orgánica que debe ser fuente de progreso social en la Argentina, porque no puede volverse atrás. Es decir, el concepto de progresividad está incorporado a nuestro texto constitucional. Dice Ribeiro Bastos que las constituciones ya no son un mero retrato de las relaciones existentes actualmente en la sociedad. No se resignan a su dimensión estática. Quieren ser y efectivamente lo son, objetos útiles en la anticipación del futuro. Delinean las fases conformadoras del porvenir, procurando por lo mismo suministrar los parámetros para la actuación del Estado. Es decir, son constituciones dirigentes.

Yo creo que la Constitución Argentina como ha quedado después de 1994, más el 14 bis en materia de derechos sociales, es una Constitución dirigente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo ha dicho y lo ha manifestado en distintos votos. No vamos a explayarnos, pero en las causas *Aquino*, en la causa *Vizzotti*, en la causa *Castillo*; es decir, numerosas causas donde se ha pronunciado eso, sobre todo, bajo la inspiración de quien fue secretario de Asuntos Laborales de la Corte, Rolando Gialdino.

Yo tengo una preocupación sobre la jurisprudencia de la Corte. Esta Corte es una Corte que en este momento está –creo yo– en un instante de, espero que no sea de retroceso, pero sí en estado de cierta situación que no nos permite prever exactamente el futuro. El jubilar a Gialdino como secretario de Asuntos Laborales de la Corte fue un paso dado, fundamentalmente, por decisión del Presidente de la Corte, el doctor Lorenzetti. Y la conformación de la Corte, que tiene en este momento algunos jueces con problemas de salud, algún juez que se va a fin de año, como el doctor Zaffaroni y demás, hace que temamos que haya algunos cambios en su composición que pueda llevar, eventualmente, a un retroceso. Y eso lo digo con absoluta responsabilidad y me hago cargo de lo que estoy señalando, sobre todo, porque en su momento la Corte dictó una Acordada, que no es un fallo, que es la Acordada 36/2009 donde implanta una teoría economicista en la que las sentencias de la Corte deben ajustarse a las posibilidades económicas, a las cuestiones económicas y a la posibilidad de cumplimiento. Lo cual significa una expresión ideológica impuesta por Lorenzetti que, además, no votó las causas fundamentales de la Corte, como decía en *Aquino*, en *Vizzotti* y demás. No integraba la Corte y en algunos fallos fundamentales sobre esto ha votado en disidencia y en minoría.

Entonces, el gran peso que tiene en este momento el Presidente de la Corte y esas concepciones ideológicas que trasuntan algunos de esos votos me hacen preocupar como abogado laboralista, como constitucionalista, como miembro de la Convención de 1994 sobre el futuro de la doctrina que pueda seguir la Corte Suprema de Justicia. No es fácil que desande ese camino, pero tampoco podemos dejar de decir que esto va sobre una especie de camino pavimentado o en un camino sembrado de rosas.

Yo creo que vamos a tener algunos cortocircuitos con la Corte si se dan algunas modificaciones que avizoramos que pueden ser negativas, sobre todo, previsto por el peso que tienen las concepciones doctrinarias e ideológicas de su Presidente, que cada vez tiene más peso en las decisiones de la Corte Suprema.

Por último digo que tenemos que vincular esto que acabo de decir con el futuro como el freno que puede dar la Constitución Nacional y la operatividad de derechos a posibles políticas de retrocesos también en materia social y económica en el país. ¿Qué digo con esto? Digo que la Constitución tiene cláusulas expresas que deben ser reivindicadas, cuya operatividad no puede ser negada, no solamente porque esta Corte lo ha dicho en el 2007, es decir, operatividades que había en el empleo, y hay otros derechos que la jurisprudencia ha reiterado como operativos.

El tema de la participación en la ganancia de las empresas es un tema delicado porque es muy difícil decir que en sí mismo, como está, sea operativo. Es un derecho que necesita, a mi juicio, una reglamentación legal, pero además, si los empresarios se niegan a que nosotros como usuarios o como consumidores podamos tener un tribunal que nos defienda frente a los desbordes de los empresarios, en cuanto a la calidad de sus productos y demás, y como usuarios no tengamos defensa y quieren que sigamos sin tener defensa, imagínense lo que pueden llegar a hacer las grandes corporaciones económicas con respecto a la participación de las ganancias, como si fuera también otra cláusula reivindicada por ley en 1917. Es decir, acá tenemos un empresariado que defiende lo suyo en una economía sumamente transnacionalizada, y no va a ser fácil tornar operativos derechos como estos. Como decía Chacho Álvarez, creo yo que debemos estar alertas, tenemos que defender esta concepción de la Constitución y sus derechos como operativos, y hacer que aquellos derechos que en sí mismos necesitan una reglamentación, que vaya como bandera, llevarla como reivindicación y plantear entonces que el país no puede volver atrás, que la progresividad tiene que estar permanentemente en nuestra legislación, en nuestras políticas y que, cualquiera sea el destino del país en 2015, siempre hay que plantear el camino hacia adelante y no el retroceso.

Intervención de Abraham Leonardo Gak

En principio, debería agradecer la invitación a estar en esta mesa. Para ser honesto, tengo mis dudas, porque esta es una mesa de juristas, personas que van a hablar y hablan de la Constitución, y yo estoy muy lejos de esta especialidad, de esta disciplina. De modo que cuando recibí la invitación –no me atreví a negarme a participar–, lo primero que pensé fue: “qué habré hecho para merecer esto”. La cuestión es que acá estoy y trataré de presentar, tal vez, un tema en forma diferencial, no jurídico, y sujeto a la crítica legítima de quienes han hecho de esta disciplina su forma de vida.

En primer lugar, quisiera transmitir un pensamiento personal. A mí me parece que señalar que el Pacto de Olivos es el fruto de lograr la ambición de una elección y, como contraparte, un tercer senador para la minoría, es disminuir la importancia de este acuerdo. Creo que este acuerdo persiguió y logró modificar cosas mucho más importantes. Si yo no me equivoco, en esa época conocíamos ya, por un lado, la decisión tomada de Nación de reformar la Constitución y, por otro lado, había circulado un proyecto que era sumamente retrógrado. Era llevar a la Argentina aún más atrás de lo que estaba. Y me parece que es justo reivindicar a quienes cedieron ante algunos detalles, como la reelección, a cambio de poder lograr incorporar una legislación más moderna, acorde; recuperar en alguna medida, a través del 14 bis, derechos que habían sido totalmente conculcados, y al mismo tiempo pensar cuánto lleva en una sociedad incorporar determinadas decisiones. Porque pasaron diecisiete años desde que se conculcaron derechos que venían del siglo anterior. Tuvimos



que empezar a recuperar las jornadas de ocho horas, el derecho de huelga, la estabilidad en el trabajo, el derecho a las vacaciones, en fin, todo lo que eran derechos, que parecían inmutables, que se habían logrado, que había que pensar en algo más, todo eso había desaparecido claramente. Recuperar eso llevó mucho de tiempo, llevó diecisiete años para que se plasmara en una legislación. Y, por otro lado, lleva veinte años con muchos de los ítems sin llevar a cabo. Por lo cual, marca bien qué significan estos cambios. Y si a eso le agregamos la sensación de que construir lleva mucho tiempo y destruir muy poco, realmente hay que estar muy atentos y cuidadosos con respecto a qué va a pasar en un país donde, en el fondo, lo que se está discutiendo, el fondo de esta cuestión —a mi juicio— es el grado de limitaciones que puede tener el derecho a la propiedad; esta sensación de que la propiedad es un derecho ineludible, que no puede recibir ningún tipo de control, modificación y cambios hace que, realmente, sea sumamente difícil introducir en las sociedades el pensamiento de que sí hay que reformarlos, que la propiedad no nace exclusivamente con el derecho de adquisición monetaria que ha hecho alguien de un bien, sino que es fruto acumulativo de aportes de una sociedad donde, obviamente, el trabajo humano ocupa un lugar más que relevante.

Ya no me voy a referir a la actividad de valor de más ni nada por el estilo pero, sin embargo, el trabajo de todos y cada uno, desde el más modesto hasta el más importante, ha contribuido a constituir respuesta y darle valor a cada bien que hay sobre la Tierra. De modo que, partiendo de estos criterios, me parece muy saludable no solamente reconocer la importancia de este aniversario y conmemorarlo, sino también me parece muy importante recordar el camino recorrido, por un lado, las causas, las dificultades; pero al mismo tiempo, seguir pensando cómo hacemos para seguir avanzando y consolidando lo que se valora.

El doctor Kesselman mencionó un tema que no está en la agenda de nadie, por lo menos que yo conozca, que es la participación en las ganancias de las empresas. Hay un proyecto que, en cuanto se informó a la opinión pública, levantó una oleada de protestas de todo tipo, incluso sin conocer las limitaciones y reconociendo que en realidad lo que debemos reclamar es que el Parlamento cumpla el objetivo de dictar una reglamentación correspondiente para que tenga alguna aplicación práctica. Mientras eso no ocurra, claramente, es una declaración de principios.

La otra cuestión que a mí me preocupa es que el sector sindical no ha levantado esa bandera para nada; sí la ha levantado para exigir, para pedir eliminar el impuesto a las ganancias a lo que ellos llaman el fruto del trabajo, cuando en realidad se trata de una participación de la ciudadanía en el presupuesto de un país para desarrollar, justamente, muchas de las cuestiones que benefician al sector asalariado. Recuperar el porcentaje del asalariado en el producto bruto también aparecía como una necesidad y, realmente, solamente cuando se empezaron a introducir algunos principios y algunos cambios, recién ahí se pudo ver qué significaba tener al mismo tiempo mayores derechos y cómo repercutía en el beneficio de todos. Lo que es inadmisibles es que el sector empresario no reconozca qué significó para la Argentina, para sus intereses, el crecimiento de las posibilidades de consumo de la población.

La equidad de la redistribución del ingreso no es un discurso reivindicativo de un sector. Forma parte clara de un proyecto de un país que quiere crecer. No va a haber posibilidad de crecimiento si no hay una justa distribución del ingreso.

Para participar en las ganancias de una empresa, para el país y para el Estado, es muy importante que el sector asalariado tenga su posibilidad de ejercerlo, porque

está acompañando, y el propio artículo 14 bis lo dice: del control de la producción y la colaboración en la dirección. Con lo cual, se quitaría la posibilidad de mantener en el oscuro conocimiento de los interesados directos el funcionamiento de una entidad que después, con el tiempo, puede perjudicar y quitar el trabajo si es mal administrado, si es mal ejecutado o malversadamente manejado, en el propio trabajo y futuro de cada uno de los miembros que están dando el capital más importante que es su vida. ¿Cuál es el aporte de un asalariado? Es ir día a día a su trabajo. No aporta un capital y conserva para sí algo, aporta su vida.

De modo que me parece que hay que retomar este tema, desde luego que es sumamente importante mejorar las condiciones generales del trabajo, la retribución, mantener un pleno empleo en una sociedad como un derecho, no como un fruto de una política económica o de un ideario determinado, sino como pleno derecho de la sociedad; pero también ir avanzando en estos aspectos. Porque realmente me parece a mí que las limitaciones al derecho de propiedad son la gran llave necesaria para introducir cambios para que una sociedad sea moderna, pueda crecer, pueda cambiar y dar lugar realmente a todos. Si no seguirá siendo un nicho propio en el que se genera y se considera que no hay ningún derecho a que nadie intervenga.

La discusión que se ha dado, oportunamente, sobre las retenciones móviles, en el fondo tenía esa discusión fundamental de quién es y a quién le pertenece la totalidad de la propiedad. En qué medida es fruto exclusivo de quien ha pagado por su derecho de uso. Me parece que no se han discutido esos aspectos, porque yo creo que la sociedad argentina a veces elude los debates de fondo. Se ha discutido la pertinencia, la conveniencia, el hecho de participar el Estado en una ganancia extraordinaria, pero no se ha discutido sobre el derecho de la sociedad a participar en esa ganancia, porque ha contribuido y contribuye y porque tiene una propiedad común de toda la sociedad que es el ambiente, el sol, la tierra, el aire, los climas, etc.

De modo que hoy, cuando estamos recordando estos veinte años de la Convención Constituyente del 94, en realidad lo que estamos empezando a discutir es qué es lo que falta. Sabemos que siempre falta mucho, pero también tenemos que pensar con honestidad dónde está realmente la discusión de fondo, la profunda discusión de fondo. Una es el derecho de la sociedad a través de la presencia del Estado en la distintas actividades de la sociedad, no solamente de la economía; dos, en el sostenimiento y la obligación del Estado de proveer los bienes públicos que contribuyen a hacer que la vida sea digna; y tres, qué significa el derecho que cada persona tiene sobre sus bienes, de modo que nadie pueda intervenir en ellos, nadie pueda modificar y nadie pueda tener acceso a esa información, a ese derecho, cuando en realidad esas personas que no tienen acceso son las que han contribuido a que exista lo que existe.

Acá termino, porque no tengo mucho más para decir. Creo que mis colegas especializados en el tema nos van a ilustrar. He aprendido mucho con el doctor Kesselman acá sentado escuchándolo. De modo que, simplemente, agradezco.

Intervención de Alejandro Amor

Muchas gracias a todos los que me acompañan en la mesa.

Pedro nos ha dado una visión del constitucionalismo que yo comparto plenamente. Entonces, me permite salir de eso y dar otra visión, porque la verdad es que muchas veces



tenemos una sensación de que los derechos, y sobre todo pasa en las generaciones más jóvenes, son de carácter permanente, perduran en el tiempo, no hay retrocesos y nunca se pierden. La verdad, es que para los que ya tenemos algunos años, la historia muestra que esto no es así.

Yo voy a tomar un poco más de tiempo para contar alguna cosa, para hacer una muy rápida reseña histórica. Pido disculpas, porque va a ser muy gruesa y no sé cuánto valor tiene; pero voy a tratar de ubicarlos para mostrar las marchas y contramarchas a lo largo de la historia y el valor de donde estamos parados hoy, y por qué —que ambos mencionaban— estamos en un lugar donde lo que tenemos que hacer es avanzar.

La lucha por los derechos de los trabajadores va de la mano de la lucha de los derechos políticos. Es contemporánea. Por esas cosas simpáticas de la historia argentina contadas por la historia liberal, nunca supe bien por qué nos enseñan primero la Revolución francesa y después la revolución norteamericana, que es anterior.

La verdad es que, sintéticamente, en lo que podemos denominar como la lucha —estoy haciendo una definición muy gruesa, así que permítanme y sobre todo a quienes están en la mesa y a otros abogados que están acá, son más que pinceladas, es con brocha lo que voy a trazar— podemos encontrar, históricamente, cuatro momentos en el derecho del trabajo y casi simultáneamente en el derecho político: la etapa de la proscripción, en la que estaba prohibida la actividad sindical, la actividad de la reivindicación sindical, la Ley Le Chapelier, que es una de las normas tal vez más conocidas. Posteriormente, ya a principios de 1800 comienza lo que podría darse como una especie de reconocimiento de hecho de la actividad sindical. Comienza a visualizarse la necesidad de entablar una especie de diálogo, de reconocer que si hay un conflicto tengo que reconocer a ese actor que está generando un conflicto, pero no hay todavía una norma que regule esa actividad.

Paralelo a esto, comienza una discusión que es sobre la representación popular, sobre la legitimidad de la monarquía y sobre el derecho de la sociedad a darse una forma de representación política. Para ser más preciso, comienza también de la mano de esto la discusión del voto, del derecho al voto. Ya avanzado el Siglo XIX vamos encontrando las primeras expresiones, las organizaciones sindicales van apareciendo, comienzan a darse las primeras formas de legalidad, no porque haya leyes en principio que las reconozcan, sino porque a veces van firmándose o acordándose jornadas de trabajo, fundamentalmente en las grandes ciudades, en algunos casos Francia, Buenos Aires también. Lo mismo va sucediendo con el voto.

Quizás, de los que están en la sala, hay alguien que sea marxista o haya leído a Carlos Marx. Yo siempre recomiendo de Marx “El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte”. Creo que es uno de los libros más importantes de Carlos Marx, no como intelectual sino como jefe político. Es un Marx que está metido en la revolución del 48, en las barricadas de París, y cuenta lo que está sucediendo. Es una ciudad levantada, anarquizada, y él es un jefe en operaciones; él está tratando de que Alemania se sume a este conflicto. No es el Marx teórico, es el jefe político en operaciones. Es un libro que recomiendo porque es un Marx que “porotea”, que cuenta los porotos de cómo se conforma la fuerza de los diputados en Francia; tiene claro lo que está sucediendo. Es una época en la que se está discutiendo. Aparece Louis Blanc en ese gobierno, que arma los talleres nacionales. Los talleres nacionales, para que nos demos una idea, fueron una especie de “planes trabajar”. En marzo del 48 Louis Blanc armó, para poder contener el conflicto social que había, eso que llamó talleres nacionales.

La revolución del 48, dura muy poco, hasta junio, cuando viene la contrarrevolución y el sobrino de Napoleón gana las elecciones y se restablece un gobierno por el voto, pero naturalmente con un giro distinto: se cae esa expresión revolucionaria que había en el año 48. Se produce un retroceso de esto que eran logros que se habían alcanzado en el campo sindical y en el campo político. Es un momento en el que se vive un auge en Europa, de la mano también del desarrollo industrial. Esto va dando forma, hay un altísimo nivel de conflictividad. La Argentina tiene también en esa época organizaciones, un principio no de asociaciones sindicales, pero sí de asociaciones que van dándose una forma. Mucho tiene que ver el rol de la inmigración. De la mano de los inmigrantes va dándose una forma de protección entre ellos y de organización básica. Se va dando un reconocimiento legal a toda esta actividad, se va reconociendo el voto; la Argentina es pionera en el reconocimiento del voto, la Argentina siempre es pionera. La ley del voto en la Argentina, en la que resulta electo Martín Rodríguez, del año 1821, establece el voto universal masculino, no obligatorio, pero reemplaza al voto que hasta ese momento era cantado, que se manejaba en el Cabildo. Pero el voto del año 1821 en el que resulta electo Martín Rodríguez, es un voto muy particular y universal. La Argentina tiene un libro escrito por Marcela Ternavasio, porque es uno de los primeros votos universales masculinos que rompe la lógica del voto calificado. Votaban todos los hombres mayores de 18 años y se votaba tanto en la ciudad como en la campaña: la ciudad ponía nueve diputados y la campaña ocho diputados. Lo digo porque esto muestra que la Ciudad de Buenos Aires no estaba aislada de lo que pasaba en Europa, no sólo en lo político sino tampoco en lo laboral. Y que este proceso de contemporaneidad del desarrollo de la política y lo laboral van de la mano.

Los primeros contratos en la Argentina son contratos de derecho civil; no hay contratos laborales. Los primeros son contratos de derecho privado. La legalidad en la Argentina de las relaciones laborales se da desde el derecho privado, 1900. Estamos ya en el Siglo XX y no hay reconocimiento de las asociaciones sindicales, no hay reconocimiento todavía de los partidos políticos. Es más, los partidos políticos aparecen en la reforma constitucional de 1994 como instituciones jurídicas. Antes no había constitucionalmente reconocimiento de los partidos políticos. El reconocimiento constitucional de los sindicatos es del año 1949; 1917 es el reconocimiento en México de una Constitución de carácter social, lo que se denomina el constitucionalismo social. Esta evolución, este desarrollo paralelo del derecho político y del derecho laboral, lo vive la Argentina y lo vive el mundo.

Voy a avanzar más todavía. El derecho del voto en la Argentina, el voto universal, secreto y obligatorio, se consagra con Luis Sáenz Peña, pero para los varones; las mujeres permanecen todavía al margen del voto. El voto para las mujeres y el derecho a ser votadas es contemporáneo con la reforma constitucional del 49 (1952/1949). Es un proceso político en el que las dos circunstancias son contemporáneas. Es decir, la evolución del derecho laboral en la Constitución del 49 reconociendo los derechos de los trabajadores, los derechos de la ancianidad, los derechos de la niñez, los derechos de la mujer y, después, el derecho del voto de la mujer con lo que se denomina la "ley Evita" es un proceso paralelo de consolidación de derechos. El mundo no marcha de una manera distinta; marcha de la misma manera. Hay países que tuvieron el voto femenino varios años después que la Argentina. Hay países que hoy, como Perú, siguen negando el reconocimiento de los trabajadores del Estado a tener paritarias en el sector público. Hoy Perú no tiene paritarias en el sector público. Por eso quería pararme sobre este proceso de evolución en el que la Argentina, además, tuvo marchas y contramarchas con los golpes militares y con una



reforma que se hace en el año 57, constitucional, que toca un solo artículo. Se deroga la Constitución del 49 y de la reforma original se corrige o se agrega un solo artículo a instancias del radicalismo, muy importante, que es el artículo 14 bis. Hoy lo dije cuando inaugurábamos el evento: muchos de los puntos que están ahí no están reglamentados, como la participación en las ganancias. El movimiento obrero ha planteado la participación en las ganancias. Lo hemos planteado, y créeme que al sector empresario no le duele que le discutas la participación en las ganancias, lo que le duele es el párrafo que sigue en el artículo 14 bis. Porque la participación en las ganancias diría que lo discutís en paritarias, porque a lo mejor, un margen de eso están dispuestos a dar. Lo que no quieren es el control de la producción y la participación en la dirección de las empresas. Esa es la discusión de fondo que el empresariado argentino no está dispuesto a dar y que sí está consagrado con una coma. Dice: participación en la ganancia, control en la producción y dirección en las empresas. Ese es el paso que los empresarios no quieren dar. Esto hay que tenerlo en claro, porque no es la participación en la ganancia.

En definitiva, la participación en la ganancia la puedo discutir, pero la puedo discutir si tengo información, porque si no, no sé cómo consigo saber cuál es la ganancia. Para eso necesito participar en la dirección de la empresa y en el control de la producción. Si no la tengo, no sé cuál es el margen que tengo que pedir de participación en la ganancia. Y esto es en lo que no quieren que nos metamos los trabajadores. Esto es lo que tenemos que tener en claro como trabajadores.

Este es uno de los tantos párrafos que en el artículo 14 bis están como principios consagrados y sin reglamentación y sin aplicación práctica.

Cuando Roosevelt lleva adelante el proceso del *New Deal* en los Estados Unidos, tiene una muy fuerte confrontación con los sectores del poder. Dice: necesito controlar el mercado interno para poder ser, desde el Estado, el que venda hacia afuera. Perón después armó el IAPI. Pero Roosevelt en Estados Unidos, no estamos hablando de la Unión Soviética, no estamos hablando de Stalin ni de Mao Tse Tung, estamos hablando de Roosevelt con el *New Deal*, con un Estado decidido a corregir la gran depresión. Dice: necesito la construcción de dos herramientas para el control de la economía de los Estados Unidos y el manejo del comercio exterior. Y crea dos agencias: la Agencia de Regulación Industrial y la Agencia de Regulación Agrícola.

Los sectores concentrados de la economía de los Estados Unidos se opusieron sobre dos principios de la Constitución Nacional de los Estados Unidos: el derecho de propiedad y la libertad de comercio. La Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional estas dos medidas que tomó Roosevelt. Diez años después, Perón dicta la Constitución en el año 49, diez o doce años después, aproximadamente. Es contemporáneo, mucho más en esta época en la que no había la velocidad de acontecimientos que hay hoy, ni la velocidad que dan las comunicaciones y las redes sociales. La reforma constitucional de Perón, en particular el artículo 40, pero varios de los artículos, sobre todo la discusión de la propiedad social, la propiedad con sentido social, son atacados con los mismos argumentos: la violación de la propiedad privada y el libre ejercicio del comercio por los mismos sectores. Si quieren les damos nombres y apellidos, porque acá fue la Sociedad Rural, por ejemplo. No fue declarado inconstitucional, pero hubo un golpe de Estado en el 55, que fue más simple, cortaron camino.

Los dos decían que tenemos derechos sobre los que estamos parados, tenemos una posibilidad de modificación de la conformación de la Corte Suprema hacia adelante.

Eugenio Zaffaroni va a renunciar, tenemos jueces que la integran que ya tienen una edad avanzada que es el caso de Fayt, Petracchi que está enfermo. No sabemos cuál va a ser la futura conformación de la Corte. La verdad es que la Constitución consagra estos derechos, pero cuál es la realidad que nosotros vivimos y cuál es la realidad que el mundo vive. Nunca hay que analizar lo que nos pasa en la realidad nuestra sin analizar en el mundo en el que vivimos.

Nike es una empresa que si yo les pregunto a todos los que estamos acá, difícilmente, a alguien se le ocurra decir que no es norteamericana, es una empresa norteamericana claramente. Sin embargo, Nike no es una empresa norteamericana. Es una empresa que tiene sede legal en los Estados Unidos, pero todo el eje de la publicidad de Nike se hace en Barcelona y la producción de Nike está definida claramente, en Indochina, en la India y en el sector del sudeste asiático, pero no en los Estados Unidos. Porque lo que han logrado es que el mundo del trabajo hoy no tenga la lógica que tenía la Ford original de los Estados Unidos o la producción industrial que nosotros conocimos hasta, si se quiere, los años 80. Hoy, el mundo del trabajo y el derecho del trabajo que acompaña ese mundo se han divorciado. Están divorciados. Y en la Argentina no somos ajenos a eso.

Las normas que están consagradas constitucionalmente —créame que en la Argentina, con un gran esfuerzo que ha hecho la Corte— siguen sin tener aplicación y voy a dar ejemplos concretos: el salario mínimo vital y móvil que se firma en el Consejo del Salario y el Empleo entre el sector del trabajo, el sector de la producción y el Estado, no rige para muchísimos argentinos. Hay miles de argentinos que cobran por debajo del salario mínimo, vital y móvil. Y no en negro, porque si fuera en negro, uno lo podría entender. Es en blanco, y peor porque el empleador es el Estado, no solamente el sector privado.

Hay provincias, trazando una línea imaginaria desde Córdoba hacia el norte, que tienen más de 200.000 personas que cobran menos del salario mínimo vital y móvil. Sin embargo, el artículo 14 bis nos garantiza a todos cobrar el salario mínimo, vital y móvil.

Todos los que estamos acá en esta sala nos horrorizaríamos si viéramos una situación de trabajo esclavo. Claramente diríamos que es un escándalo. Sin embargo, muchos de los que estamos acá somos de la Defensoría del Pueblo y sabemos que hay trabajo esclavo en la Ciudad de Buenos Aires, en la calle Avellaneda, en el Bajo Flores y en el resto de la Argentina. Sin embargo, no nos horrorizamos cuando encontramos otras formas de empleo, como el trabajo informal y el trabajo precario, que tampoco son formas legales de trabajo, que lo que generan es que el trabajador quede afuera del sistema de seguridad social. El trabajo informal lo saca de sistema, lo deja afuera.

Estamos viviendo en una Argentina con una Constitución que establece todos estos derechos y con una Corte que los reivindica. Los fallos de la Corte son contundentes. Sin embargo, esta es la realidad que tenemos.

¿Cuál es la realidad que vive Europa, el primer mundo? Cuando uno mira la legislación a partir de la Unión Europea, Europa desde 1958 que es el primer paso que da después de la Segunda Guerra Mundial en tratar de conformar un proceso de unidad que les impida exterminarse entre ellos —cosa que en general tratan de superar y de a poco van exterminándose—, logran sortear eso y lo eluden. Lograron agruparse. Firmaron el tratado del Euratom, después firmaron el Tratado de Roma, el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa, conformaron la Unión Europea, una moneda única.

Yo les recomiendo a todos que lean la normativa europea, de la Unión Europea. Es interesante, porque en la Argentina es reivindicada por muchos abogados como una



normativa moderna, porque se reconoce la movilidad de la actividad económica, la movilidad de la actividad financiera. Por ejemplo, Volkswagen trabaja de la misma manera en Alemania que en España, pero toda la normativa de la Unión Europea tiene un solo detalle. De lo único que no hay normativa general en el derecho europeo es sobre derecho del trabajo, eso es materia reservada de los países. Entonces, de lo que establecieron como derecho común es del resto, pero el derecho del trabajo es materia reservada de los países. Eso establece desequilibrios. Por eso, a uno no le tiene que llamar la atención cuando se producen los corrimientos, los procesos migratorios.

Yo he escuchado a algunos de los gurús económicos de la Argentina que siempre nos ponen al borde del precipicio, y dicen que Europa ha firmado convenios colectivos de trabajo de nivel europeo. Es cierto, se firmaron dieciséis; uno es el de la Volkswagen. Tiene las mismas condiciones de trabajo el que trabaja en España en la planta de Volkswagen que el que trabaja en Alemania. Ahora, dieciséis convenios colectivos de trabajo para toda Europa es bastante poquito si pensamos que la Argentina firma más de mil convenios colectivos de trabajo por año, nada más que en la Argentina, desde el año 2003 en adelante. Dieciséis convenios colectivos de trabajo parece bastante poco. No parece haber sido muy exitoso el proceso de derecho del trabajo en la Unión Europea. Es más, ha habido algunas normas en la Unión Europea pero, sorprendentemente, en la Unión Europea rige el principio de que en la confrontación de normas rige el derecho de la Unión Europea y no el derecho del Estado nacional, la supremacía del derecho europeo. La Unión Europea estableció, por ejemplo, la jornada laboral, que es superior a la de los Estados nacionales. Y estableció también –yo no sé si lo recuerdan ustedes, pero fue famoso– el PSOE, Partido Socialista Obrero Español, y fue el que propuso en la Unión Europea que todos los trabajadores indocumentados quedaban sujetos a pena de prisión, incluidos los menores de edad. Fue propuesto por Zapatero en el marco de la Unión Europea con los diputados del PSOE y fue aprobado. Lo recuerdo porque yo, casualmente, estaba estudiando en Castilla de la Mancha, en la universidad, y me acuerdo de haberle preguntado a quien estaba dando en ese momento clases, que era titular del Tribunal Constitucional español, “¿qué norma piensa aplicar si se detiene a un menor de edad indocumentado trabajando, la de la Unión Europea o la del derecho español que acababa de ser aprobada y promovida por el PSOE?”. Yo soy una persona que se formó en el mundo del trabajo, en el movimiento obrero, más allá de ser abogado soy un hombre del movimiento obrero; me toca hoy estar en la Defensoría del Pueblo, pero soy un hombre del movimiento obrero.

Yo les quiero recordar a los más jóvenes, porque veo muchos jóvenes acá, que de las primeras cien medidas que tomó el Proceso militar, setenta fueron dirigidas directamente contra el derecho del trabajo. Se derogó la Ley del Contrato de Trabajo y se estableció la desafiliación compulsiva de todos los trabajadores a las organizaciones sindicales, y esas fueron de las primeras cien medidas que tomó el Proceso militar, setenta dirigidas contra el movimiento obrero y contra los trabajadores, además de las intervenciones de las organizaciones sindicales.

Tengamos cuidado, los derechos no son permanentes; los derechos se conquistan con lucha, pero se defienden también con lucha, porque muchas veces se pierden cuando uno se relaja. Los que creen que la democracia y los derechos del trabajo son permanentes, a la larga los terminan perdiendo. Y la mayor cantidad de ejemplos los vemos en el primer mundo, que hoy está en retroceso frente a derechos que consideraban permanentes, como el estado de bienestar. Les han aumentado los años para la jubilación, les han bajado los

salarios producto de los ajustes que les han aplicado tanto a Grecia como a Portugal, a nosotros también nos pasó; así que, como experiencia propia, nosotros tuvimos una reforma constitucional que yo reivindico, la del año 94, no en cuanto al contenido propio, sino en cuanto al cierre de una herida en la Argentina. Como dije hoy en la apertura, se cerró en la Argentina una discusión entre el peronismo y el antiperonismo, sobre quién era el padre de la Constitución, si era Sampay y el peronismo del 49 o si era la reforma que se había hecho después con el artículo 14 bis. Y la verdad es que lo que logramos es una Constitución de la que hoy sentimos que todos somos dueños, que tiene montones de derechos que han sido reglamentados y montones que a lo mejor hoy permanecen freezados, que tienen deudas todavía, que tienen un presidencialismo que se buscó atenuar y una Jefatura de Gabinete que trató de ser un poco el control de ese presidencialismo fuerte que tiene la Argentina. Acá se habló antes de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Yo tengo una opinión muy particular de la Organización Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo, para mí, a lo largo de los años fue el Ministerio de Trabajo de Europa, del primer mundo. El convenio 87, de libertad sindical, era un convenio dirigido para los países del mundo soviético; lo convirtieron después en un convenio de libertad sindical para trasladárselo al resto del mundo, pero en realidad lo hicieron para ir en contra del bloque soviético dirigido ideológicamente. Era una especie de Ministerio de Trabajo del mundo occidental, y venían a la OTAN como fuerza militar y tenían a la Organización Internacional del Trabajo como fuerza ideológica sobre lo que ellos llamaban la estructura laboral. Estados Unidos se preocupó siempre de no prestarle atención a la OIT, no forma parte; ellos se manejan marginalmente con la OIT.

Tengo que reconocer y reivindico todos los convenios de la OIT: el 87, el 98, el 154, el 155, son normas fundamentales para nuestro derecho; son normas fundamentales porque han permitido la construcción de nuestro propio derecho del trabajo; son normas extraordinarias, pero también reconozco que a lo largo de los años la OIT se ha ido desinflando. Lo que antes eran convenios y que tenían una fuerza determinada, hoy uno mira a lo largo de los años y ve que la Organización Internacional del Trabajo se ha ido deshilachando y hoy tiene bastante menos fuerza, a pesar de que actualmente tenemos un dirigente sindical de la Argentina que ocupa un cargo importante, como creo que nunca se había ocupado antes, y de que tenemos una presencia dentro de la OIT de todas las expresiones del movimiento obrero, que está dividido en cinco partes; está toda la expresión de la OIT, pero creo que tampoco alcanza.

Pienso que para adelante lo que tenemos es esto: un mundo de marchas y retrocesos, pero lo que tenemos que tener es la convicción de lo que tenemos que defender. Yo, ideológicamente, tengo una convicción muy íntima de lo que son derechos laborales y lo que son los derechos políticos. Lo que tenemos que tener, como sociedad, es la convicción de que tenemos el punto de partida sobre el que debemos construir lo que todavía falta, y eso es la conformación de una sociedad muy politizada.

Esa conformación de una sociedad muy politizada, plenamente comprometida en el proceso democrático y dispuesta a confrontar contra cualquiera que vaya a tomar una decisión de ir marcha atrás contra cualquier derecho y a vulnerar lo que está consagrado en la Constitución o a dejar en pie cualquier vulneración que se dé en la sociedad contra cualquier trabajador o contra cualquier persona. Es una decisión de la sociedad y eso se da como forma de organización del conjunto de la sociedad.

Si la sociedad no se organiza, si la sociedad no da la discusión de fondo, si no se da la discusión política y si no estamos convencidos de esto, créanme que es imposible sostener



lo que hoy tenemos, que es un punto de partida muy alto. El derecho político argentino y el derecho laboral argentino son muy altos frente a Latinoamérica en su conjunto.

Las organizaciones sindicales argentinas tienen un nivel de organización que es el más alto de Latinoamérica y el desarrollo del derecho de trabajo nuestro es muy alto. Ahora, hay que sostenerlo y para eso hay que tener un nivel de organización, un nivel de compromiso y un nivel de decisión que tiene que ser parte de toda la sociedad, si no preparémonos para la pelea.

PRESIDENCIALISMO ATENUADO. EL JEFE DE GABINETE

Intervención de Margarita Stolbizer

Muchísimas gracias antes que nada a Alejandro Amor. Él está en el otro panel, pero de todos modos me parece que corresponde el agradecimiento a la Defensoría. Obviamente, por la invitación a una deliberación –creo– oportuna y necesaria. El agradecimiento por compartir este panel con las personas que ya han sido presentadas, a las que respeto y aprecio. Sinceramente, me siento muy a gusto con esta convocatoria.

Quisiera plantear dos cuestiones más generales y previas al debate específico de este panel, que tiene que ver con la atenuación del presidencialismo y la figura del Jefe de Gabinete en la reforma de la Constitución.

Una tiene que ver con reconocer a nuestra Constitución y hablo de la Constitución en su espíritu, un espíritu mantenido a lo largo del tiempo y pese a las distintas reformas, que es una Constitución que apunta, directamente, a consagrar este principio de que siempre la democracia es un poder limitado. Y, por lo tanto, la Constitución establece una serie de sabios equilibrios en el funcionamiento de los poderes.

Hay un equilibrio propio y natural que es el estado de derecho republicano, la división de los poderes. Esta necesidad de articulación y de control recíproco de los poderes que establece, sin ninguna duda, un equilibrio; porque la división de los poderes no es solamente una asignación autónoma de responsabilidades y atribuciones, sino que también implica compartir el ejercicio de esas funciones.

El otro equilibrio es el de las competencias verticales de los órdenes nacional, provincial y municipal. También establecidos como mecanismos de delimitación o de equilibrio de los poderes.



Digo esto, sobre todo, porque voy a reivindicar este aspecto del espíritu que tiene nuestra Constitución en cuanto a la necesidad de limitar el poder y prevenir y evitar los abusos del poder.

La otra cuestión que quiero plantear es que muchas veces, sobre todo en la discusión de las reformas, y esto es bueno como parte del debate democrático, apuntan a una gran demanda de cambios. La sociedad, reiteradamente, plantea la necesidad de cambios en las leyes; me refiero a nuevas leyes. Hay una recurrencia en la gente que pide más leyes. Incluso, para solucionar cuestiones o problemas de nuestra vida cotidiana que poco tienen que ver con las leyes y, sin embargo, la gente siempre reclama más leyes.

¿Por qué planteo esto? Porque se ha instalado cada vez más fuertemente una cultura del reclamo de leyes que no resuelven y cada vez una más baja vocación por el cumplimiento de las leyes. Esa va a ser un poco mi reflexión a veinte años de la reforma de la Constitución. Yo creo que, lamentablemente, aquellos aspectos sobre todo los más novedosos, más profundos, más serios e importantes de la reforma de la Constitución, no se cumplen. Incluso, diría que muchos de los que tienen a su cargo y son los llamados a aplicar y hacer cumplir las leyes son los que no las cumplen. A partir de estas aclaraciones, es que voy a ir un poco a esta novedosa incorporación del 94.

Nosotros teníamos una Constitución, la del 53, caracterizada por un presidencialismo fuerte heredado de la Constitución de los Estados Unidos y que fue marcando en gran medida los debates en aquella época en América Latina, en la medida en que los países iban proclamando su autonomía como colonias españolas o portuguesas, sobre todo, a diferencia de Europa donde se instala un sistema más claramente parlamentario con excepción de Francia que, en el 58 con la Quinta República, plantea un sistema semipresidencialista.

Después, el Siglo XX fue un siglo muy caracterizado, justamente, por este debate entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Sobre todo, porque los países de América Latina venían de fuertes dictaduras que impidieron la construcción de instituciones realmente sólidas y democráticas. Entonces, este era también un debate necesario. Cómo hacer para resolver el problema que las propias instituciones políticas tenían frente a situaciones de crisis y que en muchos casos terminaron con la dictadura. Las dictaduras tenían influencia de afuera, pero también tenían mucho de este componente.

Así es como cuando Raúl Alfonsín llega al gobierno en el 83, en esa etapa de transición democrática, hubo en la vocación del propio Presidente Alfonsín un intento clarísimo por consolidar ese proceso democrático en ciernes que venía con las debilidades propias de los años de una dictadura tan fuerte. Alfonsín crea el Consejo para la Consolidación de la Democracia. Un Consejo caracterizado por su composición plural. Ahí había gente del justicialismo, como Jorge Taiana, Ángel Robledo, Favaloro, María Elena Walsh, precedido por el jurista extraordinario Carlos Nino. Y ese Consejo para la Consolidación de la Democracia trabajó desde el año 85 hasta el año 89, emitiendo dos dictámenes favorables a la reforma de la Constitución. También, emitió un documento llamado *Presidencialismo versus Parlamentarismo*. Lo cierto es que eso abrió en gran medida el camino al debate sobre la necesidad de la reforma constitucional.

La derrota electoral de Raúl Alfonsín o del Gobierno radical, en ese momento, para el año 87, frustró esta reforma. Ya el Gobierno empezó a entender que esto no podía ser la prioridad y se postergó la reforma. Carlos Menem, antes de terminar su mandato, decide impulsar la reforma de la Constitución. Obviamente, con la búsqueda de repetir su mandato constitucional que no existía o que no estaba limitado en la Constitución vigente. El radicalismo tenía en su

agenda pendiente la reforma de la Constitución, entonces se formaliza el llamado Pacto de Olivos, donde el radicalismo avanzó con una cantidad de demandas que iban en el sentido de la atenuación del presidencialismo o lo que se daba en llamar el hiper-presidencialismo, pero que permitió incorporar algunas otras cuestiones, que tendían o que iban en ese sentido –no me voy a referir hoy en todo lo que tiene que ver con los nuevos derechos, los pactos internacionales y demás que fueron sin dudas uno de los aspectos más importantes de la reforma, sino que me refiero a esto– dentro de todas las cuestiones que tenían que ver con la atenuación, fue el acortamiento del período presidencial.

Se habilita la posibilidad de una reelección inmediata, solamente una; el acortamiento del mandato de los senadores que pasan a ser electos por voto directo; la incorporación del tercer senador para la minoría, el Consejo de la Magistratura. Una cantidad de cuestiones que forman parte de aquello que termina siendo el Núcleo de Coincidencias Básicas votado en la reforma de la Constitución.

Alfonsín defiende mucho, en aquel momento, el tema de la necesidad de atenuar el presidencialismo. Voy a leer muy brevemente una de sus intervenciones en la Convención Nacional Constituyente. Alfonsín expresa:

En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente. Por ello, a nuestro criterio, cada vez que exista una duda acerca del alcance que haya que otorgar a las cláusulas que estamos sancionando, la duda debe ser resuelta interpretando la manera más restrictiva posible las facultades presidenciales. En especial, deben interpretarse en forma restringida y con el más cuidadoso escrutinio la facultad del Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, el ejercicio de las facultades de legislación delegada y la facultad para promulgar parcialmente las leyes.

Respecto de la figura del Jefe de Gabinete expresó: “La creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros con responsabilidad parlamentaria desconcentra el poder presidencial, destraba bloqueos entre los poderes y genera válvulas de escape a situaciones de crisis”. Lo leo porque esto resume las tres motivaciones principales que inspiraban, en ese momento, la reforma y sobre las cuales yo adelanto mi visión o la conclusión, que es que, en definitiva y pese a las buenas intenciones y a las motivaciones que orientaban la reforma, hoy a veinte años, la inclusión de la figura del Jefe de Gabinete no sirvió para cumplir con todos aquellos objetivos.

Dentro de esos había tres cuestiones que eran centrales. Una era que la figura del Jefe de Gabinete sirviera, efectivamente, como un fusible frente a una situación de crisis. Mucho se habló de un partido que pierde en un Gobierno la elección parlamentaria y que eso podría habilitar una oposición que designe un Jefe de Gabinete con acuerdo con el Parlamento, con un nuevo Gabinete. La verdad es que, realmente, se pensaba en una figura con poder, pero que al mismo tiempo sirviera como fusible frente a una situación de crisis.

Sin embargo, si hacemos un análisis de esta figura, posiblemente, en la crisis más importante de estos años, que es la crisis del 2001, no sirvió para nada. Me animaría a decir que muy pocos visibilizaban en aquel momento y nadie se acuerda hoy quién era el Jefe de Gabinete. A nadie le parecía que Cristian Colombo fuera responsable de la crisis y, por lo tanto, la salida del Jefe de Gabinete era algo que a nadie le importaba. Todo el mundo ponía en la cabeza del Presidente las responsabilidades políticas de ese tiempo. Por



lo tanto, aún en ese momento la figura del Jefe de Gabinete para poco servía. Entonces, esta finalidad no alcanzó en la práctica de ninguna manera a cumplir con la expectativa que se había planteado.

La otra cuestión era reconocer en el Presidente una cantidad de responsabilidades que era necesario desconcentrar. En el momento de la Convención, quienes hablaron en representación de las mayorías del PJ y de la UCR, fueron García Lema y Paixao. Y Paixao lo hizo, específicamente, sobre la inclusión de la figura del Gabinete. Lo que hizo fue explicar que el Presidente concentraba cuatro facultades centrales: Jefatura del Estado, Jefatura del Gobierno, Jefatura Administrativa y Jefatura Militar. Entonces, la creación de la figura del Jefe de Gabinete iba a permitir desconcentrar las tareas administrativas y dejar que el Presidente se ocupara de las otras.

A la luz de todos estos años y experiencias poco ha servido para eso. Entre otras cosas, porque la misma Constitución que le asigna atribuciones al Jefe de Gabinete, también las limita. Tiene una cantidad de cuestiones, pero al mismo tiempo para todas ellas necesita de la venia o de la supervisión del Presidente. Puede asignar gastos o partidas presupuestarias, pero necesita la firma de los ministros. No designa ministros, esta es una de las diferencias que tiene con los demás sistemas. Por lo tanto, esa desconcentración administrativa tampoco serviría demasiado cuando se ve a un Presidente que sigue siendo el responsable administrativo.

La tercera de las motivaciones era encontrar una figura que sirviera como enlace, como articulación y coordinación entre la tarea del Ejecutivo y el Legislativo.

Esto es a lo que claramente conduce el texto de la Constitución cuando habla de cuáles son las atribuciones. Entre otras, dice: "El Jefe de Gabinete debe concurrir mensualmente a cada una de las cámaras para brindar el informe sobre la marcha del gobierno". Lo cierto es que la mayoría de las veces esto no se cumplió. Los Jefes de Gabinete no han cumplido con esto. Me animaría a decir que aún en las veces en que se cumplió, tampoco ese informe sirvió. Y lo digo como parte de la autocrítica, siendo parte del Congreso de la Nación, la forma en que se presta ese informe no sirve. El Jefe de Gabinete va al Congreso a defender su gestión y la oposición intenta ver si le puede hacer algún daño durante ese informe, con lo cual, tampoco ha servido para mejorar esa relación durante todo ese tiempo.

Quiero referirme, brevemente, a la composición de la normativa que hay atrás de esto, porque la normativa establece la relación del Jefe de Gabinete con el Presidente y la relación con el Congreso. Y acá también observamos los mayores déficits que tienen que ver con el ejercicio práctico. El Jefe de Gabinete, en realidad, además de ser designado, no por el Parlamento sino por el propio Presidente, no deja de ser otra cosa que el representante del Presidente. La verdad es que el Jefe de Gabinete cumple los roles que el Presidente le asigna, se desempeña en la forma en que el Presidente quiere, cumple las funciones que el Presidente le da, por lo tanto, no es otra cosa que un representante del Presidente. Hemos visto Jefes de Gabinete que actúan como superministros o como voceros, algunos como meros asistentes del Presidente o de la Presidenta. En consecuencia, en ninguno de los casos la figura del Jefe de Gabinete ha logrado tener en la práctica ese poder o esa figura con poder que se pensó en el momento de la reforma constitucional.

Respecto de la relación con el Parlamento el tema es mucho más complejo, porque lo que nosotros necesitamos es analizar la reforma del 94 con relación a las atribuciones que la Constitución establece para el Presidente de la Nación.

Nosotros teníamos antes de la reforma un ejercicio, prácticamente, de hecho de atribuciones legislativas que terminaron siendo convalidadas con la reforma de la Constitución. Porque la

Constitución a partir de la reforma establece la fórmula genérica de la prohibición de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativas, se impone incluso la función de nulidad, pero inmediatamente establece las excepciones. Lo mismo hace con los otros dos instrumentos, con el de las facultades delegadas, donde también se prohíbe, pero la excepción existe con el veto parcial. El veto parcial no ha sido de los más utilizados, pero sí lo fue en la reforma de la ley de partidos políticos, que generó, obviamente, muchos conflictos, porque fue un veto parcial que terminó desnaturalizando el espíritu que había tenido una ley acordada en el Congreso con varios de los bloques que lo conformaban.

Lo cierto es que la reforma de la Constitución, entonces, consolida un sistema con una prohibición general y con excepciones particulares, de las cuales hemos visto durante todo este período de veinte años el uso y el abuso en los decretos de necesidad y urgencia. Menem, primero; Kirchner, después, lo usaron en cantidad de oportunidades. Cristina Fernández de Kirchner llega con el compromiso de no usarlo. Dice que como un aporte a la mejora de la calidad institucional no lo va a usar hasta que le encuentra el gusto y lo ha usado muchas veces. Sesenta, por lo menos.

Y lo más grave, no es la cantidad de decretos de necesidad y urgencia, sino que en todos esos casos no se cumple con los estándares de excepcionalidad que fijó la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Porque la Corte se expidió definiendo un carácter absolutamente restrictivo y excepcional para el uso de los decretos de necesidad y urgencia y, sin embargo, ninguno de los decretos de la Presidenta de la Nación cumple con estos estándares de excepcionalidad que deben tener.

Y otro agravante que se ha utilizado, y menciono el último, el 1.246 de hace un mes atrás. En un solo decreto la Presidenta se autoriza a sí misma a firmar 150.000.000 de pesos de deuda y, obviamente, a asignar un gasto inmediato por 160.000.000 de pesos. Eso en un sólo decreto de necesidad y urgencia.

Entonces, estamos frente a la dificultad práctica de tener que reconocer que aquello que se había visto justamente con la idea de la atenuación de un presidencialismo demasiado fuerte, terminó no solamente no cumpliendo las motivaciones que se definieron, sino que al contrario, hoy la presidencia tiene un instrumento más, un insumo más a su disposición, que es un Jefe de Gabinete que va a hacer, exactamente, eso que la Presidenta quiere.

Esa es nuestra conclusión. De todos modos, me parece honesto decir –como posición personal– que no soy de los que adhieren a los cambios de sistema. No soy de los que se embanderan a la necesidad de un pasaje hacia un sistema más parlamentario. Creo que, en realidad, eso no hace otra cosa que esconder los déficits que tenemos en el ejercicio de las funciones, los vicios que las personas cometemos en el ejercicio de las funciones y que a veces queremos disimular cambiando la institución. Un ejemplo es parte del debate que hay en la provincia de Buenos Aires sobre las policías comunales. La policía que tenemos no funciona, creamos una nueva con un nombre diferente, a ver si con eso podemos ocultar los problemas que tenemos, que son los que no terminamos de resolver. Esto es así.

El presidencialismo que tenemos parece no funcionar. Hay abusos. Pero eso no se cambia yendo a un sistema distinto, que es bastante diferente a nuestra propia idiosincrasia, a nuestra propia cultura. Y creo –como dije en un comienzo– que la obligación más que nada desde la propia sociedad y, obviamente, de los responsables políticos, es trabajar mucho más en la reconstrucción de una cultura de cumplimiento de las normas que tenemos y no ir tantas veces por la vía de querer cambiarlas. Muchas gracias.



Intervención de Juan Manuel Abal Medina

Quiero empezar agradeciendo y felicitando a la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires, en general, y a Alejandro Amor, en particular, por haber armado este seminario que nos permite discutir un tema tan relevante para nuestra institucionalidad democrática como es, precisamente, esta reforma constitucional de la que estamos cumpliendo veinte años. Y, también, creo que es importante remarcar y poner en evidencia que esto lo está haciendo la Defensoría con una marca de gran pluralismo. Lo cual, creo que esta misma mesa en la que estamos hoy formando parte demuestra el espíritu que tienen para hacer que una discusión tenga sentido y pueda prosperar en este ambiente plural. Agradecerles a los disertantes que me acompañan a los que respeto mucho y que sin dudas nos van a permitir una discusión interesante y productiva.

Brevemente, en primer lugar, yo sostengo que hay alguna confusión cuando uno habla de reducir o restringir el poder y cuando se va a restringir o a atenuar el presidencialismo. Yo creo que existe cierta confusión, a la que me voy a referir al final de mi presentación, que tiene que ver con no entender o, por lo menos, en el debate político, en la discusión política más general cuáles son realmente las funciones que tiene un Presidente en un sistema presidencialista y cómo funciona el parlamentarismo.

Yo soy, lo decían en mi presentación, profesor titular en Ciencia Política, Sistemas Políticos Comparados, una materia casi del final de la carrera. Cuando empiezo cada cuatrimestre, la primera pregunta que les hago a los alumnos es, ¿cuál es el sistema más simple, que más concentra el poder? ¿El presidencialismo o el parlamentarismo? Todo el mundo me dice que es el presidencialismo. Con lo cual, yo les digo que si me lo dicen cuando termina la materia, están todos bochados. Porque eso es un gran error. El presidencialismo por definición es un sistema de división de poder, es un sistema pensado, diseñado, implementado en el Siglo XVIII, implementado en el Siglo XIX por constituciones concretas que lo que hacen es separar el poder. El poder separado es una idea de presidencialismo contra la idea de concentración del poder que es la idea propia del parlamentarismo, en el cual hay un solo cuerpo donde se concentra el poder. Por eso, en el marco de esa discusión muchas veces se dan algunas cuestiones que son interesantes para poner en discusión cuando hablamos ahora.

Bien lo decía Margarita y coincido absolutamente con lo que sostenía. Parte de las ideas de legitimar esta reforma constitucional tenían que ver con esta idea de reducir o restringir el poder del Presidente. Bueno, los hechos son los que son. Los hechos son los que están en la Constitución. Nuestra Constitución, la Constitución que salió en el 94, no sólo no atenúa el presidencialismo sino que en los hechos le da mucho más poder. Estas cuestiones que ella mencionaba, si bien se venía realizando, adquieren entidad constitucional. Los decretos legislativos son un claro ejemplo de esto. La posibilidad de poder vetar parcialmente y, por lo tanto, poder sancionar leyes parcialmente, también, son ejemplo de esto. La aceptación de la delegación legislativa es otro claro ejemplo. Con lo cual, esta Constitución en nada atenúa el presidencialismo, sino todo lo contrario, fortalece al presidencialismo.

En términos clásicos de la Ciencia Política, en la tipología que más se utiliza, que fue propuesta por Mainwaring y Shugart, dos politólogos hacia fines de los años 90, esta Constitución pasa al presidencialismo argentino, al Presidente argentino de lo que llamamos un Presidente reactivo a un Presidente potencialmente dominante. Es la categoría más fuerte de los presidencialismos en términos de sus atribuciones legislativas.

Diciendo esto, ¿estoy sosteniendo que la reforma constitucional fue una mala reforma? Para nada. Absolutamente, todo lo contrario. Creo que esta reforma tuvo una enorme cantidad de avances y logros muy claros. Muchos de los cuales aún no los hemos podido implementar, pero que son enormemente importantes para la calidad de nuestra democracia.

En primer lugar, por la enorme legitimidad que tuvo esta reforma constitucional. Fue la primera reforma constitucional en nuestra historia que no fue una imposición de un sector mayoritario o minoritario sobre otro. Fue la primera reforma en la cual pudieron participar todos los sectores, y esa misma impronta generó una legitimidad muy distinta a todas, incluyendo obviamente la del 53. Con lo cual, desde ya es algo importante y realmente trascendente en estos términos.

En segundo lugar, esta Constitución incorpora un amplio conjunto de derechos fuertemente productivos. Derechos que si bien algunos existían en nuestra práctica legislativa, en nuestra práctica judicial, el hecho de insertarse al texto constitucional en término de derechos y de garantías, sin duda, le da una mayor fortaleza. Reitero, que muchos no hayan podido implementarse hasta el momento, al fijarse en la Constitución no sólo los hace más fuertes, sino que permite que estemos obligados o nos obliguemos a todos, hacia el futuro, a poder conseguirlos y hacerlos eficientes en la realidad.

En tercer lugar, porque esta Constitución hace más democrática nuestra democracia. Estos cambios que hablamos de pasar de un Presidente electo por un colegio electoral a un Presidente electo de forma directa. Un Senado, también, indirecta a directamente electo, la incorporación del tercer senador. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. La incorporación en la Constitución de los partidos políticos como herramientas constitucionales de funcionamiento de la democracia. La fuerza que se le da al artículo que fija el poder de la propia Constitución frente a los golpes de Estado. Los mecanismos de democracia semidirecta. Es decir, se establecen un conjunto de instrumentos y se fortalecen instrumentos anteriores que le dan a nuestra Constitución mucha más fortaleza y profundidad democrática, lo cual es enormemente importante.

Y, en cuarto lugar, también en proceso, fija un conjunto de herramientas reales para reducir o restringir las arbitrariedades del poder, no el poder sino las arbitrariedades del poder. La Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, un conjunto de instancias que con sus problemas, que seguramente necesitan trabajo, necesitan reformas, pero que en su conjunto tienden y van a permitir mucho el incremento de nuestra calidad democrática.

Pero, volviendo al principio, el presidencialismo como sistema político siempre presenta un dilema intrínseco, porque es un régimen político que permite que haya dos cuerpos con la misma legitimidad para hablar en nombre del pueblo. Con lo cual, es un sistema permanentemente sujeto a tensiones que podrían llevarlo a la parálisis o a la ruptura. Eso es, como dije, intrínseco al presidencialismo. Frente a esto, todos los sistemas presidencialistas del mundo les dan a sus Presidentes distintas capacidades institucionales para poder superar estas tensiones y avanzar en determinada dirección, de manera más clara o de manera menos clara. Lo cierto es que todos los sistemas de diseño presidencialista lo tienen. El presidencialismo ha sido sujeto de un conjunto de críticas, centralmente entre los años 70 y 80 del siglo pasado, porque se tendía a pensar de una manera, quizás, rápida y poco cuidada. Se comparaba dónde hay presidencialismos y se veía América Latina. Dónde hay parlamentarismos y se veía Europa Occidental. Comparábamos cómo le fue a la política de Europa Occidental y cómo nos fue a nosotros, y era medio obvio decir ¡bueh! Vamos para



este lado. ¿Qué pasó? Que también los politólogos nos dimos cuenta de que también hay parlamentarismos en Asia y en África y ahí la cosa era más pareja, cuando comparábamos cómo nos estaba yendo en un lado y en otro. Con lo cual, esa gran idea del presidencialismo como culpable de los golpes, las rupturas, problemas constitucionales de América Latina fue dejándose de lado y empezamos a pensar con mucha más claridad que todos los sistemas presentan ventajas y desventajas, fortalezas y debilidades y que ese pensamiento tiene que funcionar para pensar mucho más las cuestiones puntuales que estamos hablando.

Hay cuestiones que son evidentes, si tenemos lo que estamos hablando en esta mesa, la figura del Jefe de Gabinete como un funcionario nombrado y que puede ser removido por el Presidente, obviamente que no puede atenuar su poder. Sería ridículo. Si yo nombro a alguien que atenúa mi poder y restringe mi poder, o es tonto el que lo nombra o es tonto el que ejerce el cargo. Obviamente, el Jefe de Gabinete es un funcionario ejecutivo, un ministro con amplias atribuciones de coordinación general de la administración, pero es concretamente eso. Pensar otra cosa o esperar otra cosa es no entender absolutamente nada del funcionamiento de la política real.

Volviendo a la cuestión más general sobre la lectura negativa que se solía hacer del presidencialismo y de ahí las necesidades de "limitarlo", vayamos a la evidencia empírica. No hay un solo caso en la historia de la humanidad en que un sistema presidencialista se haya transformado en uno parlamentario. Simplemente no hay. En gran parte de nuestra literatura, los especialistas durante veinte, treinta, cuarenta años decían hay que transformar al parlamentarismo, porque es más flexible, permite partidos más fuertes y programáticos, etc. Todas esas ventajas y ni un solo país las tomó. Hay entonces un problema. Yo creo que el problema estaba más de nuestro lado como analistas que en la realidad misma. Entonces, ¿por qué razón encontramos un conjunto inverso de casos de parlamentarismos que se transforman en presidencialismos? Creo yo que es muy difícil, más allá de los inconvenientes que tenga el presidencialismo, que una vez que al pueblo se le da la posibilidad de votar y tener más capacidad de tener un voto democrático, que ese voto valga más; entonces, yo voto a un legislativo y a un ejecutivo, es muy difícil que un pueblo resigne esas capacidades democráticas y diga no, voy a dejar que los representantes sean los que elijan al gobierno. Hagamos el análisis en teoría acá, nosotros, y pensemos explicándole a la población argentina que en el día de mañana no van a votar más al Presidente y que lo van a elegir los senadores y los diputados.

Es muy difícil y esto no ha ocurrido nunca en la historia. Por eso mismo, y acá sí coincido con lo que Margarita señalaba recién, no es tanto el pensar en macro reformas, que los hechos no se dan o, cuando se dan, no toman el sentido que uno querría darle, sino trabajar mucho más en mejorar permanentemente. Primero, cumpliendo la Constitución en todo lo que nos falta cumplir y, en segundo lugar, ir viendo cuestiones concretas que den como resultado la mejora del funcionamiento de estos poderes. Porque, finalmente, la restricción o no —reitero— tiene que ser hacia los abusos o a las arbitrariedades del poder político; sea el presidente, sea el Congreso, sea la Justicia, sea lo que sea. No sea cosa que restringiendo al poder democrático le quitamos las capacidades que necesita para poder condicionar los factores de poder fácticos, no democráticos, que sólo buscan sus intereses individuales aún a costa del interés de todos.

Ese es el espíritu de la Constitución del 94 que tenemos, el que amplía la ciudadanía, el que hace más democrática a nuestra democracia y el que permite más capacidades a todos los ciudadanos para defendernos y tener mejores políticas. Muchas gracias.

Intervención de Carlos Corach

He tenido la suerte, en materia constitucional, de haber tenido dos maestros importantes. Ingresé en la carrera docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1970 y fui profesor adjunto de don Alberto Antonio Spota, que era un respetado constitucionalista radical ya fallecido. Fui adjunto también del Dr. Sampay, que, como todos sabemos, tiene un enorme prestigio en la teoría constitucional argentina, especialmente por haber sido uno de los redactores de la Constitución de 1949.

Siendo muy joven, tuve la oportunidad de aprender con excelentes constitucionalistas en una universidad de excelencia, como era entonces la de Buenos Aires.

Yo coincido a grandes rasgos con lo que dijeron Abal Medina y Margarita. Me permito llamarla Margarita, porque quizás es una etapa superior en la carrera de un político, cuando uno lo identifica por su nombre y no por su apellido. Por eso me permito la familiaridad de decirle Margarita.

Hay todo un cuestionamiento bastante común en los grandes medios de comunicación, fundado en que no se cumple la Constitución y que no ha rendido los frutos que de ella se esperaba.

Me permito compartir una reflexión: ¿cuántos años pasaron de la sanción de 1994? Veinte años. ¿Qué cumplimiento tuvo la Constitución del 53 pasado el mismo lapso? Hagamos un corte histórico. ¿En 1873 quién cumplía la Constitución? ¿De qué se trataba? Era como decía Abal Medina, un simple programa que nadie se ocupaba de cumplir. ¿Y qué era cuarenta años más tarde? Lo mismo. ¿Cuántos años pasaron para que el voto popular sea realmente implementado de acuerdo al espíritu de la Constitución Nacional? Sesenta años. De 1853 a 1912, con la Ley Sáenz Peña.

Los procesos constitucionales tienen tiempo de desarrollo, tiempos de cumplimiento y todos, especialmente los legisladores, necesitan trabajar sobre los instrumentos —como dijo de alguna manera Abal Medina— para perfeccionar las cosas que la Constitución y los convencionales constituyentes hemos sancionado.

Me permito recordar una anécdota sobre la Ley Sáenz Peña. Durante la Convención Constituyente, creo que casi al final de la Convención, el Dr. Alfonsín, con quien tenía yo un excelente diálogo y trabajo en conjunto, me dice “Carlos, tengo miedo de que nos quieran mañana cambiar la Ley Sáenz Peña”. Porque era una ley. “¿Usted está de acuerdo en ponerla en la Constitución para que si la quieren cambiar les resulte un poco más difícil?, van a tener que reformar la Constitución”. Porque había toda una tendencia de algunos sectores conservadores de decir hagamos lo de Estados Unidos, que ahí no vota nadie, porque vota el 50 por ciento de la población, ni los negros ni los pobres votan. “Por supuesto, don Raúl que estoy de acuerdo”. Lo consulté y lo insertamos como una cláusula constitucional, la constitucionalización de la Ley Sáenz Peña.

Los dos hombres que motorizaron la posibilidad de la reforma, Alfonsín y Menem, trabajaron de buena fe. Tuve la oportunidad de trabajar con ambos. Alfonsín abre el camino —como recordó Margarita— en 1986 con la creación del Consejo de la Consolidación de la Democracia, que era un consejo pluralista y en el cual —y eso lo quiero recordar porque mucha gente se olvida— una de las propuestas era la reelección por una sola vez y la reducción del mandato a cuatro años. Quiere decir que eso no lo inventamos nosotros. Eso fue un acuerdo previo a la presidencia de Menem, y ayer también leía un editorial que sostenía que Menem se acordó en 1993 que quería ser reelecto y trató de reformar la



Constitución. Eso es absolutamente falso, nunca dejamos de hablar de la reforma con el radicalismo, porque había comisiones conjuntas que estuvieron trabajando en el Consejo de la Consolidación de la Democracia y que siguieron trabajando posteriormente. El primer paso de la reforma constitucional de 1994 se dio en 1989 en un acto público en el Salón Blanco de la Casa de Gobierno, con la presencia de legisladores, del Vicepresidente de la República, que en aquel momento era Duhalde, y de otros funcionarios, en el cual hicimos un informe para el Presidente y los presentes de cómo íbamos a tratar de implementar la reforma constitucional. Estoy hablando de noviembre de 1989. Quiero destacar que nunca nadie habló de una segunda reelección hasta 1998, casi el final del mandato de Menem. Ese fue un episodio profundamente negativo en la vida política del Presidente y un gravísimo error. Segunda reelección que nunca fue posible ni política, ni jurídica, ni constitucionalmente.

Los convencionales constituyentes nunca trabajamos sobre la intención de atenuar o de sacarle poder al Presidente. En un régimen presidencialista, el Presidente tiene los poderes que tiene. Tomemos el ejemplo de Francia. La Cuarta República cae cuando De Gaulle implanta la Quinta República y promueve la reforma de la Constitución. Instala un sistema fuertemente presidencialista, como es actualmente el régimen francés, y deja atrás un régimen parlamentario, como fue el de la Tercera República, con su enorme fracaso.

La extensión y profundidad de los poderes presidenciales no sólo dependen del régimen constitucional, sino también —y en gran medida— de las circunstancias políticas y de la personalidad del Presidente. No todos los Presidentes son iguales. No es lo mismo la actual Presidente que De La Rúa, Menem o Alfonsín. Cada Presidente tiene su impronta y le da su impronta al gobierno.

Alfonsín planteaba un semiparlamentarismo, con una especie de primer ministro. En las discusiones que tuvimos, cuando se conformó el Núcleo de Coincidencias Básicas, se llegó a una solución intermedia, que como todas las soluciones intermedias no siempre son satisfactorias, y se creó esta figura híbrida, confusa del Jefe de Gabinete. Del Jefe de Gabinete se esperaba, primero, que descongestionara la actividad administrativa del Presidente, lo que se logró. Si el Presidente tenía que firmar quinientos decretos o resoluciones, hoy tiene que firmar cincuenta. Eso es muy importante, porque agiliza la administración. Por supuesto que eso no significa atenuar el presidencialismo. Es una mejoría de la administración nacional.

El segundo objetivo que se quería implementar era que el Jefe de Gabinete sea un posible fusible en momentos de crisis. Así lo pensó Alfonsín y así lo pensamos todos. ¿Qué quiere decir un fusible en la crisis? Quiere decir lo siguiente. Por ejemplo, si el Presidente De La Rúa, en medio de la crisis de 2001 cambiaba al Jefe de Gabinete, a lo mejor ofreciéndoselo a la oposición, por supuesto, teniendo en cuenta que la oposición peronista no es fácil de manejar. Para ser francos y reconocerlo también, porque esa es la verdad. Intentó hacer algo así y hubo ciertas conversaciones reservadas —que me constan— en las que hubo una especie de intención primaria, vaga, de incorporar a un Jefe de Gabinete de la oposición. Claro que —repito— nuestra oposición no era cualquier oposición, así que era complicado el tema. Pero de alguna manera fue el otro objetivo de la creación del Jefe de Gabinete.

Acabo de leer hoy un artículo de Mendelevich, que es un periodista conocido, que dice que hoy el Jefe de Gabinete es una especie de cruz de gerente general y vocero. Y es un poco cruel el tema, pero hoy estamos un poco con eso. No en desmedro del Dr. Capitanich a quien yo aprecio y valoro.

Una reseña sistematizada de lo que hicimos los constituyentes en la intención de provocar una presidencia menos pesada en la estructura democrática argentina permite hacer las siguientes comprobaciones.

Primero, le sacamos la jurisdicción sobre la capital, antes el Presidente nombraba al Intendente por decreto, hoy tiene que haber un proceso electoral. Muy poca gente se acuerda de eso, pero esto es importante, porque el Presidente pierde el control inmediato de la ciudad más importante del país y la que más concentra poder económico, social y político.

Segundo, se trató de fortalecer el Congreso con distintas normas. Por ejemplo, la ampliación del período ordinario de sesiones, la mayor atribución del Congreso en intervenciones federales de las provincias, la obligación del Jefe de Gabinete de rendir informe. No nos olvidemos de que el Jefe de Gabinete puede ser removido por los votos de censura del Congreso. El Jefe de Gabinete no sólo depende del Presidente, también depende de los legisladores. La reducción de las atribuciones del Presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial. Eso no es menor. Hoy tenemos un Consejo de la Magistratura que funciona mejor o peor, pero el sistema intermedia fuertemente en la designación de los jueces. El fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, la jerarquización y constitucionalidad de los órganos de control, como el Defensor del Pueblo, de paso aprovecho para agradecerle esta invitación, y el Ministerio Público. Estas son creaciones de la Constitución de 1994. La reducción del mandato del Presidente a cuatro años, por supuesto, con posibilidad de una reelección inmediata y la elección directa.

En el tema de los decretos de necesidad y urgencia hay que señalar que no sólo el Presidente, también tiene responsabilidad el Congreso; porque se ha creado una Comisión Mixta Revisora de los decretos de necesidad y urgencia que tendría que funcionar con mayor eficiencia.

El régimen parlamentario en la Argentina es casi imposible de imaginar. El régimen del primer ministro es muy difícil, porque nuestra cultura política es distinta y depende mucho de los Presidentes que hemos tenido. Hay Presidentes con un carisma especial, que encarnan la jefatura con su sólo peso político, como Alfonsín, como Menem; es decir que tienen un peso político superior al común y eso importa mucho. Fíjense ustedes, vuelvo al ejemplo francés. De las presidencias imperiales de Chirac que eran como reyes, a la presidencia de Hollande que es un distinguido e inteligente burócrata, un egresado de la Escuela Nacional de Administración ¿Qué cambió? Esencialmente, la personalidad del Presidente.

Los franceses combinan una especie de semiparlamentarismo, pero ¿quién designa al primer ministro? El Presidente. Por supuesto, después tiene que pedir apoyo parlamentario, pero lo elige el Presidente. Y cuando hubo una elección de medio término que cambió el equilibrio de las cámaras, se dio lo que se llamó la cohabitación. Nombraron un primer ministro de la oposición, que cohabitó en los últimos años del mandato de Mitterand.

En definitiva, esta es una muy buena Constitución, no veo ninguna necesidad en este momento de pensar en una reforma. Creo que sí tenemos necesidad de ir desarrollando sus institutos, incorporarlos a la cultura política argentina; porque nuestra cultura política no es una cultura de distribución del poder, nuestra cultura política es de concentración del poder. No en vano los partidos políticos, a quienes hemos dado jerarquía constitucional, recién ahora hemos podido darles jerarquía constitucional. Los dos grandes caudillos políticos de la historia argentina Hipólito Yrigoyen y Juan Perón decían que ellos no tenían partido, eran un movimiento. Yrigoyen acuñó aquella frase “la causa o el régimen” y Perón “patria o antipatria.” Cuando los términos de la lucha política se manifiestan en esos términos, desaparece la lucha democrática, porque cuando la diferencia es patria o antipatria, la



causa o el régimen no hay adversarios, hay enemigos. Al enemigo no se lo convence, se lo destruye. Eso es un poco el meollo de la cultura política argentina que, afortunadamente, creo que se va a ir revirtiendo.

Esta es la Constitución de mayor legitimidad de nuestra historia, porque fue sancionada por el conjunto de la sociedad sin exclusiones de ningún tipo, y participaron en la Convención Constituyente diecinueve partidos políticos. Los argentinos debemos estar orgullosos de haber protagonizado esa excepcional tarea en paz y consenso. Muchas gracias por haberme escuchado.

NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHOS HUMANOS Y HABEAS DATA. ARTICULO 43 CN

Intervención de Marcela Basterra

Quiero agradecer esta invitación a la Defensoría del Pueblo y a todo el comité organizador, especialmente, al Dr. Amor y al Dr. Raúl Gustavo Ferreyra por la posibilidad de estar acá compartiendo un panel en un tema que es sumamente importante, pero además, con verdaderos especialistas en el tema, como son quienes me están acompañando.

Yo me voy a referir, básicamente, a cómo ingresa la garantía del *habeas data* a la Constitución de la Nación. No nos olvidemos que la convocatoria es por los veinte años del aniversario de la reforma constitucional de 1994. El *habeas data* fue, por así decirlo, una de las *vedettes* de esa reforma, porque fue una garantía que ya en el mundo entero se estaba desarrollando. Se estaba dando la tutela efectiva a la autodeterminación informativa, la protección de datos personales, y nosotros no contamos con una garantía que, efectivamente, tendiera a la eficaz protección de estos derechos que tienen que ver con la no discriminación, con la autodeterminación informativa, imagen, derecho a la intimidad, etc.

Cuando hacemos nuestros congresos nos gusta mencionar el libro de George Orwell que se tituló "1984", pero que él escribió en el año 1948. Él invierte las cifras para poder titular su libro y expresó lo que entendió, tan inteligentemente, que iba a ocurrir cuarenta años después, expresó sus temores. De alguna manera, también tomaba la inquietud de los intelectuales de la época en cuanto a la peligrosa simbiosis que se estaba dando entre las nuevas tecnologías y los totalitarismos que se habían producido antes, durante y después



de la Segunda Guerra Mundial. Esto es, que el Estado, como una especie de *Big Brother*, tenía los datos en grandes computadoras de cada uno de nosotros, y lo que decía George Orwell en su libro, tan actual hoy como a mitad del Siglo XX, era que iban a rodar por el suelo las libertades individuales y, principalmente, el derecho a la intimidad. De hecho, hoy el derecho a la intimidad o a la libertad es uno de los que más están en jaque y es uno de los que más estamos trabajando para todo el tiempo ver cómo podemos otorgar medidas de tutela efectiva. Es así que los detractores dijeron que era una antiutopía, como la de Tomás Moro, pero lo trataron de pesimista. Sin embargo, qué visión tuvo George Orwell, porque no es casualidad que lo tituló 1984 y en el año 89 cae el Muro de Berlín. Y Michael Dobbs, un periodista del *The Washington Post*, escribe un artículo donde explica que la popularización y el abaratamiento del fax hacen que los disidentes del otro lado de La Cortina de Hierro puedan mandar información a Occidente. Como decir que cuando, en la década de los noventa, ya con la red a pleno, por ejemplo, nos pudimos enterar de los crímenes de lesa humanidad que se estaban cometiendo en la ex Yugoslavia a través de una denuncia que los disidentes serbios hicieron del llamado “carnicero de los Balcanes”, Slobodan Milosevic.

En todo ser humano hay una tendencia instintiva que tiene que ver con el derecho a ocultar, que tiene que ver con el derecho a la intimidad, que estaría representado por el derecho a la intimidad; y, por otro lado, el derecho a saber que estaría representado por el derecho a la información. El *habeas data* aparece como un punto intermedio de equilibrio entre estos dos derechos tan importantes y, a la vez, tan equiparables en la ponderación cuando hablamos de las libertades referidas: derecho a la información versus derecho a la intimidad. Es así, entonces, que se dan las primeras leyes de protección de datos personales en el mundo. La primera generación de leyes no tiene que ver con cuándo aparecieron, sino con qué protegían: el derecho de acceder a los datos y la intimidad, y la eficiencia de esas leyes estaba asegurada por un órgano de control, que en nuestro país es la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, que está en el artículo 9º de la Ley 25326, cuyo director fue, hasta hace poco, el Dr. Travieso, quien después les explicará la aplicación práctica. Y ese órgano de control hace el doble control, que es un registro donde se inscriben las bases de datos públicas, se censan las privadas, que está en el artículo 21 de nuestra ley, y después, si los bancos de datos no cumplen, se les aplican las sanciones administrativas del artículo 31 o se constituyen querellantes de las sanciones penales del artículo 32.

No importa si es Dirección Nacional de Protección de Datos, como se llama en la Argentina, si es Comisión de Libertad Informática, como en Francia, Comisario de Datos, como en Holanda, o Defensoría del Pueblo, como tenemos acá en representación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; lo importante es que haya un órgano de control con determinado grado de independencia y autonomía y que cuide que se cumplan los principios fundamentales de la Ley de Protección de Datos Personales. Es de esa época, por ejemplo, de la primera generación de leyes, la DataLab sueca, del año 73, o la ley alemana, del 70. Después viene la segunda generación, que además de proteger la intimidad y el acceso trae dos conceptos nuevos, que son: la calidad de los datos, que nosotros tenemos en el artículo 4º de la Ley 25326 –que los datos deben ser ciertos, veraces, adecuados, pertinentes y actualizados–; y un concepto fundamental en orden a la protección de la privacidad son los datos sensibles, que nosotros los tenemos en nuestra ley nacional en el artículo 2º, y el artículo 7º dice cómo se tratan esos datos sensibles, que son los que protegen nuestro fuero más íntimo, son los datos que tienen que ver con nuestro origen étnico y racial,

nuestra orientación sexual, nuestras elecciones religiosas, elecciones políticas y los datos sobre nuestra salud, que no está prohibido darlos, sólo que la ley dice que no se pueden tratar sin el consentimiento libre, expreso e informado de su titular. Son de esta época la Privacy Act americana, de 1974; la española, de 1978; la portuguesa, de 1976. La eficacia de la ley siempre, en esta segunda generación, está asegurada, lo mismo que la tercera generación, por el órgano de control, que es fundamental.

Por último, en cuanto a la tercera generación de leyes de protección de datos personales, ustedes me dirán: ¿qué cosa nueva agregaron? Bueno, agregaron un abanico de derechos en favor de los titulares de los datos personales, y en contraposición, obligaciones que pesan sobre los titulares de los bancos de datos o de los registros de datos. Son de esta época la Privacy Act, pero la inglesa, de 1981, y la LORTAD española, de 1992, reformada en 1999, que sirve de base para nuestra ley.

Fíjense que mientras que en Europa, salvo España y Portugal, y en Estados Unidos se protege a través de leyes sectoriales o generales, en Iberoamérica tenemos una protección constitucional y además legislativa, por lo cual tenemos una muy buena protección o muy buenos estándares en la medida en que después las leyes no sean —como decía mi maestro— simplemente un catálogo de emisiones.

Entonces, yendo ya a la Constitución, la primera que lo toma de Latinoamérica es, en el 88, la de Brasil, con ese nombre; después la del 91 de Colombia, la del 92 de Paraguay, la del 93 de Perú y, en el 94, la República Argentina la incorpora en el tercer párrafo del artículo 43. ¿Por qué queda incorporada en el artículo 43? Porque —un detalle no menor— cuando se hizo el Núcleo de Coincidencias Básicas en los nuevos derechos y garantías —que es el panel que ahora nos convoca—, al desincorporar el amparo y el *habeas corpus* se olvidaron de incorporar el *habeas data*; cuando lo fueron a incorporar no estaba habilitado. Es decir que entonces, con todo el dolor, al principio al *habeas data* no quedó otra que incorporarlo como una subespecie de amparo. Por eso, por ejemplo, el maestro Bidart Campos decía: la innominada garantía de *habeas data*. Sin embargo, hay pocos fenómenos jurídicos en la República Argentina que tienen derredor, lo que sería derredor del *habeas data*. Es decir, en contraposición al amparo, lo que se escribió en Siri y Kot, años 57 y 58, se hizo totalmente al revés con la Ley 16986 del año 66, gobierno de facto. Hoy nos rige el primer párrafo del artículo 43 para el amparo individual, el segundo para el amparo colectivo y la vieja 16986. El Congreso de la Nación, en la formación que ustedes quieran, desde el 94 hasta ahora no dictó un amparo. No sabemos qué procesos colectivos tenemos; tenemos las acciones de clase por creación pretoriana, no sabemos si también tenemos amparo colectivo, ni cómo se hacen las notificaciones, ni cuáles son los efectos de la sentencia. En el *habeas data* no pasó eso. Felizmente, se incorpora el artículo 43, después se hace una tarea muy importante por parte de la jurisprudencia y, del 94 al año 2000, que se sanciona la Ley de Protección de Datos, la Corte tiene pautas muy bien logradas, sobre todo en algunas cuestiones, como por ejemplo —por dar algunos ejemplo paradigmáticos— los casos fallos *Urteaga* y *Ganora*, que a mi criterio son los futuros Siri y Kot. *Urteaga*, cuando amplía la legitimación y después la ley toma lo que dice la Corte y lo que dice la Constitución y lo perfecciona, eso es lo bueno. Y todavía el Decreto 1558/01 agrega detalles de lo que faltaba reglamentar, repito, la práctica la va a contar el doctor. Pero eso no es algo que habitualmente pasa, entonces tenemos muy buenos estándares, si bien siempre hay desafíos y faltan algunas cuestiones, pero tenemos muy buenos estándares en la Argentina en la materia.



Entonces, en *Urteaga* se da la amplia legitimación, que después toma la ley en el artículo 34, que no es *intuitu personae* como, por ejemplo, en España o en Chile, sino que hasta el segundo grado colateral pueden interponerlo fallecida una persona; también el Defensor del Pueblo en forma coadyuvante y hasta las personas jurídicas a través de apoderados. El fallo *Ganora* trabaja lo que es secreto de Estado y da un principio fundamental que toma la ley en los artículos 17 y 23.

La denegación es solamente la excepción, tiene que ser taxativamente establecida por ley y tiene que tener un motivo que es seguridad pública, seguridad nacional, salud pública o represión de delitos, y nunca se va a poder denegar el derecho de acceder a un dato personal cuando sea para ejercer el derecho de defensa.

Finalmente, para terminar con la jurisprudencia, el fallo que para mí es la pauta mejor lograda de la historia de la jurisprudencia nacional en materia de *habeas data* es el caso Martínez. Nosotros veníamos discutiendo si era una subespecie de amparo, si era un amparo especial, etc., hasta que en el caso Martínez, la Corte, tomando el artículo 37 de la ley 25326 –Procedimiento Aplicable– y dice que la acción de *habeas data* tramitará según esta ley de amparo y subsidiariamente el Código Procesal, Civil y Comercial.

La Corte en el caso Martínez dijo que no es una subespecie de amparo, que para interponer el *habeas data* no hay que demostrar arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, ni cercenamiento, ni lesión, ni restricción de derecho alguno. Fíjense, que sólo podemos interponer el primer *habeas data* para decir “señores, qué datos tienen acerca de mi persona y para qué los van a usar”. Nada más. Después, puedo decir que ese es un dato sensible y que lo borren de la faz de la tierra. No tengo que demostrar ningún tipo de lesión. Entonces, no es un amparo. Felizmente, la Corte en el año 2005, en el caso Martínez, dijo que es un proceso constitucional autónomo que se rige por la Ley de Protección de Datos Personales. Con lo cual, le dio una independencia y un estándar distinto a la garantía constitucional de *habeas data*.

En honor a la brevedad, solamente quiero decir que no es todo maravilloso. La pregunta sería ¿cómo estamos ahora? Y yo quisiera cerrar con un detalle para poder explicar por qué dije tres generaciones de leyes. Ahora quiero decir cuál va a ser la cuarta generación de leyes en la que se está trabajando.

Yo creo que la mayoría tiene conocimiento, y si no lo conversamos después, que en el mes de mayo del año 2014 hubo un fallo del Tribunal Superior Europeo en el cual se condena a Google de España y Google Internacional ante el reclamo de Costeja González, un ciudadano español, que la Agencia Española de Protección de Datos Personales le hace lugar, porque este señor dice que cada vez que él ponía su nombre le aparecían dos ítems del diario La Vanguardia, en el que daban cuenta de que él había sido un deudor moroso y le habían realizado una subasta, y hacía 16 años que él había cumplido.

Es muy largo el fallo. En realidad, lo que se discute es la responsabilidad de los buscadores de Internet y hasta dónde los abarca esta posibilidad, porque lo que dice Google para eximirse es que ellos tratan globalmente la información y no pueden dividir los datos personales del resto de la información. Entonces, llega al Tribunal Europeo. Primero, que hay una sentencia en la que ya el Tribunal había dicho –en esa oportunidad– que los datos que se trataban en la Web o en Internet pertenecían al ámbito de la protección de datos o eran materia de protección de datos. Y si además era de una persona determinada o determinable, eran datos personales.

A mayor abundamiento, dice el Tribunal Europeo que hay tres cuestiones a tratar. Una, es la pregunta: ¿son responsables los motores de búsqueda? Y la respuesta es que sí, son

plenamente responsables, porque ellos son los que establecen y determinan los fines y los medios en orden al tratamiento de los datos personales.

La segunda cuestión perjudicial son las obligaciones que tienen los responsables del tratamiento de datos en Internet. Entonces, el chequeo es si cumplen con la directiva número 6 de la directiva europea número 46 del año 95. Lo que dice es que los datos deben tratarse de manera lícita, de manera leal y, si se recopilan para una finalidad, no se deben utilizar para otra finalidad. Entonces, dice que en la medida que no cumplan estrictamente con los requisitos del artículo 6º, sí son responsables. Deben ser suprimidos o rectificadas si no cumplen con esto, que era este caso. Ya se había recopilado para algo, pasaron dieciséis años y perdió la adecuación o la pertinencia.

La tercera cuestión perjudicial es respecto de los alcances del derecho del interesado y esto es muy importante, porque dice que en este caso el señor Costeja González o quien sea, tiene derecho a oponerse cuando a través del tratamiento de la indexación de datos lesionen su vida privada o su honra. Pero en segundo lugar dice: el derecho fundamental a la protección de datos personales. Y esto es un dato no menor, porque si bien tiene la misma importancia, una cosa es un derecho fundamental y otra cosa es una garantía, y el amparo tiene la doble jerarquía de ser garantía. Es decir, herramienta para la tutela efectiva de un derecho, como lo es el *habeas data*, pero a la vez es un derecho fundamental.

Después de este fallo, el *habeas data* ya tiene carta de presentación, además de como garantía y mecanismo tuitivo de tutela efectiva, como derecho fundamental.

Cierro con esto, sólo diciendo que sabemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo, hace poco, una audiencia pública en el caso *Belén Rodríguez* que la Cámara, en el caso *Belén Rodríguez* y en el caso *Paola Krum*, con sus diferencias, condena a Google y a Yahoo y entiende que hay responsabilidad de los buscadores de Internet. La pregunta es qué va a decir la Corte. Eso estamos esperando.

Cierro diciendo entonces que nosotros ya estamos construyendo la cuarta generación de leyes de protección de datos personales. Es decir que toda nueva ley que se sanciona o cualquiera que se reforme, no va a poder dejar de analizar acabadamente hasta qué punto va a ser la responsabilidad de los buscadores de Internet y ver qué niveles de responsabilidad se les otorga. Muchas gracias.

Intervención de Juan Antonio Travieso

Ante todo, muchas gracias por la invitación de la Defensoría que realmente valoro muchísimo. Gracias, Nerina Da Rin por toda sus molestias y todo su empeño para que esto sea un éxito, que ya lo es.

Me siento muy orgulloso de integrar este panel con tan distinguidos y queridos amigos y amigas. Me siento muy contento y también un poco nostálgico. Lógicamente, cuando uno habla de 20 años, ya empieza a pensar en un diálogo entre la más absoluta modernidad que es la tecnología, el progresismo de la modernidad y la tecnología; y, por supuesto, que van pasando los años y lo que nosotros pensamos hoy como nuevo, mañana es viejo. Es lo que pasa con los sistemas de Internet.

En este caso, a mí me corresponde hablar muy positivamente sobre Internet, porque es útil y eficiente. Los juristas siempre somos críticos, pero en este caso me siento feliz, porque en este diálogo, también estamos en una conversación entre dos sistemas de velocidad, el sistema de velocidad del Siglo XIX, de la Constitución de 1853 y el sistema de velocidad del Siglo XXI.



Hay que tener en cuenta, además, las asignaturas pendientes. Porque, hay que verificar un sistema, una construcción, que básicamente se mantiene en sus líneas generales con la de la Constitución de 1853, la manera cómo entablamos el diálogo con el Siglo XXI, porque el diálogo es el diálogo de todos los días.

Entonces, ahí se presenta mi actividad como director de datos personales –no quiero ser autorreferente, pero sí en cuanto a algunas misiones y funciones que he tenido que cumplir con mucho orgullo en el Estado Nacional–; y quiero decir que, más allá de lo que pudo haber tenido esta oficina en la que tuve el honor de desempeñarme durante muchos años, lo importante es que siempre nosotros tenemos el prurito de criticar a nuestros legisladores –que no está mal–, pero cuando hacen algo bien generalmente no los elogiamos.

Los convencionales estuvieron muy a la altura de las circunstancias, porque no hicieron una norma extensa como la de los brasileños, que prácticamente hay que llevarla con una carretilla para poderla aplicar, sino que hicieron una norma –como yo siempre digo– “gauchita”. El artículo 43.3 de la Constitución reformada en 1994 es una norma “gauchita”, apta, instrumental, propedéutica –vamos a hablar un poco más académicamente– y que funciona.

Generalmente, ¿qué es lo que pasa? Se sancionan las leyes y todo el mundo aplaude y están las fotos, y las fotos amarillean y no hay ningún resultado. Este caso es la excepción que confirma la regla, Argentina año verde.

Porque en el año 2000 se dictó la Ley 25326, y no se dictó una ley, se dictaron dos leyes, porque una de las leyes fue vetada por Menem. O sea que es impresionante cómo los legisladores encontraron este diálogo entre el Siglo XIX y el Siglo XXI y empezaron a dialogar y armaron una ley, la 25326, que no era “gauchita”, era “súper gauchita”.

Esta ley nos permitió a nosotros organizar actividad desde el Poder Legislativo y ahora vamos a ver las actividades que nosotros planteamos. Porque no solamente fue el Poder Legislativo, sino que además el Poder Ejecutivo también se puso a la altura de las circunstancias y dictó también –tuve el honor de participar en su redacción– el Decreto 1558 del año 2001, que realmente nos llevó muchísimo trabajo, y formó parte de un esquema de formación legislativa participada.

Citamos a todos las referentes, cada cual aportó algún tipo de solución, muchos tenían intereses sectoriales, pero nosotros manejamos el interés del Estado, que es uno solo y es el que debe ser. Y realmente no salió un esperpento, ni una anomalía, salió una norma funcional que articulaba con la 25326 y, para colmo, además se estableció el órgano de control. Porque el órgano de control realmente, como en todos los países del mundo, debería ser un órgano de control que se encuentra en el ámbito del Poder Legislativo o designado por el Poder Legislativo para que tenga suficiente poder e independencia. En este caso, por un veto que dictó el Dr. De la Rúa, lamentablemente, no se pudo llegar a ese órgano de control. Y ese órgano de control se hizo –otro caso más de Argentina año verde– mediante un concurso, y ahí sí hubo una anomalía, porque ese concurso lo gané yo. En el concurso había salido yo primero y había otros distinguidos juristas que salieron segundo, tercero y cuarto. Lo primero que hice fue hablar con el ministro para que se designaran como colaboradores míos al segundo, al tercero y al cuarto. Es decir, mis competidores fueron los primeros designados y me sentí muy orgulloso de hacerlo. Y además, resultaron ser excelentes personas que trabajaban con empeño. Nos mirábamos a las caras y decíamos: “¿y ahora qué hacemos?”. Es como los recién casados o que están iniciando la primera noche y dicen: “es nuestra primera noche, ¿y ahora qué hacemos?”. Claro, era un enorme terreno que había que empezar a transitar.

Esto también va para la Argentina del año verde o para que alguien de una crónica haga un chiste: mi primer día no fue acá, fue en Bruselas. Y lo más curioso fue que la Unión Europea me pagó el pasaje, pagó mis gastos, me pagó todo para que vaya a defender la posibilidad de que la Argentina fuera designada con el sistema de la directiva 95/46, gestión que había iniciado exitosamente el Dr. Lavagna cuando era embajador ante la Unión Europea. Fíjense, es extraordinario, es como una sincronización de buenas intenciones, y sale todo bien.

Cuando yo voy a Bruselas —es increíble, porque en Bruselas está todo duplicado—, me encontré con los integrantes de los grupos del artículo 19; que resultaron bastante afectuosos. Había una señora, una inglesa, que era jefa del grupo del artículo 19, muy simpática.

Yo hice una breve exposición y finalmente se vota; cuando se va a votar me retiro, por razones lógicas, y dije: “yo acá no quiero saber nada”. Increíble, otro caso más para el Libro Guinness: nos aprobaron. Es decir, la Argentina, a partir de 2002, estaba como país adecuado a las normas europeas. Por supuesto, salió chiquitito en los diarios, salió muy chiquito, no fue valorado, y fue muy importante para el país.

A partir de ahí, estábamos con mis colaboradores en una oficina chica —lo que siempre digo, Ejército israelí: mucha cabeza, mucha inteligencia y pocos miembros; eso era antes, ahora tiene muchos—, entonces había que empezar a hacer las cosas.

Mientras tanto, el Poder Judicial empezó a dictar sentencias, empezaron a hablar por vez primera en la Argentina sobre la autodeterminación informativa, con una variedad de instituciones que son claves para todo este mecanismo. O sea, el Poder Judicial también se puso a la altura de las circunstancias, porque generalmente nosotros lo que criticamos al Poder Judicial es que no hace, que no hizo, que se demoró, pero en estos casos hicieron, y lo hicieron muy bien.

Y luego viene la tarea del Poder Ejecutivo a través de las acciones de mi oficina. Siempre el funcionario nostálgico dice: “bueno, no estoy más. Me hubiera gustado seguir estando”. Uno quiere ser eterno en las funciones y las funciones tienen que ser limitadas en el tiempo, cosa que es muy sana siempre y cuando existan concursos para que las personas sean reemplazadas dentro de los márgenes de la legitimidad de derecho y que sean reemplazados por gente que esté verdaderamente capacitada.

Ahora bien, teníamos que iniciar el registro de bases de datos, una experiencia inédita. En el año 2002 empezamos a trabajar ya con la ley e inmediatamente, cuando lanzamos el tema del registro, atendimos 1.500 personas por día. Otra cosa inédita. En el Estado atender 1.500 personas por día durante, prácticamente, un mes, yo me sentía orgulloso de mi equipo. Era un equipo chico, gente que todavía mucho no sabía, no teníamos máquinas. No teníamos ni PC. Las PC nos las prestaban del Banco Central o de otras entidades. Increíble. Toda una generosidad para que todo funcione.

Se anotaron en el registro, iniciamos la tarea, como yo digo, como los testigos de Jehová y fuimos por todos lados para difundir la buena nueva de cómo estaba funcionando y qué es lo que se debía hacer. Los bancos nacionales y extranjeros, públicos y privados y entidades financieras fueron los primeros en arrancar dentro de lo que podríamos denominar el núcleo duro de los datos. Porque si no teníamos a los bancos inscriptos, prácticamente, no se podía trabajar con rectificación de los datos claves en lo referente a la atención de la gente. Entonces, había que tener cierta flexibilidad para que entraran. Había que hacerlos entrar como en un juego y finalmente entraron en el marco de la legalidad.

A partir de ahí empezamos a emitir disposiciones que son las normas que el órgano de control puede dictar, y debo decir que tuve siempre un enorme apoyo de todos los funcionarios que estuvieron a cargo del Ministerio de Justicia en el rol político.



Entre tanto, empezamos a emitir dictámenes. Emitimos muchísimos dictámenes desde el primer momento. Otro de los elementos que me pareció que era fundamental era que los dictámenes estuvieran abiertos para tener la máxima transparencia. Los dictámenes se encuentran abiertos y a disposición de todo el mundo en la página web del Ministerio de Justicia.

De los dictámenes que he emitido, que he emitido muchísimos, no sé el número, pero son muchos, debo decir que uno o dos han tenido revisión en la Justicia. Yo sostengo que cuando está en juego la transparencia y la protección de datos hay que empezar a sopesar los derechos, y no se puede decir que este derecho vale más que el otro. No, los derechos deben estar articulados. Muchas veces los derechos dependen de la dignidad de la persona, porque en determinados casos la protección de datos puede ser tan o más importante que el acceso a la información pública.

Antes de que se hubiera ocupado la Unión Europea sobre el caso Google, nosotros ya habíamos tomado una determinación en varios casos.

Ese fue el trabajo que durante unos cuantos años desarrollé. En el medio de esa acción debo decir que, durante un lapso que estuve fuera del órgano de control, fui convocado por la Dra. Alicia Pierini, que me solicitó organizar la Oficina de Datos Personales de la Ciudad de Buenos Aires. Con todo el empeño, entonces, iniciamos la acción con Eduardo Peduto y todo un equipo. Lo curioso, otra anomalía para el libro Guinness, es que antes de los 9 meses concluimos la organización. Hecho muy motivador en lo personal, pues actuamos en el orden federal y en el sistema de la Ciudad de Buenos Aires, lo que me llena de satisfacción. Muchas gracias.

Intervención de Beatriz Buseniche

Primero que nada, quiero agradecer la invitación para participar de este evento que es un placer. También, agradezco la invitación por el nivel que tienen mis compañeros de panel. Me siento realmente honrada de estar acá con ustedes.

Dichas las formalidades y estas cuestiones, voy a asumir el rol que habitualmente tenemos la gente que trabajamos en las ONG, que es el de quejarme. Hasta ahora y, afortunadamente, mis predecesores hicieron todo el relevamiento histórico, han analizado los fallos judiciales, han narrado la historia de la Dirección Nacional de Protección de Datos; y yo voy a tratar de poner sobre la mesa cuáles son los desafíos que tenemos hoy para la plena vigencia de este derecho consagrado hace ya 20 años. Creo que es uno de los aportes más valiosos de la reforma constitucional, junto con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos que, seguramente, están tratados en otras mesas, pero creo que son de los aportes más interesantes en esto de pensar la sociedad que viene. No solamente dar cuenta de las discusiones de su momento, sino también marcar un campo que nos permita trabajar con la sociedad hacia adelante.

Creo que hay varias cuestiones que están pendientes y voy a empezar mi reflexión citando a un escritor alemán que admiro mucho, que se llama Heinrich Böll, que ganó un Premio Nobel de Literatura. Heinrich Böll decía que un derecho que no se ejerce es un derecho que se pierde. Y yo creo que estamos en un momento en el cual este derecho está en la letra de la Constitución, está en nuestro marco jurídico, contamos con la legislación apropiada, obviamente que se puede mejorar y que puede haber actualizaciones y puede haber ideas de nuevos marcos jurídicos, sobre todo para tratar la cuestión de Internet, que es una de las cuestiones que hacen falta, pero más allá de eso, tenemos una ley que es sumamente

garantista en términos de nuestros derechos de datos personales y de intimidad. Tenemos el marco constitucional, tenemos la ley, tenemos jurisprudencia, tenemos oficinas que ejercen el rol de órgano de aplicación, y esto no es necesariamente así en todos los casos; hay muchos otros derechos que no cuentan con todo este marco de aplicación que en este caso sí tenemos. Sin embargo, estamos en un momento en el cual hay varios temas que hacen pensar que este derecho está en riesgo en términos de lo que pensaba Heinrich Böll. Es un derecho que apreciamos poco como sociedad, y eso tiene que ver con pautas de consumo, pautas culturales.

Justo antes de venir para acá estuve en una escuela de la Ciudad de Buenos Aires trabajando estos temas con chicos de 5º grado y chicos de 2º grado, y una de las cosas que veíamos es que, por ejemplo, todos los chicos de 5º grado tienen abierto un facebook. No había en 5º grado —estamos hablando de chicos entre diez y once años— un chico que no tuviera facebook. En la mayoría de los casos, a estos chicos les habían abierto facebook sus propios padres o algún primo o alguien de su familia. Algunos decían “mi primo”, y el primo tenía 16 años. Esa es una situación en la cual están en riesgo los datos personales. Recordemos que, para quienes trabajamos con nuevas tecnologías, hay un viejo mantra que siempre repetimos, que es que cuando un servicio es gratuito es porque vos sos el producto a la venta. Esos servicios que se nos ofrecen de manera gratuita, y de los cuales dependemos mucho muchas veces, usan nuestros datos personales como eje principal en su modelo de negocios. El modelo de negocios de Internet es la invasión de la privacidad de las personas, porque de eso depende la conformación de perfiles, la segmentación de audiencias, la segmentación de estrategias de marketing y todo esto que muchas veces se celebra como grandes avances de la tecnología, como el *big data* y demás, no son otra cosa que la puesta en el mercado de los derechos, que son derechos fundamentales y que, como sociedades, analizamos de una manera muy poco profunda y muy poco crítica. Por lo tanto, mi primera advertencia viene en este punto a nosotros, como ciudadanos, a reivindicar este derecho con mucha más responsabilidad de lo que lo hacemos habitualmente, sobre todo, cuando tenemos a las nuevas generaciones a nuestro cargo, es decir, familias que abren facebook para chicos menores de 13 años, familias que suben fotos de los chicos a redes sociales, que muchas veces se preocupan por poner el perfil en privado, pero no toman en cuenta que ese perfil privado es quizás para el resto de los usuarios de la plataforma, pero no es privado para los dueños de la plataforma. Es decir, esas pautas de privacidad que tenemos en las plataformas, de las que muchas veces no confiamos, hacen quizás que ella no vea mi foto, pero el dueño de la plataforma sí la ve, y la comercializa, y hace perfiles, y segmenta, e incluso, nos hemos enterado recientemente que se hacen experimentos sociales con los datos personales y las personas que están en la red. Esa es una realidad contra la cual es muy difícil discutir, porque la ola nos lleva, porque todos los chicos están en facebook, porque esto nos empuja. Pero, atentos, llamado de atención, en el sector privado el uso de nuestros datos personales es una de las claves del negocio de este momento, todo lo que tiene que ver con *big data*, *open data*; hay muchas cuestiones de datos abiertos que decantan en el uso indiscriminado de nuestros datos personales, que son un derecho consagrado constitucionalmente.

Hecha esta alerta sobre el sector privado, quiero también hacer una alerta sobre el rol del Estado. El rol del Estado es darle validez, darle vigor, estar del lado de los ciudadanos a la hora de defender estos derechos, porque si no nos defiende el Estado, ¿quién? Cuando digo el Estado no estoy hablando del Poder Ejecutivo, estoy hablando del Estado en su



totalidad: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, todas las instancias del Estado en defensa del ejercicio de estos derechos ciudadanos.

Yo quiero hacer una mención específica –lamento que el Dr. Travieso justo se haya ido– que tiene que ver con el rol de la Dirección Nacional de Protección de Datos y con un vicio original de la Dirección, que tiene que ver con ese veto parcial que se dio en el momento de la conformación, que fue no hacer que la Dirección fuera un ente lo suficientemente autárquico como para poder cumplir su rol en relación al propio Estado. Hoy en día en la Argentina los datos de los ciudadanos están en gran riesgo, justamente por la negligencia por parte del Estado y por abusos por parte del Estado.

Marcela (Basterra) recordaba una ley del 66 –creo–, y yo voy a recordar otra de aquella época, que es la Ley 17671, de administración del potencial humano nacional, que es la que regula el rol y establece las funciones del RENAPER, que dice que los datos que tiene el RENAPER son de interés nacional y que deben ser usados en función del interés nacional. Esto es un decreto ley de una dictadura, de la denominada Revolución Argentina, de 1968. Hoy día, cuando uno recibe una hoja membretada del RENAPER dice arriba “Ley 17671”, y ningún legislador, desde que recuperamos la democracia, desde el 83 a esta parte, ha presentado –por lo menos que yo sepa– ningún proyecto para modificar esta concepción que el Estado tiene sobre nuestra identidad y sobre nuestros datos personales.

Estimo yo que una lectura responsable de la cláusula de protección de datos personales de la Constitución debería poner en cuestión esta mirada de nuestros datos y de nuestra identidad, y debería empezar a limitar las funciones que tienen estos organismos que trabajan con nuestros datos personales y que, en buena medida, los ponen en riesgo. Voy a citar solamente un caso para que veamos de qué estamos hablando. Cuando el RENAPER traslada nuestros datos a la autoridad electoral para la conformación del padrón y se publican esos mismos datos filiatorios en Internet, está descuidando profundamente nuestros datos personales. Hay alguna causa abierta, hay algún recurso legal abierto sobre esto, pero esos datos ya se filtraron y esos datos ya están en manos de cualquiera. Un chico de dieciséis años publicó en un blog una forma de obtener esos datos con un script muy sencillo y muy fácil, y un amigo, un colega con el que trabajamos, hizo la prueba –un abogado, no era un hacker ni un gran programador; era un abogado– se dio maña y obtuvo en media hora 5.000 registros de identidad puestos en Internet en el padrón electoral, datos que salen del RENAPER. Entonces, cuando hablamos de estos derechos, tenemos que hablar no sólo del ejercicio que nosotros hacemos de estos derechos, que muchas veces no sabemos.

En la fundación muchas veces recibimos correos de gente que nos dice “cómo puede ser que yo busco en Internet mi nombre y aparece mi DNI, mi categoría de monotributo, mi domicilio, quiénes viven en el mismo edificio que vivo yo”. Cualquiera de ustedes que haga el ejercicio de buscarse va a encontrar que toda esta información está disponible. La AFIP tiene publicados un montón de nuestros datos. Alcanza saber el número de CUIT de una persona para encontrar su rango de ganancia, su domicilio declarado, hay una cantidad de cosas que el Estado desprotege. Después podemos ver hasta qué punto hay información que es pública o no pública, pero, en principio, el Estado debería tener principio precautorio. A la hora de construir bases de datos, a la hora de digitalizar este tipo de información, a la hora de conformar este tipo de base de datos, debería haber un principio precautorio, porque una vez conformada cierta base de datos, su filtración es muy sencilla. Copiar información digitalizada es una de las tareas más fáciles y prevenir la copia de información digitalizada es una de las tareas más difíciles.

Estamos en un momento en el cual el Estado nacional está iniciando un proceso de cambio de nuestro DNI, hacia el nuevo DNI en el cual se supone que se va a incorporar la historia clínica, los datos de la tarjeta SUBE. Seguramente, ustedes saben que cada vez que suben al transporte público la tarjeta SUBE registra el horario y, obviamente, sabe quiénes son ustedes porque está asociada a un número de documento. Se registran una serie de datos que permiten trazar nuestra circulación por el espacio público en el uso de los medios de transporte público. Estamos en un momento en el cual se están por incorporar los datos de ANSeS, los datos de SUBE, las historias clínicas que son datos sensibles, donde entra en juego la relación de confidencialidad médico-paciente.

Ese tipo de cosas se van a incorporar al DNI con un chip, y suele asociarse la idea del chip a una idea de mayor seguridad. Eso es una ficción. El chip no es más seguro porque sea un chip. Una base de datos centralizada es un objeto de ataque muy peligroso. Por lo tanto, hay que llamar al Estado para que tenga un principio precautorio sobre las bases de datos de los ciudadanos.

Estamos, también, en un momento en el cual buena parte de nuestra comunicación, de nuestras búsquedas de información y demás, dependen de nuestra entrega de datos y no hay una solución fácil. Porque podemos discutir, por ejemplo, el caso de derecho al olvido que citaba Marcela, que es muy interesante. Podemos discutir la responsabilidad de intermediarios. Podemos discutir muchas cosas, pero necesitamos salidas creativas y, ante todo, la reivindicación de un derecho consagrado en la Constitución.

Cierro recordando uno de mis mantras de Heinrich Böll: un derecho que no se ejerce, es un derecho que se pierde. De nada sirve que haya organizaciones, tres o cuatro o cinco organizaciones o la Defensoría del Pueblo o la Dirección de Protección de Datos o las ONG que trabajamos estos temas, si el propio ciudadano no ejerce este derecho de protección de datos. No estoy poniendo la responsabilidad en el ciudadano de a pie o en el usuario común o en la víctima, finalmente, de la vulneración de derechos. Estoy diciendo, ¡Atención!, no descuidemos este derecho, porque es un derecho del cual depende no sólo nuestra autonomía personal, no sólo nuestro derecho a la privacidad, que es un derecho que ya estaba en la Constitución del 53, sino también y como lo ha dicho Frank La Rue, el relator de libertad de expresión de Naciones Unidas —está terminando su mandato—, es un derecho que es esencial para el ejercicio de otros derechos y que es fundamental para las sociedades democráticas.

Intervención de Daniel Altmark

Por supuesto, en principio, gracias al licenciado Peduto por la invitación a participar de este evento, a permitirme reflexionar unos minutos con ustedes sobre estas cuestiones que tienen que ver con la Constitución, con la reforma de la Constitución; pero también con el impacto explosivo de las tecnologías de la información en la sociedad, y con las necesarias respuestas que desde el ámbito del derecho estamos llamados a elaborar ante este impacto explosivo.

En primer lugar, veinte años de la reforma de la Constitución. Realmente, me parece saludable que este evento se centre en festejar veinte años de la reforma constitucional, primero por la trascendencia que tuvo la ampliación de derechos que se fueron incorporando a aquel debate del 94, que dieron lugar a la Constitución vigente; y, en segundo lugar, para rescatar el concepto de que la Constitución, algo planteó Marcela, viene a reflejar nuestra



historia, viene a reflejar necesidades y proyectos. En consecuencia, me parece importante, junto a festejar los veinte años de la reforma constitucional del 94, plantearnos que en una etapa de incorporación de nuevos derechos, en una etapa de ampliación de derechos es bueno que la sociedad debata la necesidad y la oportunidad de proceder a incorporar nuevas reformas a la Constitución Nacional que *aggiornen* nuestra Ley Fundamental a las necesidades de nuestro tiempo.

No es el ámbito para debatir la oportunidad ni el contenido de una reforma constitucional, pero sí plantear, simplemente, en esta breve reflexión que debemos, por un lado, festejar los veinte años de la sanción de la Constitución del 94, pero debemos también tener la responsabilidad de abrirnos a los nuevos tiempos, de saber que el derecho acompaña a la historia y que la Constitución Nacional también tendrá que receptor y *aggiornarse* en función de los nuevos derechos que va adquiriendo la sociedad.

Estábamos convocados a reflexionar. La riqueza de las exposiciones de quienes me acompañan en el panel va a obviar una serie de cuestiones a las que yo podía referirme. Estábamos convocados a reflexionar sobre la reforma constitucional y las nuevas tecnologías, las tecnologías de la información, y acá se abordó, en particular, la problemática de la protección de datos personales y del *habeas data*. Pero la realidad de los tiempos que han corrido ha implicado, en primer lugar, un impacto explosivo de las tecnologías de información en la sociedad. Este impacto explosivo de las tecnologías de la información ha planteado transformaciones en todos los ámbitos de la vida de la sociedad y ha requerido respuestas desde el ámbito del derecho. Incluso, ha impulsado a la incorporación en el ámbito jurídico de nuevas disciplinas jurídicas del derecho informático que, fundamentalmente, se preocupara por conocer el fenómeno de impacto de la informática en la sociedad, por detectar después los nuevos problemas e interrogantes que ese impacto le plantea a la sociedad, y por elaborar entonces, desde el ámbito del derecho, las respuestas adecuadas que esos problemas y esos interrogantes plantean.

Para pensar sobre el impacto de la informática en la sociedad, nuevos problemas, interrogantes y necesidad de elaboración de respuestas; para reflexionar sobre la necesidad de trabajar en el ámbito del derecho informático, fundamentalmente, con la orientación de elaborar esas respuestas, a vuelo de pájaro, tendríamos que pensar en el contenido del derecho informático. Entonces, en la irrupción de nuevos contratos que tienen a la informática como objeto de las relaciones contractuales, requieren, por algunas características fundamentales, en primer lugar el objeto de alta complejidad de los contratos informáticos; en segundo lugar, las características de alta concentración del mercado internacional de tecnología informática. Pero, básicamente, algo que hace más de veinte años detectó la jurisprudencia francesa y que después fue receptorado por los tribunales de nuestro país, fue un importante desequilibrio entre el proveedor y el usuario de bienes y servicios informáticos. Un desequilibrio diferente a aquel que nos preocupa cuando analizamos cualquier relación contractual, donde lo que nos preocupa es el desequilibrio económico; es decir, cómo restablecemos el equilibrio en aquel contrato ante la gran corporación o cuando el Estado contrata con el individuo. Pero en nuestro país, como en el mundo, el primer consumidor de bienes y servicios informáticos es el Estado. En consecuencia, pareciera —dijo la jurisprudencia francesa— que ahí no estaba el problema del desequilibrio, sino que el desequilibrio estaba asentado fundamentalmente en el diferente conocimiento y dominio de la tecnología que tiene el proveedor de bienes y servicios informáticos y el usuario. Y por eso la teoría general del contrato informático ha incorporado un conjunto

de nuevos institutos, el moderno concepto de entrega y contratación informática, el test de aceptación, las obligaciones específicas de la contratación informática que hacen o permiten la irrupción de una moderna tipología contractual.

Otro ámbito del contenido del derecho informático es la problemática de la protección del software. En esto ha habido una larga historia, un largo debate entre aquellos que sostenían que las leyes tradicionales de derecho de autor resolvían adecuadamente el problema de la protección del software y aquellos que sosteníamos que, en realidad, las características operativas y funcionales del software, que no se parecen ni a una obra literaria, ni artística, ni científica, sino que tiene características propias, indicaban la necesidad de dar una respuesta desde el ámbito jurídico efectivo. Es decir, si le diéramos al software la protección de cincuenta años posteriores a la muerte del autor, como le otorga nuestra Ley 11723, cuando en realidad la obsolescencia del software hoy se calcula en tres años, eso ya nos dice que algo nuevo tiene que decir el derecho en estas cuestiones.

Y otro aspecto fundamental es que, si bien es necesaria la adecuada protección del productor de un programa de computación, también es importante tener en cuenta que en la solución jurídica que se adopta en la materia tiene que existir un razonable equilibrio entre el interés privado del productor y el interés público de la sociedad, el interés público del Estado, que es acceder a las nuevas tecnologías y crecer, entonces, con el acceso a las nuevas tecnologías.

El régimen jurídico de los bancos de datos. Hoy, en el estado de la sociedad en que vivimos, los bancos de datos se han ido transformando en el segmento más importante del patrimonio de las organizaciones modernas. Entonces, si aseguramos nuestra oficina contra incendios y nuestros autos contra robos y cualquier otro tipo de daño aparente, algo tenemos que hacer con eso que se ha transformado en un segmento cada vez más importante –insisto– del patrimonio de las organizaciones modernas. Irrumpió, entonces, un régimen jurídico propio de los bancos de datos que adopta cuestiones de la propiedad intelectual con el fraude, la seguridad y la confidencialidad de los datos, la protección en general de los bancos de datos y su diseño, etc.

El problema del delito informático. ¿Qué pasa con el impacto de la informática en la sociedad? Pasa que se produce el acaecimiento de nuevas conductas disvaliosas que utilizan la informática como objeto, como medio para la comisión de esa conducta, pero que compatibilizadas con algunos principios razonables de la dogmática penal, que nos dice que no hay delito sin pena o que impiden la aplicación analógica de una pena establecida para un tipo penal determinado a una conducta muy, muy parecida, pero que no responda específicamente al tipo penal implica la necesidad de dar respuesta desde el ámbito del derecho y desde el ámbito del derecho penal a esta nueva problemática y poder transformar, como se ha hecho en definitiva con algunas conductas en nuestro país, esas conductas disvaliosas detectadas en delitos, y ustedes ven que siempre nos manejamos con la misma metodología de investigación: conocimiento del fenómeno, detección de los nuevos problemas e interrogantes y elaboración de respuestas adecuadas desde el ámbito del derecho.

La irrupción de Internet y el comercio electrónico, y entonces los problemas del momento de perfeccionamiento de los contratos, del lugar de celebración, de la ley aplicable y el juez competente, implican la necesidad de elaborar también respuestas adecuadas desde el ámbito del derecho informático. La irrupción de nuevos tipos documentales, el denominado “documento electrónico”, y de nuevas formas de identificación del emisor de una declaración de voluntad implican que en este nuevo ámbito hay que trabajar en la



recepción de toda esta problemática y en la elaboración de un nuevo derecho que responda a las necesidades de nuestro tiempo.

El panel nos hizo reflexionar mucho sobre la problemática de la protección del dato personal. En realidad, ¿qué pasa con el impacto de la informática en la sociedad? Pasa que permite concentrar en un banco de datos estos enormes volúmenes de información de carácter personal y permite, además, recuperar rápida y eficientemente esta información. Pero además, este casamiento producido entre la informática y las telecomunicaciones, que ha permitido comunicar telemáticamente bancos de datos ubicados inclusive en jurisdicciones nacionales diferentes, ha implicado, efectivamente, en el marco del impacto explosivo de la informática en la sociedad, una nueva problemática, que es la problemática de la protección del individuo justamente en este nuevo marco.

Un doctrinario belga, Ives Poulet, llegó a sostener que debíamos marchar a acuñar un moderno concepto del derecho a la intimidad; que el viejo concepto del derecho a la intimidad con el que todos nos manejamos, efectivamente, no podía responder a las nuevas realidades que implicaba ese impacto de la informática en la sociedad. Y la primera norma de carácter supranacional, que fue la Convención Europea del 81, justamente sale a responder a una realidad en Europa, que es el traslado de información de carácter personal entre los Estados europeos vinculado a la información de carácter laboral, es decir, la gente iba de un país a otro en función del acuerdo de la Unión Europea y el control de esos datos de carácter personal vinculados a la realidad laboral de los trabajadores implicó la necesidad de sancionar esta convención europea, que planteaba básicamente tres cosas a las que ya nos hemos referido en conjunto en esta cuestión. En primer lugar, por primera vez elaboró principios rectores de la protección del dato personal. Es la primera norma, por lo menos que yo conozco, que establece principios rectores específicos.

En segundo lugar, le dijo a los Estados europeos que deberían estructurar organismos rectores de la política de protección de datos personales, y es cierto lo que se dijo aquí en las tres intervenciones: en realidad, debió nuestra ley estructurar un organismo de aplicación que exceda el marco de una dirección de un ministerio específico, teniendo en cuenta que el gran —no quiero decir manipulador— gestor de bancos de datos de carácter personal es el Estado y que, en consecuencia, los organismos de control de protección de datos personales deberían estar en condiciones de resolver el control del Estado. Esto no es tan simple, porque si bien Francia tiene su Comisión Nacional de Informática y Libertades, que es un órgano independiente, que está constituida por miembros del Consejo de Estado francés, nunca en Francia la Comisión Nacional de Informática y Libertades logró abrir el archivo de la Gendarmería.

Quiere decir que este es un problema complejo que se resuelve jurídicamente y se resuelve también con decisión política.

A partir de la Convención Europea del 81, se sancionan un conjunto de leyes europeas a las que Marcela se ha referido. España y Portugal elevan al más alto rango normativo la problemática del *habeas data* y después Brasil en América Latina. Yo quería agregar lo que nosotros denominamos el proceso del constitucionalismo provincial argentino de la década del 80. Recuperada la democracia, se produce un conjunto de reformas constitucionales en un conjunto de provincias argentinas y, respondiendo a esta necesidad, todas estas reformas constitucionales elevan al más alto rango normativo la problemática del *habeas data*. Finalmente, el artículo 43, tercera parte con las características que aquí ya fueron expuestas, incorpora al más alto rango normativo de nuestro país la problemática de la protección del dato personal.

Fíjense que la Ley 25326, en realidad, recoge la estructura de aquella vieja Convención Europea del 81, porque incorpora los principios rectores de la protección del dato personal, crea un órgano de gestión de la protección de datos personales con las limitaciones a las que nos referíamos. Incluso incorpora, como también lo proponía la Convención Europea del 81, tres tipos penales nuevos estableciendo sanciones de carácter penal para el gestor de un banco de datos de carácter personal que en la gestión de ese banco de datos violase los principios establecidos en la norma.

Termino con esto. Toda la problemática de la protección del dato personal y todas las normativas orientadas a la protección de los datos personales, desde la normativa constitucional hasta su reglamentación a partir de la ley y el decreto reglamentario, están orientadas a proteger al individuo. Eso está claro. A proteger al individuo en este nuevo marco de impacto de la informática en la sociedad. Pero también es cierto, y quería simplemente dejar esta idea, que la sanción del artículo 43, tercera parte y de la ley de *habeas data* y su reglamentación, plantea para todas aquellas organizaciones públicas y privadas que gestionan datos de carácter personal, una nueva problemática.

En primer lugar, plantea cuatro nuevos niveles de responsabilidad: la responsabilidad patrimonial administrativa, multas; la responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios causados a terceros, la aplicación del derecho de daño; en tercer lugar, la responsabilidad en cascada, porque la ley establece la responsabilidad solidaria e ilimitada del gestor de un banco de datos de carácter personal con los cesionarios de esa información; y, en cuarto lugar, la aplicación de normas de carácter penal, a las que nos referíamos antes, para aquel gestor de un banco de datos de carácter personal que viole la normativa establecida en la ley. Quiere decir que si hay cuatro niveles de responsabilidad, si la ley establece la obligación de adecuar la operatoria de los bancos de datos a los requerimientos de la ley, algo tendrán que hacer los gestores de bancos de datos de carácter personal, y el control que tienen que hacer de eso es adecuar la operatoria de los bancos de datos a los requerimientos de la ley, que también es función de esta Dirección Nacional de Protección de Datos. Gracias.



CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, ART. 75, INC. 22.

REALIZACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Intervención de Víctor Bazán

Nota del Editor: Esta intervención ha sido reemplazada a pedido expreso del Dr. Víctor Bazán por la ponencia incorporada a continuación.

PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y TEST DE CONVENCIONALIDAD

I. Introducción

En general, y entre otros tópicos relacionados, se examinará la importancia y los retos que afronta el “control de convencionalidad” a cargo de los magistrados nacionales (y demás autoridades públicas), que consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH) y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

Para desandar parte del camino propuesto, retrataremos diversos aspectos complejos de la cuestión central que se aborda.

En esa dirección, contextuaremos el control de convencionalidad; formularemos un deslinde conceptual del mismo; reseñaremos sucintamente la evolución de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH a su respecto; indagaremos sobre su objetivo genérico, el parámetro para efectuarlo y su ámbito de cobertura.

A su tiempo, nos detendremos en la praxis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), para indagar cómo ha sido receptado el test de convencionalidad en dicho Tribunal. Posteriormente, y antes de ingresar a las valoraciones conclusivas de este ensayo, nos ocuparemos de la relevancia de trazar líneas de cooperación entre los tribunales internos y la Corte IDH y de intensificar un “diálogo jurisprudencial” entre ambas jurisdicciones, en orden a que las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la CADH y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales.

Ello así, para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de acrecimiento de las dificultades en el empleo práctico del control de convencionalidad.

Evidentemente, toda esta rica y polifacética problemática representa una de las imágenes asociadas al fuerte crecimiento de los espacios de interacción del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, ante el protagonismo que cobran los *tribunales de cierre de la justicia constitucional*¹ en cada Estado Parte del sistema interamericano y su relacionamiento con la *Corte IDH*, en tanto copartícipes jurisdiccionales de un objetivo convergente, tan amplio como sensible y trascendente: *las cabales protección y realización de los derechos en el área interamericana*. Como tendremos ocasión de verificar, la aconsejable colaboración entre ambas instancias (interna e interamericana) no apunta a una relación jerárquica entre ellos, sino a una coexistencia coordinada en la hermenéutica *pro persona* de los derechos esenciales.

II. Contextualización

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no sólo declamado del sistema de derechos y garantías.

En tal escenario subyace la circunstancia que marca que la medular cuestión de los derechos humanos es una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional; esto es, que hace mucho tiempo ha dejado de ser una problemática exclusiva de los Estados.

Ciertamente, no se nos escapa que la jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, vinculada al carácter subsidiario de la dimensión interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

1. Bajo tal expresión involucramos a las Cortes Supremas de Justicia (v.gr., México, Argentina), las Salas Constitucionales localizadas en Cortes o Tribunales Supremos de Justicia (por ejemplo, Costa Rica, Venezuela, Paraguay) y los Tribunales o Cortes Constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Perú, República Dominicana), ya sea que estén enmarcados en el ámbito del poder, función o rama judiciales o que hayan sido diseñados como órganos constitucionales extra-poderes o entes constitucionales autónomos.



Es que, justamente, el desiderátum indica que los Estados deben constituirse en el primer ámbito de tutela cabal de tales derechos, pues como afirma Pérez Tremps "... no es bueno que la protección internacional actúe como sustitutivo de la interna; su función es completar ésta y fomentar su mayor eficacia"².

Convergentemente, García Ramírez resalta que *la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional*³.

No puede ocultarse que la consolidación de una convergencia sustentable de ambas instancias jurisdiccionales se presenta como una necesidad de primer orden y se convierte en uno de los desafíos centrales a los que se enfrenta la protección integral de los derechos fundamentales, sobre todo, en un momento como el actual, en el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos está inmersa, al menos desde el plano discursivo, en un modelo de justicia internacional de derechos humanos.

En el espacio de interacción jurisdiccional que mencionábamos, vale tener presente que tanto en la etapa inicial de un proceso en el que se investigue la eventual violación de derechos humanos, cuanto —en su caso— en la fase de ejecución de una sentencia de condena internacional de la Corte IDH⁴, la intervención de los órganos competentes nacionales resulta ineludible.

Como es de sobra conocido, en principio constituye recaudo esencial para franquear el acceso inicial al sistema interamericano⁵, el ya señalado agotamiento previo de los recursos internos (ante la existencia de una violación de derechos humanos no resuelta, o no reparada integralmente, en el espacio nacional) y, análogamente, luego de un pronunciamiento de condena de un Estado por la Corte IDH que aquél no cumpla en tiempo y forma, sobrevendrá para la víctima, sus familiares o representantes legales, la posibilidad de ejecutar ese decisorio ante los tribunales internos del demandado remiso. Ello, sin perjuicio de las facultades de supervisión que ostenta el Tribunal Interamericano en esta última etapa de exigencia compulsiva de la operativización de los decisorios.

Se torna, así, irrecusable asumir la imprescindibilidad de los derechos humanos en el Estado Constitucional y Convencional y el sistema protectorio internacional. Asimilar tal premisa es un punto de partida básico en todo proceso hermenéutico que los aborde, desde que no puede pasarse por alto que algunos importantes ribetes del derecho internacional de los derechos humanos hacen parte del *ius cogens*, delineado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶ (CVDT), de 1969, en los artículos 53 y 64.

2. Pablo Pérez Tremps, "Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales", *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 10, Universidad de Extremadura, 1992, p. 81.

3. Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158; voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

4. Cfr. art. 68.2 de la CADH.

5. Cfr. art. 46.1. 'a' de la CADH.

Fuera del sistema interamericano, también, por ejemplo, en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2.b).

6. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

La primera de dichas cláusulas lo conceptúa⁷ determinando que “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por su parte, la segunda enfoca lo que se ha denominado el *ius cogens superviniente*, al disponer que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Desde una perspectiva genérica, es posible observar que tanto el art. 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia de la ONU (que sucedió a aquel Tribunal Permanente), han establecido la aplicación *–inter alia–* de “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (concepto que hoy debe leerse a la luz del postulado de igualdad soberana de los Estados), y que *–en definitiva–* son los aceptados *in foro domestico* por los diferentes sistemas jurídicos internos⁸.

Como se sabe, los principios estructurales y los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento internacional hacen parte del núcleo indiscutido del *ius cogens*, es decir, de las normas imperativas, generando obligaciones *erga omnes* y los correspondientes derechos también *erga omnes* para asegurar su respeto⁹.

Si bien en un principio el *ius cogens* estuvo asociado al derecho de los tratados, con el correr del tiempo fue expandiendo su radio de cobertura para alcanzar al derecho internacional general y abarcar todos los actos jurídicos, manifestándose en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados e incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional¹⁰.

Específicamente en lo que atañe al plano tutelar de los derechos humanos en el área interamericana, la Corte IDH ha contribuido al proceso de evolución del contenido material del *ius cogens*. La aserción puede corroborarse por ejemplo cuando argumenta que aquél cobija al principio de *igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación; a la proscripción de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes; y al derecho de acceso a la justicia* en los ámbitos nacional e internacional.

En definitiva, los principios de *ius cogens* son postulados aceptados por las naciones en el ámbito interno. Consiguientemente, todos los Estados que integran la comunidad internacional deben cumplir tales pautas y las normas de derecho convencional y consuetudinario que se establezcan sobre la base de aquéllas, ya que los principios reconocidos por las «naciones civilizadas» son obligatorios para todos los Estados *incluso fuera de todo vínculo convencional*.

7. Establece además, en su parte inicial, que “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

8. Ver Alejandro J. Rodríguez Carrión, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., 2ª reimpres., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 154-155.

9. Cfr. *mutatis mutandis*, Julio González Campos, Luis Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. revis., Thomson - Civitas, Navarra, 2008, pp. 148-151.

10. *Vid.* Corte IDH, Opinión Consultiva O.C. -18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, párrs. 98 y 99.



Todo ello explica por qué debe dirigirse la mirada hacia la interacción de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos, que se mueve al compás de una lógica compleja y que en no pocas ocasiones origina una urdimbre de relaciones tensionales.

III. Algunos perfiles del control de convencionalidad

1. Ámbito de análisis

Previamente, corresponde enunciar ciertos elementos jurídica y axiológicamente significativos para contextualizar el tema específico del control de convencionalidad, que se muestran asociados a los factores relevados en el apartado anterior.

Aludimos al notable nivel de desarrollo que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho local y la valía que cobran los informes, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (principalmente de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión IDH) y jurisprudencia (en el de la Corte IDH) *deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales (y de las autoridades administrativas) dispensadas en los escenarios judiciales locales*.

Es claro que para justificar el incumplimiento de las obligaciones surgentes de los instrumentos internacionales que los Estados suscriban o las sentencias de condena de la Corte IDH, no valen excusas cimentadas en el vacío argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que, además de que dicho concepto ha quedado superado desde hace mucho tiempo (e incluso el propio Bodino¹¹ reconocía como límite al “derecho de gentes”), basta recordar a los Estados renuentes que es precisamente por conducto de un acto de *soberanía* que han firmado, aprobado y ratificado o adherido (según corresponda) a los instrumentos internacionales y aceptado la jurisdicción contenciosa de aquel Tribunal Interamericano. Huelga afirmar que la doctrina de los propios actos o *estoppel* (además de los principios

11. El citado teórico francés reconoció expresamente que el *poder soberano está vinculado por el Derecho divino, natural y de gentes*; y nunca pretendió que el Estado sea el ordenamiento jurídico supremo, limitándose sólo a sostener que constituye la *potestas* suprema, es decir, la instancia temporal suprema con relación a sus súbditos y ciudadanos.

Al respecto, Carpizo expresa que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la República*, de Juan Bodino, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, Carpizo advierte que Bodino tuvo en claro que “el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el Derecho internacional (inter-gentes)” (Jorge Carpizo, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Nueva Época, N° 28, julio-agosto de 1982, Madrid, pp. 196-198).

Por su parte, Flores Olea ha indicado que “la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque *los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al Derecho de gentes*. Bodino distingue, nitidamente, entre *Derecho y Ley*, entre *principio y precepto*, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la Ley, aunque *sí al Derecho divino, natural y de gentes*” –cursivas del original– (Víctor Flores Olea, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México [en adelante, UNAM], México D.F., 1969, pp. 64-65; aludido por Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 197 y nota 4 a pie de página).

fundamentales surgentes de los arts. 26, 27 y 31.1 de la citada CVDT) se encargaría de desvirtuar radicalmente semejante intento argumentativo¹².

En resumen, la importancia de las líneas interpretativas marcadas por la Corte IDH excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que -como adelantábamos- impone el Estado Constitucional y Convencional en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano.

2. Aproximación conceptual

García Ramírez ensaya una descripción bastante acertada del control de convencionalidad, sosteniendo que se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos (que constan, explícita o implícitamente, en los documentos fundacionales del sistema: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la CADH, además de otros instrumentos con semejante contenido); normas comunes (el *corpus iuris* americano de los derechos humanos) y una instancia supranacional con poder de interpretación vinculante (la Corte IDH, sin olvido de la Comisión IDH, “cuya misión orientadora no participa del carácter inequívocamente vinculante que tienen las determinaciones jurisdiccionales del tribunal”)¹³.

Por lo demás, recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos contornos de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes, según veremos a continuación.

A) Ámbito internacional

Una de las modalidades se desarrolla en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque sólo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Tal tarea consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v.gr.– la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.

Igualmente procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (Art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad (asunto que retomaremos).

B) Contexto interno

La restante tipología se despliega en *sede nacional*, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos,

12. Ver para ampliar el libro de Víctor Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México D.F., 2003, *passim*.

13. Cfr. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Eduardo Ferrer MacGregor y Alfonso Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y UNAM, Tirant lo Blanch, México, D.F., 2013, p. 771.



a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos básicos.

En resumen, se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus iuris*¹⁴ capital en materia de derechos humanos acerca del cual aquél ejerce competencia material.

Desde este ángulo, el control de convencionalidad es un dispositivo que en principio y siempre que sea adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.

Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurídicos *conozcan* el citado bloque de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios de *chauvinismo normativo* a la hora de concretarlo.

3. La visión de la doctrina de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad

Realizadas las precedentes referencias descriptivas, recrearemos –por supuesto, no taxativamente– la secuencia que el uso *expressis verbis* de la locución «control de convencionalidad» ha tenido en el seno de la Corte Interamericana y de la magnitud preceptiva que paulatinamente se ha ido asignando a tal modalidad fiscalizatoria.

A) Todo indica que fue el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*¹⁵, quien en el marco de ese Tribunal supraestatal utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte.

Aunque es preciso consignar que el citado ex magistrado centraliza el contenido semántico de aquella locución en el ámbito de despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe *-mutatis mutandis-* como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional.

Retomando el hilo secuencial de las referencias que el nombrado jurista realiza al “control de convencionalidad”, ya con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el caso *Tibi vs. Ecuador*¹⁶, explicó que el Tribunal Interamericano *analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad*

14. Se ha señalado que la expresión “*corpus iuris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional (ver Daniel O’Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2ª ed., Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 57).

15. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101, párr. 27.

16. Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114.

de tales actos, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En un voto razonado elaborado en el caso *López Álvarez vs. Honduras*¹⁷, y al analizar la duración razonable del proceso penal, García Ramírez indicó que la Corte IDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención —es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”—, debe explorar las circunstancias de *iure* y *de facto* del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el voto razonado pronunciado en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*¹⁸ (resuelto el mismo día que el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del que nos ocuparemos infra), el varias veces citado ex magistrado del Tribunal Interamericano precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos —leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo— con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

B) Vale recordar que la Corte IDH, ya utilizando plenariamente la expresión “control de convencionalidad”, ha transmitido una señal a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH, en lo tocante a la faceta del examen de convencionalidad practicable en sede interna. Se trata del anunciado caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el que se ha pronunciado en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*¹⁹ (remarcado añadido).

17. Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

18. Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155.

19. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

También lo ha expresado, v.gr., en el Caso *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.



C) Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, puso de manifiesto que “... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes ...”²⁰; tópico que retomaremos.

D) Por su parte, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. En tal sentido, precisó que: “*Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” -cursivas nuestras- (párr. 225)²¹.

E) Respecto del panorama someramente descrito es útil traer a colación otro ingrediente importante, aunque controversial. En efecto, por medio de la sentencia de 24 de febrero de 2011 dictada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que “... particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, *en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ ..., que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*” -énfasis añadido- (párr. 239)²². En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado *expressis verbis* en la obligación de realizar la fiscalización convencional a *cualquier autoridad pública*.

F) A su tiempo, en un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los casos *López Mendoza vs. Venezuela*²³ y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*²⁴ que, *con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia*.

G) De su lado, en los casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y *Gelman vs. Uruguay*, resolución esta última de 20 de marzo de 2013 en el marco del proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia antes referenciada, la Corte puntualizó que es “*obligación*

20. Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, cit. en nota 3, párr. 128.

21. Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

22. Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

23. Corte IDH, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

24. Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.

propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así, “sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”²⁵ (énfasis agregado).

H) Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de *destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno y la ampliación del alcance material de tal test de compatibilidad convencional*, se observan hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) *el Poder Judicial debe realizar una «especie» de control de convencionalidad (caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile);*
- ii) *los órganos del Poder Judicial deben desarrollar no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio (caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú);*
- iii) *el test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México);*
- iv) *cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial deben llevar adelante la fiscalización convencional (caso Gelman vs. Uruguay);*
- v) *se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH (casos López Mendoza vs. Venezuela y Atala Riffo y Niñas vs. Chile); y*
- vi) *existe la obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales) de realizar lo que figurativamente nos permitimos llamar un control de convencionalidad preventivo teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, en caso de que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, esta última llevará a cabo un control complementario de convencionalidad (casos Masacre de Santo Domingo vs. Colombia y Gelman vs. Uruguay, tratándose en este último asunto de una resolución de 20 de marzo de 2013, en el contexto del proceso de supervisión del cumplimiento de la sentencia de fondo).*

4. Objetivo genérico

En la dinámica interactiva de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se vincula con el establecimiento por ésta de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquéllos para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que

25. Corte IDH, Caso de la *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259, párr. 144; y Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.



éste incurra en responsabilidad internacional, además de concurrir razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Puede resultar ilustrativo traer aquí la justificación que de ello proporciona García Ramírez (en su voto razonado en el mencionado caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional –lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos–, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares”²⁶.

Añadió que “[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”²⁷.

5. Sobre el parámetro de convencionalidad

El material de cotejo para desarrollar el contralor de convencionalidad no se agota en el Pacto de San José de Costa Rica, sino que puede involucrar también a los restantes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos, y de la interpretación que de ese plexo jurídico haya elaborado la Corte IDH.

En otras palabras, alcanza a los documentos internacionales respecto de los cuales este último Tribunal ejerce competencia material.

En torno al tema, en su voto razonado emitido en el varias veces nombrado caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, el entonces magistrado García Ramírez puntualizó que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

En tal sentido, en la Opinión Consultiva O.C.-16/99²⁸, específicamente en el párr. 115, el Tribunal Interamericano sostuvo: “El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y

26. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, cit. en nota 3, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

27. Ídem.

28. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-16/99, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1 de octubre de 1999, Serie A, N° 16.

efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones ...”.

Para comenzar a cerrar esta esquemática reseña, se aprecia en línea convergente que en la Opinión Consultiva O.C.-17/2002²⁹, el Tribunal Interamericano manifestó que “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, *tanto el ‘corpus iuris’ de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática ...*” –énfasis agregado– (párr. 92); más allá de lo referido en los párrs. 26 y 27.

Ciertamente, resultan muy significativas las apreciaciones vertidas por el ex juez Cançado Trindade en su voto concurrente a la citada O.C.-17/2002, por ejemplo, en los párrs. 18, 31 y 50; además de los párrs. 37, 53 y 54, estos tres últimos específicamente sobre “el *corpus iuris* de los derechos del niño”.

6. Radio de cobertura

Comenzamos esta breve aproximación con un interrogante: las Constituciones Nacionales, ¿son susceptibles de control de convencionalidad?

La respuesta afirmativa se impone, aunque debe admitirse que la cuestión no está exenta de dificultades operativas en su aplicación práctica.

Necesariamente debemos acudir –una vez más– al art. 27 de la CVDT, que proscribe al Estado alegar su *derecho interno* para dejar de cumplir una obligación de carácter internacional. Y en tal expresión “derecho interno” naturalmente queda comprendida la Constitución del Estado.

En ese sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva O.C.-4/84 de 11 de enero de 1984³⁰, consideró que el término “leyes internas” sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, “es para toda la legislación nacional y para todas las *normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales*” –énfasis agregado– (párr. 14).

En el marco de este sintético acercamiento al punto, puede apreciarse que, de hecho, la Corte IDH ha ejercido en más de una ocasión control de convencionalidad sobre reglas constitucionales consideradas contrarias a la CADH. Baste como ejemplo traer a colación aquí el fallo pronunciado en el caso ‘*La Última Tentación de Cristo*’ vs. *Chile*³¹, donde decidió que el Estado debía “modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa ...” (pto. resolutivo 4). Concluyó que aquél había incurrido en responsabilidad internacional en virtud de que el art. 19, núm. 12, de la Constitución

29. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, solicitada por la Comisión IDH, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17.

30. Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-4/84, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, solicitada por Costa Rica, 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4.

31. Corte IDH, Caso ‘*La Última Tentación de Cristo*’ (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73.



establecía la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determinaba los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), violando así el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH (párr. 73).

Ya desde el perfil del control de convencionalidad de disposiciones constitucionales operable *ad intra*, habrá que analizar en el contexto del Estado en cuestión quién/es recepta/n competencia para desplegarlo y, en su caso, qué efectos tendría semejante declaración de inconvencionalidad; asuntos, todos, no precisamente sencillos ni de importancia menor. Sea como fuera, en el varias veces citado caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, la Corte IDH parece clarificar la incógnita –al menos en abstracto– al enfatizar en el también nombrado párr. 128 que “... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las *normas internas* y la Convención Americana, ...” (remarcado agregado).

Hemos subrayado *ex professo* la expresión «normas internas», por cuanto ello permite interpretar que el material de derecho vernáculo que se somete a fiscalización de compatibilidad convencional *vis-à-vis* (*inter alia*) la CADH, envuelve a las *disposiciones constitucionales* que indudablemente quedan inmersas en aquel enunciado genérico.

Por lo demás, en el nombrado párr. 128 de la sentencia, la Corte IDH no ha excluido *expressis verbis* del análisis exigido a la categoría de normas constitucionales, lo que añade algún peso adicional al intento propositivo que formulamos.

IV. El test de convencionalidad en la visión de la Corte Suprema de Justicia argentina

Para ponderar el tenor de permeabilidad del Máximo Tribunal argentino acerca del control de convencionalidad diseñado por la Corte IDH, vale traer a colación lo que resolviera en las relevantes causas *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*³², de 13 de julio de 2007; *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación*³³, de 31 de agosto de 2010, y *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios*³⁴, de 27 de noviembre de 2012.

A) *Mazzeo* y el seguimiento de los primeros trazos conceptuales de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad

Por mayoría³⁵ y para moldear su plataforma argumental en un *hard case*, aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez constitucional (*anche* convencional) de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (cfr., por ejemplo, el consid. 31 de la moción triunfante).

A efectos de dar cuerpo a tal razonamiento, reeptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el citado párr. 124 de la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde ésta mantuvo que “... el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las *normas jurídicas internas* que aplican en los casos concretos y la

32. Fallos, 330:3248.

33. Fallos, 333:1657.

34. Fallos, 335:2333.

35. Los alineamientos fueron: por la mayoría, los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el juez Fayt y en disidencia parcial lo hizo la ministra Argibay.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (remarcado añadido)³⁶.

Dicho en otros términos, en el particularmente relevante consid. 21 de la posición triunfante en *Mazzeo*, el Máximo Tribunal nacional extrapoló a su recorrido argumental las pinceladas caracterizantes del control de convencionalidad que la Corte IDH había bosquejado hasta ese momento.

B) Videla y la recepción del control de convencionalidad de oficio

Es importante destacar que en este fallo la Corte Suprema³⁷ se apoyó en la doctrina sentada por la Corte IDH en el multinombrado caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, en cuanto al deber de los *órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' ex officio* (consids. 8° y 10).

Desde hace bastante tiempo venimos defendiendo la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio³⁸. Y, obviamente desde fecha más reciente, hemos hecho lo propio respecto del control de convencionalidad *ex officio*³⁹.

La concreción oficiosa del test de convencionalidad representa una manifestación de la observancia por los jueces locales (y demás autoridades competentes) de la jurisprudencia internacional.

Puede *inter alia* explicarse —empleando *mutatis mutandis* las palabras de Jimena Quesada— “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁴⁰.

36. Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit.

37. Votaron de modo coincidente los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

38. Sobre el punto puede verse de Víctor Bazán, por ejemplo: “La Corte, la declaración de inconstitucionalidad de oficio y el sendero hacia la superación de una doctrina judicial inconsistente”, *El Derecho*, 1 de octubre de 1998, Buenos Aires, pp. 1/6; “El control judicial de constitucionalidad de oficio frente a la alegada violación del principio de separación de poderes”, en Resnik, Mario H. (coord.), *Teoría del Estado. Colección de análisis jurisprudencial*, La Ley, Buenos Aires, 2005, pp. 381/403; y “Recurso extraordinario federal y control de constitucionalidad de oficio”, *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre ‘Recurso Extraordinario Federal’, LexisNexis, Buenos Aires, 26 de marzo de 2003, pp. 2/19.

39. Sin perjuicio de algunos trabajos anteriores, ver Víctor Bazán, v. gr. en “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2011, pp. 15/44; y “Principios del recurso extraordinario federal, acceso a la Corte Suprema de Justicia y protección de los derechos fundamentales” (3ª parte), *El Derecho. ‘Serie Constitucional’*, Buenos Aires, 13 de junio de 2011, en esp. pp. 9 y 11.

40. Luis Jimena Quesada: “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Miguel Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542. Para su afirmación, aquel autor busca apoyo en Benedetto Conforti (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, *op. cit.*, pp. 542-543 y nota 96 a pie de página).



Precisamente basándose en el citado principio *iura novit curia*, la Corte IDH abre el espacio para una interpretación extensiva en ese sentido, pues al desarrollar su actividad jurisdiccional en casos contenciosos no se autolimita a las alegaciones que expresamente se hubieran plasmado en el libelo de demanda y otras presentaciones ante el Tribunal. Por el contrario, ha reivindicado con firmeza su competencia, a la luz de la CADH y sobre la plataforma del mencionado principio (el que, según afirma, se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional) “para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella...”⁴¹.

Siendo así, y si los jueces nacionales tienen el *deber* de realizar el control de convencionalidad al aplicar la normativa interna a los casos concretos que resuelvan, pocas alternativas quedan para obturar discursivamente la posibilidad de que aquéllos lo hagan *ex officio*, esto es, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado.

La declaración de anticonvencionalidad *es una cuestión de derecho y no de hecho*, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al *derecho aplicable* para dirimir la contienda.

Tampoco implica que el juez falle *extra petita* ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso y, para dilucidar la *litis*, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes⁴².

C) Rodríguez Pereyra

Entre otros puntos de interés que ofrece esta sentencia, en ella se zanja definitivamente la viabilidad del control de constitucionalidad de oficio, para lo cual se sustenta en la obligación de llevar adelante el control de convencionalidad *ex officio*.

Es que, tal como la mayoría⁴³ del Tribunal razonó en el consid. 12, párr. 3º, la jurisprudencia de la Corte IDH no deja lugar a dudas en cuanto a que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado⁴⁴. De tal manera, resultaría

41. Cfr., entre numerosos precedentes, Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5, párr. 172; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párr. 54; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, párr. 186; y *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 61.

42. Para redactar este párrafo, tomamos en parte y *mutatis mutandis*, lo expresado respecto del control de constitucionalidad de oficio por Germán J. Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 155.

43. La mayoría estuvo integrada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; por su voto se pronunció el juez Fayt; y en disidencia lo hizo el ministro Petracchi.

44. La Corte Suprema se encarga de recordar que la exigencia del control de convencionalidad *ex officio*, además de otros casos anteriores, fue reiterada por el Tribunal Interamericano en un asunto contra nuestro país (consider. 12, párr. 2º, de la mayoría). Se refiere al Caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 238, párr. 93.

... un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango (énfasis agregado).

D) Síntesis del criterio moldeado hasta el presente

En resumen, las sentencias reseñadas testimonian cómo la Corte Suprema argentina ha sido pionera en Latinoamérica al acoger ya desde 2007 el deber paulatinamente cimentado por la Corte IDH (a partir de septiembre de 2006) en torno al control de convencionalidad. Así, en *Mazzeo* denota el acatamiento de los primeros rasgos bosquejados por el Tribunal Interamericano en la materia; mientras que en *Videla* patentiza la absorción e internalización de instrucciones más definidas y demandantes de aquél, como la referida al ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional, ratificando tal temperamento en *Rodríguez Pereyra*.

V. Hacia un diálogo interjurisdiccional crítico⁴⁵

1. El problema

A modo de preludio teórico, entre las distintas variantes taxonómicas de “diálogo”, pueden aquí mencionarse la *vertical*, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la *horizontal*, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental⁴⁶.

Si bien esta segunda modalidad es muy importante, pues permite una suerte de intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí; aquí nos centraremos particularmente en las posibilidades de interlocución entre estos órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que esta modalidad de diálogo también debería involucrar a otros órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En definitiva, y aun cuando para algunos tal vez sea difícil aceptar un enfoque planteado en términos de «diálogo» (pues para ellos no podría haberlo si existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos *dialogantes*), nos concentraremos en aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un '*rapport*' *jurisprudencial crítico, tangible y efectivo*.

45. Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63/104.

46. Empleamos *mutatis mutandis* la presentación de Giuseppe de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 10.



Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la Justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

Aplicando *mutatis mutandis* a este marco de discusión las palabras de Jimena Quesada, podría concluirse que el diálogo interjurisdiccional que planteamos constituye un desafío que “se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad”⁴⁷.

A su tiempo, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede reducirse exclusivamente a un juego unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas), sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”⁴⁸.

Corresponde, por tanto, propiciar una suerte de “fertilización cruzada” (*crossfertilization*)⁴⁹ de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

Acertadamente se ha indicado que “[n]o es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos -cada vez más numerosos y aleccionadores- sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial”⁵⁰ (énfasis del original).

47. Luis Jimena Quesada, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41/74.

48. Góngora Mera, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 429.

49. Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo *mutatis mutandis* de lo explicado por Giuseppe de Vergottini, *op. cit.* en llamada 46, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

50. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, *op. cit.* en nota 13, p. 772.

2. Sobre el “margen de apreciación nacional”

A) Estimamos conveniente realizar siquiera una somera incursión al tema que indica el título de este apartado, para intentar dilucidar si recurrir a dicha doctrina en nuestro espacio regional puede o no operar como un elemento útil para aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre las dimensiones jurisdiccionales internacional e interna.

B) En primer lugar, vale advertir que la citada tesis ha mostrado (y sigue exhibiendo) una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), asentado en Estrasburgo. Sin embargo, su receptividad en la praxis interamericana ha sido muy discreta⁵¹.

Desde la perspectiva que al respecto ofrece García Roca, la citada zona apreciativa responde a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona”⁵².

Por su parte, Sáiz-Arnáiz ha sintetizado su percepción sobre el tópico en cuestión en el contexto del TEDH, sosteniendo que tal doctrina es *necesaria* ante la gran diversidad cultural de los 47 Estados Partes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que empieza en las Islas Azores y termina en Vladivostok. Sin embargo, sostiene que es *un criterio muy difícil de objetivar* y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal estrasburguense en ocasiones lo ha aplicado de manera *caprichosa*. Alega, además, que el TEDH debería buscar un equilibrio por medio de la configuración de un *estándar común mínimo*⁵³.

Bustos Gisbert ha indicado que *la doctrina del margen de apreciación nacional* es típica de los escenarios de pluralismo constitucional y una de las fórmulas para permitir soluciones no incompatibles en lo referente a la garantía de los derechos. Desde su punto de vista,

... consiste no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien el de una protección *suficiente*. En estos casos lo que el tribunal realiza es una labor de *supervisión* de la protección otorgada al derecho marcando sólo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento. En ocasiones el margen de apreciación puede combinarse con el criterio de deferencia dando lugar a una suerte de deferencia *impura* en el que un tribunal no supervisa, sino que establece algunos criterios básicos para la solución del conflicto, dejando un amplio margen de interpretación de los mismos en el caso por parte de las autoridades judiciales que resuelven definitivamente el asunto de fondo⁵⁴ (el remarcado consta en el original).

51. Fue empleada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva O.C.-4/84, cit.; ver por ejemplo los párrs. 58 y 62.

52. García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 1517.

53. Alejandro Sáiz-Arnáiz, en su disertación de 18 de noviembre de 2011 en el panel “Experiencias del control de convencionalidad y retos procesales”, en el marco del “XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina”, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19 de noviembre de 2011.

54. Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, op. cit. en nota 13, p. 207.



C) Si por nuestra parte debiéramos describir en breves notas el instituto aludido, podríamos decir que se trata de una doctrina compleja, con contornos imprecisos (¿impredecibles?), cuya utilización ha sido voluble, pero que está destinada a no desaparecer nunca del todo, pues al TEDH le resulta funcional y útil acudir a ella para trazar las líneas argumentales de sus decisiones en casos con perfiles jurídica, política, institucional y/o socialmente dilemáticos o “inhóspitos”. Ciertamente, un eventual empleo más intenso de semejante “margen de apreciación nacional” en el ámbito interamericano habría de ser prudente para evitar que se volatilice la esencia tutelar de los derechos humanos.

El tema no está exento de dificultades operativas por los riesgos latentes de inseguridad jurídica e inestabilidad que aquella doctrina podría traer consigo. Además, y en su caso, debería exigirse a su respecto un empleo cauteloso para sortear el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos esenciales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En ese sentido, dejar librado al “margen de apreciación nacional” conceptos tan complejamente difusos como los de “orden público”, “bien común” y “seguridad nacional” (sólo por citar un puñado de ellos), que operan en áreas de suma sensibilidad como las de la defensa de los derechos humanos y la consolidación de la democracia y el Estado Constitucional, podría resultar altamente riesgoso, fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren claudicantes y permeables a las presiones del poder político-partidario. Lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea *un margen de apreciación y no un reservorio de arbitrariedad*, aunque en cualquier caso deberemos rendirnos ante la evidencia de que se trata de una noción “resbaladiza”.

Dicho de otra manera, en abstracto (y no sin reservas) acaso podría ser una herramienta apta -como actitud deferente hacia el Estado- sólo en la medida que sea empleada medida y razonablemente.

Conectando el tema del margen de apreciación con el del control de convencionalidad, García Ramírez ha sostenido que

*... el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis ... de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación -nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso *sub judice*- se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante. Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance *erga omnes*. Es decir, puede fijar criterios provisionales, *inter partes*, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconvencionalidad” ... que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales⁵⁵ (destacado nuestro).*

55. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, op. cit. en nota 13, p. 772.

VI. Recapitulación

1. La creciente intensidad con que se desenvuelve la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes en aras de solidificar el sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

Con ello, el Estado sortearía el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión y, lo que es mucho más importante, se prevendrían o remediarían en sede interna las violaciones a los derechos fundamentales.

2. La Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –*inter alia*– en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto traza la Corte IDH, dan forma a un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos fundamentales, expresión directa de la dignidad de la persona*.

En esa línea, el incremento de los espacios de conectividad del derecho procesal constitucional, el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, constituye una realidad insoslayable y de gran significación jurídica y axiológica.

3. La interrelación de los tribunales nacionales y los internacionales en materia de derechos humanos se mueve al compás de una lógica compleja, generando un haz de relaciones no siempre lineales ni pacíficas.

Precisamente, uno de los pliegues de esta trama interactiva corresponde al *control de convencionalidad*. Recogiendo los datos que proporciona la praxis del sistema interamericano, pueden reconstruirse ciertos perfiles de dicho contralor, teniendo en cuenta que éste transita por dos vertientes:

Una se desarrolla en sede *internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde hace bastante tiempo aunque sólo en época reciente se la ha identificado como «control de convencionalidad». Consiste básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en caso de ser incompatibles su modificación o abrogación. Paralelamente, tal contralor convencional deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2 de la Convención. En resumen, se concreta una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo de este instrumento internacional, o de otros respecto de los cuales la Corte IDH ejerce competencia material.

La restante se desenvuelve en el contexto *nacional*, está a cargo de los magistrados locales y otras autoridades públicas (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraza en el deber de éstos de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas internas que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial.

4. Como se ha puntualizado, el control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional o supranacional. En ese sentido, constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio



del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico-jurídico⁵⁶.

5. En línea con lo inmediatamente anterior, una de las ideas medulares que pretendemos rescatar a modo recapitulativo es la importancia de que la dimensión objetiva de las sentencias internacionales (en nuestro caso, principalmente de la Corte IDH) tenga eco en los órganos jurisdiccionales nacionales. Dicho de otro modo, que se haga foco en el impacto jurisdiccional que esos fallos proyectan con carácter general en el contexto interno, impregnando toda la labor de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales⁵⁷.

Aunque en definitiva, como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados.

El expresidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán, en su voto concurrente emitido en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, ha precisado que

... los tribunales nacionales están llamados a cumplir un papel crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos. Ciertamente no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos (párr. 30)⁵⁸. (Subrayado nuestro).

6. De la conjugación de los arts. 1.1. y 2 de la CADH surge que los Estados Partes de la misma se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y si tal ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, aquéllos se obligan a *adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.

En tal contexto, la palabra «garantizar» supone el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias, incluso a través de decisiones jurisdiccionales, en orden a remover los obstáculos que pudieran existir para que sus habitantes estén en condiciones de disfrutar de los derechos que la Convención consagra.

7. El citado principio de *adecuación normativa* supone la obligación general de cada Estado Parte de adaptar su derecho interno a las disposiciones de la CADH, en aras de garantizar los derechos en ella reconocidos, lo que significa que las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los

56. *Ibid.*, p. 770.

57. Cfr., *mutatis mutandis*, Luis Jimena Quesada: “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, *op. cit.* en nota 40, pp. 501-502 y nota 13 a pie de página.

58. Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

magistrados locales (y restantes autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber por medio del *control de convencionalidad*, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.

8. Como insistentemente ha señalado la Corte IDH, los tratados modernos sobre derechos humanos tienen un carácter especial, cuyos objeto y fin confluyen en un punto común: la *protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*, con independencia de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado cuanto a los restantes Estados contratantes. Es decir, *no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes*; por el contrario, cuando los Estados aprueban un tratado sobre derechos humanos quedan sometidos a un ordenamiento legal dentro del cual asumen diversas obligaciones en relación con los individuos bajo su jurisdicción y no frente a otros Estados⁵⁹.

9. No está de más insistir en que varias facetas del derecho internacional de los derechos humanos pertenecen al ámbito del *ius cogens*; que lo ideal es siempre bregar por la formación de una sólida cultura de respeto, protección y realización de tales derechos; y que es preciso asimilar –en paráfrasis de Higgins⁶⁰– que el derecho internacional general no son sólo reglas, *sino un sistema normativo que tiene como objetivo valores comunes*, y que los derechos fundamentales constituyen un sistema integrado tendiente a *salvaguardar la dignidad del ser humano*.

10. Uno de los ingredientes que debería estudiarse profundamente para verificar si puede o no aportar a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre el Tribunal Interamericano y las jurisdicciones internas, es el recurso a la doctrina del “margen de apreciación nacional”, de vasto (aunque proteico) empleo por el TEDH, pero con una discreta repercusión en la Corte IDH. El tema no está exento de dificultades operativas por el riesgo que conlleva en cuanto a la generación de inseguridad jurídica, además de la necesidad de exigir a su respecto un empleo cauteloso para evitar el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En ese sentido, dejar librado al *margen de apreciación nacional* conceptos tan complejamente difusos, sobre todo en materia de derechos humanos, como “orden público”, “bien común”, etc.; fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren permeables a las presiones del poder político-partidista, podría resultar altamente riesgoso. En suma, lo ideal sería que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión sea un *margen de apreciación* y no un *margen de arbitrariedad*; esto es, una herramienta para utilizar con máximas prudencia y razonabilidad.

59. Ver, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva O.C.-2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, solicitada por la Comisión IDH, 24 de septiembre de 1982, Serie A, N° 2, párr. 29. Un análisis de tal opinión consultiva puede verse en Víctor Bazán, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el efecto de las reservas respecto de su entrada en vigencia: a propósito de la O.C.-2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Germán J. Bidart Campos *et al.* (coords.), *Derechos humanos. Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, T° I, Mendoza (Argentina), 2000, pp. 91-165.

60. Rosalyn Higgins, *Problems & Process. International Law And How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 2003, *passim*.



Al respecto, no puede ya discutirse que la pauta de “razonabilidad” ha pasado de ser *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho* (Zagrebelsky⁶¹ dixit).

11. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización *ad intra* por los jueces (y otras autoridades públicas competentes) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional.

Sin embargo, tal faena no debe darse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un *diálogo jurisprudencial* entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

En otras palabras, debe gestarse a partir de una relación bi o multidireccional en la que se respete el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y la trascendencia de sus estándares, pero que simultáneamente ella no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales, políticas, jurídicas y culturales de los Estados que integran el sistema regional.

12. La deseable *sinapsis* entre dichas instancias se pregona desde la esperanzada convicción de que es imprescindible que convivan en enlace axiológico y jurídicamente cooperativo en la línea de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ambas son copartícipes indispensables de un propósito coincidente: *vigorizar cualitativamente la protección y la realización de los derechos básicos*.

Intervención de Juan Sola

Cumplimos dos aniversarios admirables en materia de derechos humanos este año. Uno es el que nos convoca, los veinte años de la reforma constitucional, que si bien es una reforma cuyo contenido todavía no terminamos de percibir y podamos tener críticas al respecto, hay que reconocer que tuvo un hecho que ha sido un gran éxito, que ha sido la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al texto constitucional.

Pero este año también se cumplen treinta años de otro acontecimiento igualmente importante, cuando a principios de 1984, el Presidente Raúl Alfonsín enviara al Congreso la ratificación de la mayor parte de esos tratados (digo esto porque algunos fueron posteriores). Además, hubo otro acontecimiento, que en su momento creó una gran crítica, que fue la ratificación de los protocolos facultativos, es decir que permitió que los órganos de aplicación de esos tratados también tuvieran competencia respecto a la Argentina. Algunos son muy conocidos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero otros, como el Comité de los Derechos del Niño, o el Comité de la Tortura, también han tenido una enorme tarea. Tanto es así, que fueron incorporados a la Constitución.

Es decir, tenemos dos fechas memorables y coincidentes. Ahora, es necesario hacer la aclaración: el derecho internacional siempre fue parte de la Constitución. El derecho

61. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

internacional está en la cláusula de supremacía en el artículo 31, y siempre se lo consideró parte de la Constitución Argentina. Nunca fue necesario dictar una norma interna para transformar el derecho internacional en derecho interno y poder aplicarlo. En esto tomamos la doctrina de John Marshall, de 1819, que consideró a los tratados –todo el derecho internacional– como parte de la Ley Suprema de la Nación.

Entonces, si los tratados ya estaban en el ordenamiento jurídico nacional, si los tratados eran superiores a las leyes, ¿cuál fue la gran incorporación del año 1994? Hay un elemento que quizás, como muchos otros, no percibí adecuadamente. A todos los que trabajamos en el derecho internacional nos da la impresión de que los tratados son conocidos. Se presumen conocidos. Sin embargo, lo que hizo la reforma del 94 es que hasta los escolares hablen de los tratados de derechos humanos. Si eso no hubiera ocurrido, los tratados no hubieran sido mucho más vigentes. Sin duda, al estar en la Constitución adquieren otra significación, otra estatura jurídica. Pero esta incorporación tuvo incidencia, fundamentalmente, en la cultura constitucional argentina, al hacer que esos tratados fueran considerados la Ley Suprema en el sentido concreto.

A mí me tocó negociar dos tratados. Uno es la Convención de los Derechos del Niño, a la cual, debo decir, en el 94 se la quiso tergiversar, y es bueno aclarar ese punto en este instante. La Convención de Derechos del Niño nunca trató el tema de la interrupción del embarazo, por un motivo fácil de entender. Una organización que estaba presidida por un ministro polaco –estamos hablando del régimen anterior al 89–, y que también integraban los Estados Unidos, la Unión Soviética –que permitía la interrupción del embarazo– y la Santa Sede, no iba a poder ponerse de acuerdo sobre el tema. Por lo tanto, el tema quedó expresamente afuera. Por eso, la intención de algunos constituyentes o de alguna doctrina, es una chicana.

Dicho esto, la otra gran Convención, en la cual tuve el enorme privilegio de participar, por voluntad del Presidente Alfonsín, fue la Convención Contra la Tortura, que establece un principio extraordinario, que es el de jurisdicción universal. Es decir, el torturador, cuando es tomado en cualquier país, puede ser juzgado o extraditado, pero no puede ser dejado como si nada hubiera ocurrido. Y es realmente, creo, la primera gran norma operativa de derecho internacional, que ha tenido una eficacia extraordinaria, por el temor que ha dado a torturadores.

Me gustaría analizar ahora, con ustedes, la posición particular que adoptó la Argentina al momento de hacerse parte de estos tratados. En general, en el tema de los derechos humanos hay dos grandes visiones. Una es la visión tradicional de los Estados Unidos –que nosotros tomamos originalmente, por opinión de Sarmiento–, la idea de que cada país desarrolla su *corpus* de derechos humanos y que, por lo tanto, cada uno tiene sus matices. La otra visión, a la cual el profesor Wilfred James llamó “el derecho común de la humanidad”, implica la idea de establecer un conjunto de normas comunes, a pesar de las diferencias culturales, religiosas, idiomáticas. No es fácil hacerlo. De hecho, muchos países estuvieron en contra; por ejemplo, de la Convención Contra la Tortura, porque se consideraba que había sido elaborada con un criterio occidental de derechos humanos y, por lo tanto, otros países no la quisieron tomar tan claramente. Fue muy importante la posición de la Argentina al decir: “nosotros vamos a desarrollar nuestro sistema de derechos humanos, pero también vamos a ser parte del canon universal”.

Ser parte del canon universal es que no puedo utilizar razones de política interna, de derecho interno o de ejercicio de la política exterior para no cumplir los derechos humanos. Ahora esto nos parece historia antigua, pero fue un argumento muy utilizado y no sólo de los gobiernos



militares. De hecho, la cita más antigua que trata sobre este tema –para los memoriosos en los fallos de la Corte– es la Pilcomayo, donde por primera vez la Corte Suprema de Justicia Argentina señaló que el ejercicio de las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo en materia de relaciones exteriores no son contrarias a lo que decía la Constitución, lo que llamaríamos ahora los derechos humanos, en aquel tiempo se llamaba el ejercicio del derecho de *habeas corpus*; es decir que somos parte de este sistema universal.

¿En qué somos distintos? Porque hay dos maneras de forma de defensa de los derechos humanos. La Argentina adoptó todos, no excluyó ninguno. Una es ir a los organismos internacionales de control para que aseguren el cumplimiento. Yo creo que la gran característica del 84 y del 94 es que, al incorporar estas normas de derecho internacional al derecho interno, hacen que sean plenamente aplicables por los jueces argentinos; es decir, por supuesto, podemos ir a la Corte Interamericana o a la Comisión antes o establecer denuncias ante los comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en fin, toda la lista o, a la Comisión de Libertad Sindical en la OIT. Pero lo que, fundamentalmente, ha puesto a los derechos humanos al alcance de las personas son los bajos costos de transacción que se requieren para ir a un juez argentino y aplicar las normas internacionales de derechos humanos. Y esto es algo admirable, porque ha causado una revolución en la Argentina, de lo que recién estamos viendo los primeros pasos.

Estas herramientas son relativamente nuevas, porque han surgido activamente después del 83, y antes o no existían o no se aplicaban de esta manera. Son instrumentos procesales, algunos citados en el 94. El primero no puedo dejar de mencionarlo, es el amparo. ¿Por qué el amparo? Porque la característica que tienen los derechos humanos es que quienes lo reclaman no tienen las mejores condiciones para ser defendidos. Es lo que en la doctrina ya en el 70 se hablaba de minorías discretas o insulares; los que son demasiado pobres, están fuera del sistema, son insulares. No pueden influir en el sistema político. La utilización del sistema judicial les permite a estas personas acceder, como dije, por el amparo. El amparo, como ustedes saben, es fruto de una protección pretoriana en el 57, pero, fundamentalmente, fue limitado y está limitado al día de hoy por la ley de la dictadura de Onganía, que sigue viviendo como una especie de Drácula que nunca terminamos de matar. Los quince días famosos. Todavía hay jueces que creen que no se puede declarar inconstitucional una norma por el amparo, a pesar de que se reformó la Constitución expresamente en el 94.

El otro gran remedio es la acción declarativa de certeza. La acción declarativa de certeza es lo que nos permite, a través de un procedimiento ordinario, plantear un debate cotidiano, amplio, sobre la vigencia de los derechos individuales y la aplicación de las normas. Me vinieron a la mente algunos puntos. Por ejemplo, hasta hace muy poco tiempo, si yo hubiera dicho que el interés primordial del niño es lo principal que debe tener en cuenta la legislación, alguno hubiera dicho que está mal, que es la familia, cualquier cosa; sin embargo, ahora nadie lo discute. Pero hasta hace muy poco, la Cámara Civil lo discutía. Y hubo una especie de revolución cultural y jurídica.

La otra gran innovación es la acción de clase. Llamémosla acción colectiva, amparo colectivo dice la Constitución del 94, que es la que ha permitido el cumplimiento de otras normas que son muy difíciles de cumplir; fundamentalmente, las que tienen juicios tan chiquitos que no vale la pena defenderlos.

Esta posibilidad de la defensa de la competencia, la defensa del consumidor, el medio ambiente, nos ha puesto una nueva generación de derechos, pero que no podíamos ejercer,

porque era tan costoso hacer el juicio por la pequeña parte que nos tocaba, por la pequeña contaminación, por el pequeño descuento que sufríamos, por la pequeña distorsión en el mercado, por la pequeña acción monopólica que no se justificaba un juicio.

Permítanme también dar una parte menos simpática, por decir. Nosotros tenemos un problema de conflicto futuro y lo vamos a tener. Nosotros aceptamos la jurisdicción, entre otros, de la Corte Americana de Derechos Humanos. Por supuesto, un fallo de la Corte Americana, como un fallo de la Corte Internacional de Justicia, como un fallo del Tribunal Internacional de Derechos del Mar; en fin, por citar cualquier tribunal internacional del que la Argentina es parte, son vinculantes para el Estado y el Estado debe cumplirlo. Si tenemos una sentencia, este punto está fuera de discusión.

¿Qué ocurre —y creo que es el tema que debemos debatir— cuando tenemos precedentes de la Corte Suprema Argentina que interpreta la Constitución, los tratados internacionales, las leyes federales y demás?, frente a precedentes en materia de la Corte Americana que no se plantearon en nuestro país, por supuesto, si no estarían fuera de discusión (creo, no sé si alguno cree que no hay que cumplir un fallo internacional). Y este es el punto de un nuevo debate. Debatir jurídicamente, debatir en los precedentes, no cuál es preferible a otro sino en qué puntos pueden ser similares.

Esto a veces me llama la atención, porque, por ejemplo, en el famoso caso Kimel, el de la masacre de San Patricio, a mí me dio mucha vergüenza que la Argentina perdiera ese caso, porque es un caso que nunca debió haber ocurrido. Un caso de libertad de expresión. Que la Argentina pierda un caso de libertad de expresión no tiene un hilo histórico. Y, sin embargo, lo perdimos en gran medida, porque nuestros jueces no cumplían ni siquiera con los precedentes argentinos en ese tema. El punto que me llevó a pensar es el siguiente. Yo creo que la nueva tarea que tenemos como juristas es compatibilizar los dos precedentes. No buscar cuál es preferible a otro. No entrar en un debate, que yo ya he comenzado, no sé si lo han escuchado, es preferible la Corte Suprema Argentina, porque después todas las personas argentinas interpretan la Constitución y los tratados. En cambio, la Corte Americana nace en la Convención de San José de Costa Rica.

Sin embargo, el punto que me parece central es entender que somos todos parte del mismo sistema con distintas fuentes. Aunque haya distintas fuentes en un mismo sistema, las fuentes se tienen que compatibilizar en los dos precedentes. No buscar cuál es preferible a otro. No entrar en un debate que yo ya he comenzado, que dice algo así como: “es preferible la Corte Suprema Argentina, porque la Corte Suprema Argentina interpreta la Constitución, además de los tratados, en cambio la Corte Americana, sólo la Convención de San José de Costa Rica”.

Sin embargo, el punto que me parece central es entender que todos somos parte de un mismo sistema con distintas fuentes. Y aunque haya distintas fuentes en un mismo sistema, las fuentes se tienen que compatibilizar. Y creo que esta es la tarea. No es una tarea del todo sencilla, pero es una tarea que debemos hacer. Durante muchos años estuvo en la Constitución la expresión “derecho de gentes”. Cuando la enseñábamos en clase mucho no significaba, ya que era necesario que se dictase una ley especial, etc. En este sentido, yo creo que a partir del gran esfuerzo del 84 y del 94 se ha puesto al derecho de gentes nuevamente en el centro de la Constitución, como lo querían los Constituyentes. Muchas gracias.



Intervención de Raúl Zaffaroni

Ante todo, muchas gracias por permitirme compartir este panel con todos estos amigos. Veinte años de la reforma del 94, veinte años de la introducción del inciso 22 del artículo 75. Introducción accidentada, para los que estuvimos en la Constituyente. No se conoce mucho el episodio, no obstante que en el diario de sesiones está. Estaba en curso el debate, según la lista de oradores se iba a seguir hasta cerca de media noche, y eran aproximadamente las seis de la tarde. Yo ya había dicho las barbaridades que quedaron consignadas en el diario de sesiones, y de pronto pide la palabra un Constituyente de Rosario, que abiertamente provoca a Alfonsín y a los radicales. Les imputa el haber querido derribar el avión de Perón y otra serie de cosas. Alfonsín se para caliente, lo quiere agarrar al otro y la situación desemboca en un tumulto. Absurdo, no tenía sentido y estaba fuera de tema.

Nadie esperaba tal situación, incluso algunos presidentes de bloque no estaban. El Presidente Pierri baja de la presidencia, para tener una reunión en el corredor con los que estaban operando como presidentes del bloque al momento del incidente. El presidente del bloque al que yo pertenecía, Carlos Auyero, en ese momento estaba presente. De pronto empiezan a sentarse y yo le pregunto a Carlos qué pasa. Él me dice que se va a cerrar el debate y pasamos a votación. Yo le pido que entonces haga una moción de orden, sin embargo, no hubo moción de orden. Pierri se sentó y dijo: “Queda cerrado el debate, se pasa a votación. Los que estén por la afirmativa, sírvanse levantar la mano, vamos a votar a mano levantada”. Y nos paramos y se votó a mano levantada. Acabábamos de asistir a una tentativa de interrumpir la Constituyente.

Se produjo un cierto silencio, Antonio Cafiero, un poco más racional en ese momento, dijo al señor Presidente: “ya está aprobado, pero para que no queden dudas, le pediría si podemos ratificar la votación; no votar de nuevo, sino ratificar la votación con el tablero”. Pusimos todos la llave, se ratificó con el tablero y nos paramos muy contentos porque la sesión había terminado antes y nos pudimos ir a cenar con tiempo. Es decir, el único momento en que peligró la continuidad de la Constituyente del 94 fue el momento del debate y de la votación del despacho que introduce el actual inciso 22 del artículo 75.

Planteaba el colega que me precedió correctamente: ¿Era necesario introducir esto técnicamente? Creo que fue Vanossi el que lo observó y es cierto, técnicamente el derecho internacional de los tratados y el derecho internacional consuetudinario, a través del derecho de gentes, ya formaba parte de nuestro orden jurídico. Efectivamente Alfonsín había mandado los proyectos de ratificación de los principales tratados, habíamos entrado al concierto de países que ratificaron los tratados regionales y los mundiales de Naciones Unidas. Efectivamente, se habían ratificado los protocolos, incluso los que hacían al amparo de personas con persecución.

Esto tuvo resistencias en las corporaciones, incluso en la corporación diplomática que advertía que había que tener cuidado con estas cosas, porque se nos podía “llenar el país de negros”. Todo esto no quedó por escrito, pero se decía. Los que vivimos aquella época, sabíamos que había resistencia. Sin embargo, fue útil. Fue útil porque pese a que esto estaba bastante claro en nuestra Constitución, nuestra jurisprudencia era tremendamente pendular: entre la tesis del doble derecho y la tesis del derecho único.

La tesis del doble derecho es que el derecho internacional se aplica al Estado, pero no es derecho interno. El derecho interno está separado del derecho internacional. Obviamente, una teoría contradictoria. El juez está siempre obligado a hacer algo ilícito, o es ilícito

internacionalmente, o lo es nacionalmente. En cualquiera de los casos, su resolución es contraria al derecho. O lo es al derecho internacional, o lo es al derecho interno. Pero curiosamente esta tesis contradictoria del doble derecho, ¿por quién fue sostenida en el mundo? Por los ingleses, naturalmente. ¿Por qué? Porque ratificaron todos los tratados, pero no querían que se aplicaran a sus colonias: “A nosotros sí, pero a los negros no”. Fue sostenida por todos los países neocolonialistas. En nuestro país no tenemos colonias, de modo que se tomaba la tesis colonialista para no aplicárnosla a nosotros.

Obviamente, se tenía que terminar con la posición pendular jurisprudencial. Porque aunque ya tuvieran vigencia todos los tratados, y habiendo sido ratificados en forma constitucional, no faltaban algunos disparates en la jurisprudencia. Por ejemplo, hubo un juez de la provincia de Buenos Aires que dijo que los tratados de la Convención Americana de Derechos Humanos no regían en la provincia de Buenos Aires. Es decir, si bien es técnicamente criticable, desde un punto de vista práctico fue sumamente importante. También por lo que destacó el colega anterior, la tremenda difusión que alcanzaron estos pactos, que se incorporan siempre como apéndice a la Constitución Nacional.

Ahora bien, independiente de esto, la importancia que tiene para nuestro orden jurídico radica en lo siguiente: es cierto que los tratados de derechos humanos nos someten a competencias internacionales, pero la competencia internacional en materia de derechos humanos es un cierto reaseguro. La competencia internacional no puede sustituir a lo que hace la jurisdicción nacional. Si la jurisdicción nacional no existe, si la jurisdicción nacional no respeta los derechos humanos, es imposible que eso lo sustituya la jurisdicción internacional. Básicamente, se necesita primero respeto interno. Nunca los órganos jurídicos —o políticos— internacionales pueden sustituir lo que hagan los jueces de la Nación, por una razón estructural, por una razón de trabajo, por una razón de capacidad de resolución de conflictos, etc.

En segundo término, en cuanto a la importancia para lo que produzcamos en el saber jurídico, en la ciencia jurídica. El derecho internacional de los derechos humanos es algo que se fue desarrollando a lo largo de la vida de los que somos un poco veteranos. No digo mucho. Es un orden de conocimientos que a los que salimos hace unos cuantos años de la Facultad de Derecho nos es ajeno. Lo fuimos aprendiendo en el curso de la vida jurídica del país. ¿Y qué significó? Significó que la vieja discusión, que no voy a subestimar ni mucho menos por supuesto, la vieja discusión filosófica iusnaturalismo y positivismo pierde gran parte de su importancia práctica. Esto no anula la discusión, se seguirá discutiendo, pero lo cierto es que aquellos principios que antes del surgimiento y el avance del derecho internacional de los derechos humanos los teníamos que ir a buscar supralegalmente, aquellos principios que nuestros padres liberales derivaban de un iusnaturalismo liberal, hoy los tenemos positivizados, hoy son derecho positivo. Quizá eso de alguna manera —que todavía no se ha manifestado en plenitud, pero creo que es inminente y además es indispensable— nos lleve a modificar nuestra perspectiva científica en el campo jurídico.

Aquella necesidad de buscar supralegalmente los principios que hacen al respeto y a la dignidad de la persona humana hizo que nuestros padres liberales tomasen como fuente del derecho la razón, la filosofía y creasen un sistema deductivo, un sistema de interpretación deductiva, en definitiva, de principios básicos a los que alcanzaban por vía de la razón. Eso dio lugar, sí, a un derecho liberal muy importante, muy trascendente, pero tuvieron que elevarse hasta imaginar un Estado, porque ni siquiera tenían constituciones o las normas constitucionales, que dieran normas muy débiles, muy insuficientes. Hoy todo aquello que ellos deducían de la razón está positivizado.



Y quizá ya no corresponda hablar de un derecho liberal sino de un derecho humano, en el sentido objetivo, no en el sentido subjetivo de derechos humanos, sino un derecho objetivo que respete los derechos humanos. Un derecho objetivo que respete los derechos humanos no existe en forma absoluta, no. ¿Por qué? Porque el principio básico es que todo ser humano debe ser tratado como persona. ¿Tratamos a todo ser humano como persona? No. Lamentablemente, no. A algunos los tratamos más como a personas que a otros. Sí, en todo Estado va pasando eso.

De modo que la realización de la premisa constitucional tiene carácter progresivo, es algo que tenemos que ir empujando hacia un mayor estándar de realización. Una cosa es la Constitución y otra cosa es el grado de realización constitucional en la sociedad. Hasta qué punto las normas constitucionales están realizadas en la sociedad. No nos podemos mantener en un planteo normativo en el cual no nos importe lo que pase en la realidad, lo que significa que por mandato constitucional lo que tenemos que construir es un saber que tenga una base realista que pueda incorporar el pacto de realización constitucional a la construcción jurídica. Si tiene que tener una base realista y tiene que juzgar el grado de realización y empujar a su mayor realización, esto significa que la ciencia jurídica a partir de la incorporación de los derechos humanos tiene que ser crítica, tiene que evaluar cuál es el grado de realización y criticarlo para empujar a la base del estándar. Y si es crítica y tiene que empujar a la realización del avance del estándar de los mandatos constitucionales tiene que ser partisano. ¿Por qué? Porque tiene enfrente a la resistencia al avance de los derechos humanos, que también es partisano; es decir, terminemos con que somos los cultores de una ciencia neutra. No podemos ser más los cultores de una ciencia neutra. Somos cultores de un saber comprometido y de un saber político. Político no significa partidista. Si hacemos un saber que lo destinamos a los jueces para que empujen la realización de los principios constitucionales conforme a datos de realidad, estamos participando abiertamente en el gobierno de la polis.

No podemos continuar con una teoría del conocimiento “idealista”, que nos encierre en un normativismo puro. Si nos seguimos encerrando en el normativismo puro, lo que estamos haciendo es un sistema que no responde a principios políticos, sino que eleva principios políticos a lo que son meras condiciones metodológicas; es decir, la complejidad lógica, la no contradicción.

Todo esto lo ofrecemos y lo ofrecemos desde un saber jurídico para que se realice un control de constitucionalidad. Con esto termino. Control de constitucionalidad que se realiza en el orden federal a través del control difuso de constitucionalidad de nuestro sistema, y esto lo tenemos que repensar, es bastante débil. Es bastante débil, porque se realiza en el caso concreto, la ley y la norma inconstitucional siguen vigentes. En cada caso concreto hay que llegar de nuevo hasta las últimas instancias. Las últimas instancias mantienen su criterio, siempre y cuando no cambien de composición. Con lo cual, “no pueden variar”. Lo cual, como seguridad jurídica es muy poca. Lo que decida la última instancia tampoco es obligatorio para las instancias menores, las instancias más reducidas. El control difuso es muy bueno, es muy generoso, pero tiene este tipo de inconvenientes y nuestro sistema de control en el orden federal tiene esto.

Sin embargo, estábamos en la Ciudad de Buenos Aires dos años después del 94, y tuvimos la ocasión de participar en la redacción de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en la Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. Y es curioso el sistema de control de constitucionalidad de la Ciudad de Buenos Aires, es mucho más fuerte que el sistema de control de constitucionalidad federal.

Conseguimos, finalmente, que el superior Tribunal de la ciudad-provincia de Buenos Aires –para mí es una provincia, no importa, no todos opinan así– tiene más poder en materia de control de constitucionalidad que el que tiene la Corte Suprema de Justicia. ¿Por qué? Porque puede hacer caer la vigencia de la ley. Sólo puede insistir en mantener la propia Legislatura por los dos tercios de los miembros presentes. Es un sistema que creo que existe en Tucumán y en la Constitución de esta Ciudad.

Contradicción a nuestro sistema. Indicaciones de que ha sido muy importante lo que se hizo hace veinte años. Pero reflexionemos un poco después de veinte años, porque una constitución es un instrumento, no es la bandera, no es el escudo, no es el himno, es un instrumento, un instrumento jurídico importantísimo. No es cuestión de estar tocándolo a cada rato, es un instrumento, una especie de traje, un traje que vamos cambiando conforme a la forma del cuerpo y con el tiempo, hay que ir adaptando el traje. Y no estaría de más, sin apuro, sin prever cuándo se puede abrir el espacio político, porque eso depende de imponderables que son absolutamente inimaginables. De cualquier manera, discutir un poco nuestras instituciones, las virtudes que tienen, las cosas que hemos ganado, pero también los defectos que tienen y los inconvenientes que nos puedan acarrear. En este sentido, creo que es prudente que en estas conmemoraciones, se abra el espacio de discusión. No hay instituciones perfectas, ningún país tiene instituciones perfectas. Y tampoco podría haberlas, porque si son perfectas lo serían para un momento, pero en la dinámica social, en la dinámica política, las circunstancias cambian y habría que ajustarlas de otra manera. Pero siempre es muy importante que no nos sorprenda la ocasión política sin la preparación suficiente y sin la discusión previa suficiente. Muchísimas gracias.

Intervención de Diego Dolabjian

Agradezco a las autoridades de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y al Dr. Ferreyra, por la invitación a participar en la celebración de este encuentro*. Mi idea, brevemente, es tratar de analizar la incidencia del artículo 75 inciso 22 de la Constitución reformada⁶², haciendo hincapié en la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, a través del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. El citado artículo 75 inciso 22, al reconocer jerarquía constitucional a determinados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, implicó el reforzamiento de los derechos ya contemplados en nuestro derecho constitucional y el agregado de nuevos contenidos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. Pero como bien sabemos, una cosa es redactar listas de derechos y otra, diseñar mecanismos para efectivizarlos: ciertamente, escribir derechos de poco sirve si no van a estar garantizados.

En ese sentido, me parece importante enfocar la reflexión sobre la reforma constitucional de 1994 respecto de algo que, justamente, no fue objeto de dicha reforma: esto es, las atribuciones del Poder Judicial.

*. El presente texto constituye una versión corregida de la exposición oral que fuera recogida mediante transcripción taquigráfica.

62. Para un análisis general de la citada disposición constitucional, ver: "Constitución y derechos humanos. 75:22 | Modelo para armar" en *Contextos*, n°5, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, pp. 89 y ss.



Y es que, al fin de cuentas, la existencia y eficacia de la garantía jurisdiccional parece ser lo que permitiría distinguir a los “derechos en serio” y a los “derechos de papel”.

Veamos. Si uno se dirige al capítulo de la Constitución referido a las atribuciones del Poder Judicial, nos encontramos con que hay sólo cuatro artículos y ellos datan de 1853/60 (cfr. arts. 116 a 119); y que la reforma constitucional de 1994 no innovó sobre tales disposiciones. No obstante, podemos ensayar la idea de que los nuevos derechos y garantías constitucionalizados en 1994 influyeron sobre el despliegue del Poder Judicial, abriendo el camino a nuevos horizontes en la teoría y en la práctica de la función de juzgar en general, y del control de constitucionalidad en especial.

En otras palabras, tanto por el lado de la introducción de nuevos derechos y garantías en el articulado de la Constitución, como por el lado de la recepción de los enunciados consagrados en los instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, vamos a encontrar que el Poder Judicial, y especialmente el control de constitucionalidad, va a empezar a proyectarse de una manera distinta.

Vamos a ver, entonces, de qué manera la reforma constitucional de 1994, que no modificó directamente las atribuciones de la jurisdicción —por el lado del diseño del poder— implicó, sin embargo, indirectamente una revitalización de tal función, por el lado de la constitucionalización de nuevos derechos.

Y, en tal análisis, vamos a centrarnos en la garantía jurisdiccional de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Comencemos por el control de constitucionalidad. Si miramos la Constitución histórica de 1853/60, vamos a encontrar que ninguna disposición indica de manera expresa que tal atribución le corresponde al Poder Judicial.

Tanto es así que, durante mucho tiempo, tal potestad —la cual, según una clásica expresión, constituye la más grave de las atribuciones que pueden conferirse a un tribunal de justicia—, debió ser explicada como un “poder implícito” del Poder Judicial, cuya fisonomía quedaba básicamente delineada a través de la jurisprudencia.

Sin embargo, con la introducción del artículo 43 de la Constitución —referido a las acciones de amparo individual y de incidencia colectiva, de *habeas data* y de *habeas corpus*—, ahora sí quedó explicitada la atribución de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas que pudieran resultar lesivas de derechos fundamentales.

Pero dicho artículo no se limita a explicitar tal competencia, sino que incorpora pautas que modifican el clásico diseño del control, en aspectos centrales tales como las vías, los legitimados y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Así, cuando se reconoce al amparo como un proceso idóneo para impetrar el control, se abre la posibilidad de la vía de acción de inconstitucionalidad, al lado de la tradicional vía incidental.

A su vez, la extensión de la tutela a los derechos de incidencia colectiva va a ampliar el universo de los sujetos legitimados para promover el control: ya no sólo podrá hacerlo quien demuestre ser afectado personalmente en sus derechos, sino que también podrán propiciarlo las asociaciones que propendan a la protección de los derechos en juego y el Defensor del Pueblo.

Finalmente, en relación a dicha especial categoría de derechos, también aparece un cambio en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, pues, por la misma naturaleza de los derechos involucrados, las consecuencias ya no podrían quedar ceñidas sólo a *inter partes*, sino que se expanden a todo el campo del derecho colectivo tutelado.

Vayamos ahora al artículo 75 inciso 22 de la Constitución. Dicha disposición también trajo aparejadas novedades en la materia.

En efecto, desde la consagración de dicho artículo en el texto constitucional se consolidó entre nosotros –si bien con algunos matices a lo largo del tiempo– la tesis de que, en el ejercicio de la función de juzgar en general y del control de constitucionalidad en especial, los jueces debían guiarse no sólo por las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino también por los criterios elaborados por los organismos internacionales encargados de su aplicación⁶³.

Tiempo después, en el año 2006, como bien señaló el Dr. Bazán en la exposición precedente, irrumpió desde la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos la idea del control de convencionalidad, es decir, la asunción de la tesis según la cual los jueces nacionales deben tomar en consideración las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las interpretaciones que de ella haga dicho tribunal internacional, como parámetro para controlar la validez de las normas internas.

De tal manera, el desarrollo efectuado por nuestra Corte Suprema a partir del artículo 75 inciso 22 de la Constitución reformada, y el desplegado por la Corte Interamericana a partir de la Convención Americana vienen a confluír en cierta manera⁶⁴.

Pero tal confluencia, por cierto, no está exenta de dificultades.

Veamos. En el caso *Almonacid Arellano* del 26/09/2006, la Corte Interamericana definió el control de constitucionalidad en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 124).

Luego, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* del 24/11/2006, la Corte Interamericana señala algunas precisiones:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado

63. Tal lectura fue justificada por nuestra Corte Suprema, a partir del caso *Giroldi* (del 07/04/1995, Fallos 318:514), en que la jerarquía constitucional de los mencionados instrumentos fue reconocida por el constituyente “en las condiciones de su vigencia”. Sin embargo, el significado atribuido a dicha expresión no resulta evidente: y es que ella podría aludir simplemente a la manera en que el instrumento ha entrado en vigor (es decir, v.gr. considerando las reservas formuladas por el Estado) lo cual, ciertamente, poco tendría que ver con la manera en que sus disposiciones sean interpretadas por los organismos internacionales.

64. Nuestra Corte Suprema ha recogido la noción del control de convencionalidad a partir el caso *Mazzeo* (del 13/07/2007, Fallos 330:3248).



por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (párr. 128).

La primera dificultad es que no resulta claro que la adhesión al texto de la Convención Americana implique necesariamente la aceptación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sentada en casos diversos⁶⁵.

Pero, dejando de lado lo anterior, lo cierto es que surgen varias dificultades, analizamos críticamente el control de convencionalidad, y lo contrastamos a la luz del control de constitucionalidad.

En cuanto al órgano competente, la Corte Interamericana señala que el control de convencionalidad debe ser ejercido por “(los) jueces, como parte del aparato del Estado” y “los órganos del Poder Judicial”.

Tales definiciones no parecen generar mayores inconvenientes en un modelo de control de constitucionalidad difuso como el que rige en nuestro sistema federal, pero en cambio, puede provocar perplejidades en un modelo concentrado donde no cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de las normas sino solamente un Tribunal Constitucional, el cual por cierto, resulta concebido como un órgano diferenciado del Poder Judicial.

A su vez, en cuanto a la modalidad de ejercicio, la Corte Interamericana indica que el control de convencionalidad debe ser efectuado “en los casos concretos” y *ex officio* en cuanto “no puede quedar limitada exclusivamente a las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto”, agregando que los jueces deben obrar “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” y sin dejar de “considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia”.

Estas pautas tampoco son fáciles de compatibilizar. De nuevo, como veíamos en el punto anterior, ¿qué ocurriría si un juez ordinario carece de la atribución de declarar la invalidez de las normas por encontrarse dicha competencia reservada a un Tribunal Constitucional? Y, si el modelo de control vigente es de carácter abstracto, ¿significa que también deberá existir un control de carácter concreto?

Tales problemas –por fortuna– no se nos presentarían en nuestro sistema federal, porque el control se ejercita de manera difusa y en concreto. Pero, por otra parte, ¿qué sucede si las regulaciones que definen la función de juzgar establecen que la invalidez de una norma sólo puede ser declarada a petición de parte?

65. Así, v. gr. nuestra Ley 23054 (BO 27/03/84) dispone: Art. 1: “Apruébase la 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 1966, cuyo texto forma parte de la presente ley” y Art. 2: “Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad”.

Recordemos que así se interpretaba nuestro modelo a partir de las previsiones de la Ley 27 hasta que recientemente, variando su jurisprudencia anterior, la Corte Suprema ha admitido la posibilidad del control de constitucionalidad de oficio⁶⁶.

En cuanto al material normativo a examinar, la Corte Interamericana apunta que los jueces deben velar por la efectividad de las “disposiciones, objeto y fin” de la Convención Americana, debiendo tener en cuenta “no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”.

Ahora bien: ¿cómo articular tales pautas en un modelo, como el que rige en nuestro sistema federal, donde no existe obligatoriedad en el seguimiento de los precedentes, pudiendo incluso los jueces apartarse de lo resuelto por la propia Corte Suprema en otras causas si expresan argumentos que justifiquen decidir de diversa manera?

Y sí, en cambio, efectivamente, existiera *stare decisis* respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema, y ésta tuviera un criterio discordante con el sostenido por la Corte Interamericana, ¿a quién debería seguir el juez inferior?⁶⁷

Por otra parte, la Corte Interamericana expresa que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, sin perjuicio de lo cual deben cotejar las “leyes” y “normas jurídicas internas” para verificar su compatibilidad con la Convención Americana.

No obstante, lo cierto es que antes que a la ley, los jueces nacionales están sujetos al imperio de la Constitución. Más, por otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional, una constitución es simplemente derecho interno.

Así, entonces, sobreviene la inquietud: ¿la propia Constitución queda sometida al control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales? Recordemos que en el caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* del 05/02/2001, la Corte Interamericana resolvió que una disposición constitucional resultaba inválida por contrariar a la Convención Americana.

Y, concretamente, en los casos *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* del 21/06/2001, *Caesar vs. Trinidad y Tobago* del 11/03/2005 y *Boyce y otros vs. Barbados* del 20/11/2007, la Corte Interamericana afirmó que aquellas disposiciones constitucionales que determinaran la inimpugnabilidad de normas nacionales contrarias a la Convención Americana, eran también ellas mismas incompatibles con la Convención; señalando en el último caso citado que el órgano jurisdiccional competente del Estado debió efectuar el control de convencionalidad.

¿Puede entonces un juez nacional invalidar a la propia Constitución? Tal hipótesis ha ocurrido entre nosotros una única vez, aunque sin involucrar la aplicación de la Convención Americana⁶⁸.

Sin embargo, el supuesto no deja de presentar serios reparos, pues, en definitiva, se trata de una hipótesis en la que una decisión del poder constituyente estaría siendo invalidada por una decisión de un poder constituido, lo cual no encaja en el marco de un sistema constitucional rígido como el que rige en nuestro sistema federal.

66. La postura negatoria quedó fijada en el caso “Ganadera Los Lagos” (del 30/06/1941, Fallos 190:142); en tanto que la posición admisorias se abrió camino en el caso “Banco Comercial de Finanzas” (del 19/08/2004, Fallos 327:3117).

67. Los casos “Cantos” (del 21/08/2003, Fallos 326:2968) y “Espósito” (del 23/12/2004, Fallos 327:5668) pueden tomarse como ejemplos de discordancias entre las posturas de la Corte Interamericana y la Corte Suprema.

68. Se trata del caso *Fayt* (del 19/08/1999, Fallos 322:1609).



Finalmente, en relación a los efectos del control, la Corte Interamericana afirma que “desde un inicio carecen de efectos jurídicos” las normas que no se adecuen a la Convención Americana. Ello tampoco parecería implicar mayores problemas en nuestro sistema federal, dado que la declaración de invalidez de las normas por parte de los jueces tiene —como regla— efectos retroactivos; sin embargo, nuestra Corte Suprema ha reconocido también supuestos sobrevinientes y a futuro, que no parecen responder estrictamente al mismo principio⁶⁹.

En vistas a las semejanzas y diferencias señaladas, con sus acuciantes interrogantes y posibles respuestas, no resulta del todo claro si los jueces nacionales resultan revestidos ahora de una doble potestad de revisión de la validez de las normas —una, “de constitucionalidad” regida por las reglas del derecho interno, y otra “de convencionalidad” regida por las reglas del derecho internacional—; o si se trata de una sola potestad de control: el “de constitucionalidad” a través de cuyo carril se canaliza el “de convencionalidad”.

Sea como fuera, parece cierto que la incorporación del artículo 75 inciso 22 de la Constitución reformada, y las pautas desarrolladas por nuestra Corte Suprema y la Corte Interamericana en su respectiva jurisprudencia, han venido a reforzar el ejercicio de la función jurisdiccional en nuestro sistema constitucional dotándolo de nuevos cauces para la garantía de los derechos fundamentales.

Ahora bien: en este diálogo que se ha venido trazando entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, me parece fundamental poner el foco en un aspecto central que, sin embargo, a veces es pasado por alto: me refiero al problema de la legitimidad de la revisión judicial en un sistema democrático; es decir, la denominada dificultad contramayoritaria.

En tal sentido, creo que la discusión sobre el control de constitucionalidad, nos aporta argumentos para pensar sobre el control de convencionalidad.

Así, por ejemplo, frente al cuestionamiento del control judicial en razón del déficit democrático de los jueces en razón del modo de su designación, algunos han respondido que su legitimación no es directa sino indirecta, en cuanto son nombrados por órganos que sí dependen de la voluntad popular.

Otros, han esgrimido que la legitimación democrática de la potestad judicial no se funda en el modo en que son designados los jueces, sino que se justifica por la proximidad y accesibilidad que presentan los tribunales respecto del ciudadano común.

Sin embargo, ninguno de los dos razonamientos expuestos parece fácilmente aplicable en relación a la Corte Interamericana.

Desde otra perspectiva, algunos han señalado que la revisión judicial sería legítima como un control procedimental, a fin de verificar qué normas que se sancionen satisfagan los presupuestos democráticos para su conformación.

Otros, en cambio, han sostenido que la potestad judicial se justificaría como un control sustancial, para la tutela de determinados contenidos vinculados a los derechos fundamentales, los cuales constituirían un coto vedado, incluso, frente a las decisiones de las mayorías democráticas.

69. En tal sentido pueden citarse los casos *Itzcovich* (del 29/03/2005, Fallos 328:566) y *Rozsa* (del 23/05/2007, Fallos 330:2361).

Entre las dos justificaciones, la última parece ser la más plausible en relación a la Corte Interamericana considerando, por ejemplo, lo resuelto en el caso *Gelman vs. Uruguay* del 24/02/2011⁷⁰.

Sin embargo, la propia concepción de los derechos fundamentales como contenidos sustraídos al ámbito de la decisión democrática resulta problemática, siendo también discutible que los derechos resulten mejor garantizados cuando “la última palabra” se confía a un tribunal compuesto por jueces, en lugar de reservarse a la legislatura integrada por los representantes del pueblo⁷¹.

En suma, la dificultad contramayoritaria del control de constitucionalidad se presenta también –y con mayor agudeza– en el control de convencionalidad; lo cual exige que agudicemos nuestras reflexiones sobre esta cuestión que, en definitiva, gira en torno al poder más grave que puede encomendarse a un tribunal de justicia.

Necesitamos derechos y necesitamos garantías. Sirvan estas palabras, en ocasión del 20º aniversario de la reforma constitucional de 1994, para que pensemos juntos acerca del diseño de la garantía jurisdiccional de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Intervención de Ricardo Rabinovich Berkman

Mi felicitación a la Defensoría por continuar insistiendo en la realización de excelentes eventos, que dan oportunidad para pensar, que creo que es lo más importante. Encontré tres posibles credenciales, Gustavo, que te podrían haber movido a invitarme hoy acá. Primero, el hecho de que me toque ser catedrático de Historia del Derecho en la UBA. El segundo, que tengo mi doctorado en filosofía del derecho y, tercero, que me dedico a investigar en materia de derechos humanos. Entonces, me voy a ir por estos tres lados.

Primero que nada, voy a ir a una pregunta bastante antigua, por el lado de la historia, justamente. ¿Qué función tiene declarar o incorporar derechos o referencias a derechos importantes, esenciales, humanos, prioritarios, compartidos por la familia humana, con la terminología que ustedes gusten, en una Constitución?

Los seres humanos solemos tener la tendencia, en las más diferentes culturas, de justificar lo que hacemos diciendo que es antiguo. Incluso, revoluciones completamente innovadoras,

70. Allí la Corte Interamericana afirmó que la legitimación democrática de las normas cuestionadas no las eximía del control judicial, en los siguientes términos: “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional ... “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ ..., que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

71. De manera semejante, así como nuestra Corte Suprema se ha reconocido como la “intérprete final de la Constitución”, cfr. caso *Calvete* (del 17/10/1864, Fallos 1:340), también la Corte Interamericana se ha afirmado como la “intérprete última de la Convención Americana”, cfr. caso *Almonacid Arellano* (del 26/09/2006).



como la soviética, buscaron sus supuestos antecedentes. Hasta hubo un constitucionalista soviético que decía tener un antecedente en el Tawantinsuyu. Planteo realmente exótico, increíble, pero sin embargo lo publicó. Los nazis hablaban de Esparta, por ejemplo, que no tenía nada que ver con el III Reich. La cuestión parece ser buscar algunos elementos de refuerzo atrás. Si nos vamos al pasado, entonces, nos sentimos un poco más tranquilos sobre lo que estamos haciendo.

Un poco con esa idea, cuando aparecieron las declaraciones de derechos se pensó en la Magna Carta de 1215, que no tiene absolutamente nada que ver con las declaraciones de derechos del Siglo XVIII. Éstas están, en cambio, claramente vinculadas con el racionalismo jurídico. Fundamentalmente, con la línea que el racionalismo jurídico toma en Samuel Pufendorf.

Ahora bien, las declaraciones de derechos tienen uno de sus puntos álgidos, culminantes en la declaración de independencia de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos, como se sabe, no trajo referencia en su texto propiamente dicho a los derechos. Hubo, sí, las *amendments*, que está mal traducir como “enmiendas”, y son los “agregados” a la Constitución. Luego, nosotros recibimos esta idea de vincular ambos aspectos por la vía de la Constitución de Cádiz, que es la Constitución más influyente del mundo, incluso tal vez más que la de Filadelfia, y ha cumplido en 2012 doscientos años.

¿Qué funciones tiene en esta visión introducir una declaración de derechos esenciales? La primera, según parece, dar una declaración. Pero, ¿para qué se hace una declaración? Para declarar, es evidente. Pero, como el racionalismo jurídico cree en la construcción de un sistema geométrico de derechos que se deducen unos de otros, a partir de un paradigma tomado de las matemáticas, entonces esa declaración ha de decir cuáles son los axiomas (como el punto, la recta y el plano en la geometría) de toda esta construcción de derechos.

La gran pregunta —fea pregunta, mala pregunta— es: ¿han servido como axiomas estas declaraciones incorporadas a las constituciones? Bueno la experiencia dice que no demasiado. La Constitución de Weimar, por ejemplo, gran defensora de estos derechos, no fue derogada en ningún momento durante todo el III Reich. Fue derogada recién después de la caída de Adolph Hitler. O sea, se produjo el máximo genocidio de toda la historia, con una constitución protectora de los derechos. Este es un ejemplo.

La constitución, o las constituciones soviéticas, eran resguardadoras de los derechos de la persona, y sin embargo, durante ese período se produjo el Gulag, se concretaron genocidios, etc. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos dijo: “Sostenemos que estas verdades son auto evidentes: que todos los hombres son creados iguales, que han sido dotados por su creador con ciertos derechos inalienables; que entre ellos está la vida ...” ¡La vida! ¡La vida! ¡La vida! ¡Hiroshima! ¡Nagasaki! ¿Dónde está la vida? En la Constitución, en las declaraciones. “All men are created equal” ¡The Japanese too! ¡Los japoneses también fueron creados iguales! Y cientos de miles de japoneses fueron exterminados en una semana (eso se llama genocidio... cuando no lo hace Estados Unidos).

¿Han sido estas declaraciones la expresión de realidades sociológicas? La verdad es que no. La Constitución Argentina, por ejemplo, tiene una hermosa cantidad de manifestaciones en ese sentido, sobre condiciones de vivienda, de trabajo, etc. Y resulta que salgo a caminar por la cintura cósmica del sur, y me encuentro que esa cintura cósmica es una cintura llena de gente que no tiene casa, que no tiene comida, que no tiene techo, que está buscando basura para sobrevivir, que la desalojan de horriblos sitios que se han construido.

Entonces, me encuentro que, desde el ángulo sociológico, tampoco las constituciones están mostrando verdaderamente un reflejo de la realidad. ¿Por qué insistimos, pues, en poner

declaraciones en las constituciones? Los seres humanos somos criaturas que insistimos en cosas ridículas. Seguimos construyendo murallas, cuando hasta ahora, en toda la historia de la humanidad, ni una sola muralla sirvió para nada. Desde la luna, lo único que se ve es la muralla china, y la muralla china no sirvió nada más que para demorar a los mongoles unos pocos años. Y después, dicho sea de paso, los mongoles llevaron a China a su momento de máximo auge cultural. ¡Qué cosa notable!

Así que la pregunta sería: ¿es bueno que las constituciones nacionales tengan en su texto estas declaraciones? Porque las seguimos poniendo. Pero ¿es bueno colocarlas? Si no sirven para nada, si no han generado ningún efecto concreto, cambiando la verdad de la vida en nuestras poblaciones, ni en ninguno de los otros pueblos del mundo.

Segundo: ¿es bueno (y ahora sí vamos al artículo 75, inciso 22) que estos derechos sean tratados en las partes de la Constitución que se refieren a la forma de gobierno? Todos sabemos que en el caso de la Argentina esto obedeció a razones histórico-políticas muy concretas, al Pacto de Olivos, a las circunstancias que se buscaron para poder llegar a la reforma constitucional, lo que nos generó la “maravillosa” Constitución de la que ahora festejamos los veinte años.

Es una Constitución con la cual hay que tener cuidado al regalarla a amigos extranjeros. Por ejemplo, si se la regalamos a un amigo sueco, seguramente se espante al encontrar frases como “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”. Tendremos que aclararle rápidamente, ante su gesto de horror, que ya no había esclavos en 1994, pero que por un pacto se acordó mantener intacta una parte de la Constitución de 1853, tiempo en el que sí había esclavos.

Por eso, esta es una Constitución que yo recomiendo no regalarla a los amigos extranjeros, o bien regalarla con un libro de aclaraciones que diga: “Mire, nosotros somos un país bastante ridículo en muchísimas cosas, y resulta que hicimos una Constitución bastante ridícula, que es una acumulación de textos históricos. Por suerte no pusimos las Siete Partidas y no pusimos las Leyes de Indias, porque no se hizo en su momento el pacto de Sevilla con el Consejo de Indias, si no también lo hubiéramos incorporado, de paso”.

Es así, el artículo 14 bis también es resultado de otro asunto más o menos impresentable, y cosas por el estilo.

Y con respecto al tema que nos convoca, yo pregunto una cosa: ¿Dónde esperarás encontrar los derechos principales en una Constitución?, ¿los vas a encontrar en el artículo 75, inciso 22, o los vas a encontrar en el artículo 1º de la Constitución? Porque si sos abogado y hacés un convenio, en el artículo 75, inciso 22, metés las cosas de las que no querés que el abogado de la otra parte se dé cuenta.

Discúlpame, pero es insólito. A veces pienso dos cosas con respecto a los extranjeros. Lo que debe ser manejar en Buenos Aires siendo extranjero, donde está todo mal señalado, que dice aeropuerto internacional con la señal indicando para el otro lado. Hagan el intento de ir a Ezeiza siguiendo los carteles alguna vez, y van a terminar en la Isla Maciel.

Segundo, me pregunto cómo se debe ver jurídicamente este país desde afuera. Y la verdad, lo que me encuentro es bastante curioso, es como la radiografía de un paramecio. Es algo realmente difícil hasta de imaginar. Es más que pobre como declaración poner los derechos principales en un artículo 75, inciso 22. Es paupérrimo, es lamentable.

El brillante constitucionalista Dr. Sola habló recién de la importancia que esto habría tenido para la difusión en las escuelas. Yo pienso en los profesores, haciendo una presentación de los derechos principales de la Constitución, teniendo que explicar que los mismos, no sólo



no están al principio, sino que están después de la Constitución, en la sección de anexos. Allí hay unos tratados donde los van a poder encontrar. ¡Terrible! ¡Qué mensaje!

Y también es pobre como termómetro sociológico, porque uno casi no encuentra cosas de todo esto que se cumplan en la realidad, en la práctica.

En consecuencia, y siguiendo la reflexión del maestro Zaffaroni, sobre que estas son oportunidades para criticar, para el pensamiento crítico, para plantearse y replantearse todo, creo tres cosas.

Primero, que tendríamos que pensar en la separación drástica de ambas partes. O sea, la separación drástica de aquello que hace a las declaraciones, por un lado, y aquello que hace a los derechos y la forma de gobierno, por el otro. Separarlas completamente.

Segundo, separadas ambas partes, la primera parte, la que hace a las declaraciones de derechos, creo que tiene que ser drástica y totalmente modificada. Creo que la que tenemos no sirve para nada. Creo que hay que hacer otra completamente nueva. No hay que tener miedo, hay que reformar la Constitución. Para que la Constitución, por lo menos, sirva para regalársela a los amigos extranjeros. Ya que no va a servir para otra cosa, por lo menos que sirva para algo.

Y darnos cuenta de que, cuando reformamos la Constitución, no tenemos que estar siempre con el debate de si va a haber reelección, si no va a haber reelección, dejar esta cuestión. Incluso aquel tema —en el que coincido sustancialmente con Raúl Gustavo Ferreyra— de encarar la posibilidad de cambios en la forma de estructuración política del gobierno del país. Resulta que los argentinos, por no tocar el tema de la reelección, y demás cuestiones conexas, tenemos en la Constitución una manera de estructurar los principales derechos de los seres humanos que es verdaderamente una vergüenza.

Nada más, y gracias por aguantarme.

DERECHO AL AMBIENTE SANO, ART. 41 CN.

ROL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL AMBIENTE. CASO “MENDOZA, BEATRIZ S. Y OTROS”. CASO “CONTAMINACIÓN CUENCA SALÍ-DULCE”

Intervención de Antonio Elio Brailovsky

Cuando uno hace un balance de veinte años, siempre hay una sensación agrídulce. Hay claroscuros, hay una idea de “esto es lo logrado”, “esto es lo que uno fantaseaba que podría haber logrado”. ¿Cómo se balancea lo que se obtuvo con lo que se pensaba que se podría haber obtenido y quedó en el camino?

Digamos que la inclusión del tema ambiental en la Constitución Nacional significa la extensión de algo casi natural que venía, obviamente, planteado a partir del juicio, por ejemplo, que hizo Alberto Kattan, donde el ambiente era algo que se deducía de la forma republicana de gobierno. Entonces, esto no era un derecho garantizado explícitamente por la Constitución, sino uno de esos derechos que estaban implícitos en nuestro orden constitucional. Hay un montón de derechos que aquí no se enumeran pero que la forma republicana de gobierno hace que, en definitiva, estén. En la Convención del 94, lo que se hace es incorporarlo en un texto breve de índole muy general. Y aquí uno se pregunta cuál es la lógica con respecto a los derechos en la Constitución Nacional, y vuelvo al claroscuro. Yo creo que la Constitución Nacional es mucho más minuciosa, más profunda, y ha avanzado mucho más en la creación de instituciones que en el trabajar sobre derechos. Creo que hay una especie de desbalance entre ambos aspectos.

Efectivamente, hoy se trabajó mucho en esta jornada y se elogió a estas instituciones democráticas que se crearon. ¿Qué pasa con los derechos? Pasa que lo que se puso en el



texto constitucional en materia de derechos humanos es una especie de índice, un poquito de cada tema que remite a un cuerpo doctrinario muy fuerte, que son las convenciones internacionales de derechos humanos. Entonces, ponemos un poquito de este derecho, pero remitimos a la convención internacional sobre este derecho, que es muy minuciosa. Así, el resultado de esta Constitución fue una formidable ampliación de derechos por la incorporación al texto constitucional de este conjunto de convenciones internacionales, derecho de la mujer, del niño, de los inmigrantes, etc., etc.

De este modo, la lógica sería que remitiera a la convención internacional de derechos ambientales. El pequeño problema es que esa convención no existe. Sucede que a nivel internacional, el ambiente es el patito feo de los derechos humanos. No existe una convención internacional de derechos humanos ambientales. Existen convenciones de residuos peligrosos, de movimientos fronterizos, de mares, sobre recursos naturales. Ahora, el tema es que el ambiente tiene dos vertientes: una vertiente son los recursos naturales, la otra vertiente son los derechos humanos. Cuando uno plantea la deforestación está hablando de recursos naturales, cuando uno plantea personas intoxicadas está hablando de derechos humanos.

Tenemos mucho sobre especies de flora y fauna, pero convención internacional de derechos humanos ambientales no hay. Entonces, nos quedó este desbalance en el sentido de que sobre otros temas nos remitíamos al anexo de convenciones internacionales, pero sobre ambiente no, porque no existen. Nos quedó además un tema, que por motivos políticos no siempre se menciona, que es la comparación con la Constitución Nacional del 49 en términos de recursos naturales. Para la Constitución del 94, los recursos naturales son, claramente, de las provincias; para la del 49 eran, claramente, de la Nación. Por eso incluso prohibía la privatización de los servicios públicos. Aquí hay un cambio. Sin embargo, a veces se maneja un cierto equívoco y, justamente, estando en el lugar organizado y pensado para promover los derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo, es un equívoco que interesa aclarar aquí. Cuando la Constitución del 94 dice que los recursos naturales son de las provincias, no está diciendo que el ambiente es de las provincias, sino solamente que el componente del ambiente que se refiere a recursos naturales es de las provincias. El otro componente del ambiente, que son las personas intoxicadas, por ejemplo, que son los seres humanos afectados por el daño ambiental, no es exclusivamente provincial. Es competencia concurrente de provincia, municipio y Nación, simplemente porque los derechos humanos no son exclusivos de una jurisdicción, aunque los recursos naturales lo sean. Son dos vertientes diferentes del ambiente que a menudo se mezclan para eludir el tema. Pero el ambiente no son solamente árboles que se caen, no son solamente acuíferos dañados, sino que también son personas dañadas, y cuando toca a las personas, la jurisdicción es concurrente. De modo que esto es una interpretación de la Constitución que a menudo no se hace.

Dos años más tarde tuvimos la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires y en algún momento allí saltó que no teníamos este enorme cuerpo doctrinario de convenciones internacionales al cual remitirnos. Entonces, había que construir un texto mayor, más explícito y de mayor significatividad. Por eso, cuando uno compara la Constitución de la Nación con la Constitución de la Ciudad en términos ambientales, vemos que en la Ciudad hay un tratamiento mucho más minucioso, que es simplemente el reconocimiento de que, como no tenemos convenciones internacionales que digan lo que está diciendo el apéndice de la nacional, hay que ponerlo acá, en el cuerpo constitucional.

El primer aspecto que me interesa señalar es la declaración del ambiente como patrimonio común, es decir –y esto es ya una superación en materia de derechos con respecto a la

Constitución Nacional—, se puede hacer un amparo por razones de daño ambiental. En particular, incluye al particular afectado, a las ONG autorizadas a hacerlo y al Defensor del Pueblo. Pero para la Constitución de la Ciudad, lo puede hacer cualquier habitante. La diferencia reside en que para la Constitución Nacional el amparo tiene valor si logro demostrar que hubo un daño ambiental que me afecte en forma directa. En cambio, para la Ciudad, si logro demostrar el daño al patrimonio común del ambiente como algo de todos. Esto es mucho más claro pero, antes de hacer una crítica de la Constitución Nacional, uno puede decir: la amplitud de la Constitución de la Ciudad puede existir porque existió antes una puerta de entrada, que es la Constitución de la Nación. De modo que también fue un proceso de evolución extremadamente acelerado, en el cual en dos años se pasó de una declaración genérica a un texto mucho más directamente operativo.

Un texto como la Constitución de la Ciudad está planteando, por ejemplo, la existencia de herramientas participativas, como los derechos a la información pública, el rol ambiental del Defensor del Pueblo, está integrando el ambiente al patrimonio cultural —que no es sólo patrimonio natural, sino también patrimonio cultural—, plantea la preservación del ambiente de los barrios, ordena un plan estratégico que incluya al ambiente, y hasta un código ambiental con el cual todavía estamos en deuda. Es decir, herramientas mucho más aproximadas a lo que anteriormente se reservaba para la legislación, surgen del texto constitucional.

Incluye, también, algunas cuestiones con las que todavía estamos en deuda, como por ejemplo, la prohibición de autorizar en la Ciudad aquellas sustancias y tecnologías que están prohibidas en los respectivos países de origen. Sería bueno que empezáramos a ver cómo hacemos para llevarla a la práctica, como manda la Constitución de la Ciudad. Otra herramienta que no está siendo usada en todos los ámbitos del país es la evaluación previa de impacto ambiental sobre las obras que puedan tener un relevante efecto sobre el ambiente, con su correspondiente debate en audiencia pública.

Piensen ustedes, la Ciudad obligada a hacer una audiencia pública para discutir el impacto ambiental de una estación de subterráneo, de un cambio en un espacio verde. Sin embargo, todavía no tenemos a nivel nacional una normativa equivalente, que obligue a una audiencia pública, a una evaluación de impacto ambiental con audiencia pública cada vez que hagamos una central atómica. Y podemos tener, así, una larga discusión sobre si las centrales atómicas son horribles o maravillosas. Me parece que, más allá de la concepción que cada uno tenga del tema, debemos encaminarnos a hacer esta respectiva evaluación de impacto ambiental.

En cuanto a la aplicación de estos mandatos constitucionales del ambiente tenemos, por supuesto, lo que ha sido la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para actuar sobre el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. Como ciudadano uno se encuentra, nuevamente, con el claroscuro: ¿en todo este tiempo se ha hecho lo suficiente? ¿Se podría haber hecho más? ¿Es mucho, es poco? Y, realmente, desde el punto de vista de cualquier militante ambiental, diríamos que es poco, y desde una perspectiva histórica, también es poco; sin embargo, se hizo mucho más que en el siglo anterior.

Creo que cuando los mandos constitucionales son abiertos —abiertos en el mejor de los sentidos—, se dispara la imaginación para crear formas institucionales nuevas. Una de estas formas institucionales es, por supuesto, la que mencioné de la Constitución de la Ciudad, hija de la Constitución Nacional. Otra es la respuesta de la Corte ante el reclamo de todo el pueblo y de las ONG que plantearon: “queremos que se haga algo con la cuenca Matanza-Riachuelo”. Y ante esa propuesta, el mandato de la Corte ha sido generar un mecanismo



institucional, que no existía, y que es coherente. Porque, además, un país que nunca saneó el menor de los charquitos, de repente se encuentra con el desafío de solucionar el peor problema de contaminación hídrico del mundo. Entonces, el cambio de escala es tan importante que la Corte advirtió que no alcanzaba dar la orden de limpiar esa asquerosidad de una buena vez, sino que tenían que indicar pasos, dar órdenes procesales, poner jueces que hagan un seguimiento, indicar a cada una de las jurisdicciones que trabajen juntas, que hagan un comité de cuenca, que tengan en cuenta el tema sanitario.

Por supuesto, volvemos otra vez al tema de los derechos humanos: la calidad de las condiciones de salud de los habitantes de la cuenca no es un problema de recursos naturales, es un problema de derechos humanos. Y durante décadas, todas las jurisdicciones, Nación, provincia, municipios y demás jurisdicciones eludieron el tema de salud. Se hablaba de la calidad del agua, del olor, etc., pero olvidaban algo crucial: ¿qué pasa con la gente? Por eso, cuando la Corte ordena el estudio epidémico, está poniendo en el centro el hecho de que allí hay gente, habitantes cuyos derechos humanos están siendo afectados por la contaminación. Esto cambió el enfoque tradicional, el enfoque histórico, de congelar al ambiente en los recursos naturales. Insisto, no son recursos naturales, la visión de congelar el ambiente en los recursos naturales es interesada. Tenemos, entonces, una autoridad de cuenca por orden de la Corte, tenemos presupuesto, tenemos la directiva de ir ordenando los basurales, planificando obras de toda índole. Tenemos un proceso tremendo y lentísimo en marcha, pero un proceso que ha sido disparado por la participación ciudadana, y esto es lo fascinante de este proceso, en el que estamos invirtiendo la forma en que funcionó el Estado desde siempre. El Estado funcionó desde siempre a partir de un señor que bajaba ordenes, se llamara Julio Argentino Roca, Cornelio Saavedra, Sarmiento o quien fuera. Esta vez es un conjunto de ciudadanos que remite a la Corte, para que la Corte empiece a ordenar pautas. Cambia el rol de los ciudadanos, cambia el rol de la autoridad ejecutiva, cambia el rol del legislativo, cambia el rol de la justicia. Y lo cambia a partir de lo que yo creo que es la más importante función de la Defensoría del Pueblo, que es activar la participación ciudadana.

En muchos países las Defensorías del Pueblo han sido pensadas como forma de tranquilizar a la gente que tiene un conflicto: “Bueno, váyanse a su casa que el Defensor se va a ocupar”. Creo que esto está funcionando bien porque no fue un “váyanse a su casa que el Defensor se va a ocupar”, sino que fue un “vamos juntos”. El rol de la Defensoría del Pueblo creo que es no dispersar la participación ciudadana, no eludirla, sino liderarla. Realmente, en el caso del proceso de limpieza de la cuenca Matanza-Riachuelo, creo que tenemos el mejor ejemplo de cómo, cuando se asume esa responsabilidad, las cosas salen sorprendentemente mejor de lo que esperábamos. Gracias.

Intervención de Mario Campora (h)

Voy a seguir un poco la línea que ha marcado el doctor Brailovsky porque yo también me voy a referir, de alguna forma, a lo que ha sido el desarrollo, me parece, más interesante que ha hecho la Corte en estos años, que es la cuestión referida a lo que podríamos llamar el derecho procesal ambiental constitucional.

Hablar de la cláusula ambiental a veinte años de la reforma es referirse a un proyecto de sociedad, una sociedad que desea organizarse de una forma determinada respecto a su entorno vital. La historia de la Constitución nos enseña que sus normas son proyectos, que las normas de Constitución son derechos proyectados que hay que construir, y como hay

que construirlos, más que derechos son promesas que nos hacemos a nosotros mismos porque tenemos que cambiar para mejorar colectivamente.

Desde su nacimiento, desde su génesis, la Constitución se va ínsitas este tipo de promesas: promesa de cambio, promesa de control al poder, promesa de límite a la arbitrariedad –Siglo XVIII, a la Constitución francesa, la Constitución americana–; son promesas de limitar el poder absoluto del rey o la promesa de reconocer un determinado ámbito de libertad a los ciudadanos. Mucho más tarde, principios del siglo XX, por reivindicaciones populares, la Constitución incorpora la idea de que el Estado debe cumplir determinadas tareas. Es la Constitución social; el Estado promete remediar una desequilibrada distribución del poder político y del reparto de la riqueza a través de acciones positivas: derecho a la jubilación, de la niñez, del trabajador.

Después viene –no tanto tiempo después– el horror de la Segunda Guerra Mundial, las dictaduras en América Latina y todo occidente que decide incorporar la idea de los derechos humanos. Una nueva promesa, una tercera generación de promesas, esta vez derechos inalienables y progresivos, en el sentido de que una vez que están reconocidos no pueden ser retraídos: derechos culturales, derechos de las minorías. Esta –todos ustedes lo saben bien– es simplemente la historia de la ampliación de los derechos del hombre.

Ahora, todas estas son promesas que pretendieron evitar peligros graves de nuestro presente y muchos de nuestro pasado: el autoritarismo del rey, la distribución desigual de la riqueza, evitar los genocidios, evitar las dictaduras. Podemos preguntarnos entonces, a esta altura, ¿cuál es el peligro nuevo que nos acecha al punto tal de que en 1994 firmamos un compromiso, o una cuarta promesa, de protección al ambiente en el que vivimos? Intento una respuesta que, en realidad, le pido prestada al constituyente del 94. El artículo 41 de nuestra Cláusula Ambiental parece presumir que el peligro es que el hombre está destruyendo su entorno por culpa de una determinada forma de vivir y de producir. El artículo 41 nos da varios elementos para sustentar esta respuesta. Textualmente, es tal vez el artículo más alarmista de nuestra Constitución. Sus consignas son claras, su estructura parece serlo también. Son cuatro párrafos. Un primer párrafo que reconoce un derecho sustantivo ambiental, que define los derechos que gozan todos los habitantes y efectúa una caracterización muy clara del ambiente como sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Otra cuestión sería que nosotros podamos definir qué es el contenido de esta caracterización. También habla del principio de desarrollo sustentable.

En el segundo párrafo se delinean las obligaciones de los Estados y de los privados y se especifica una dimensión cultural del ambiente. En esta cuestión está muy claro que derecho ambiental y derecho de los recursos naturales, realmente, no son lo mismo. En términos constitucionales argentinos, sin ambiente equilibrado no hay desarrollo humano posible.

Viene el tercer párrafo que sigue organizando el esquema que pensó el constituyente. El tercer párrafo habla de un federalismo concertado, esto es que las provincias y el Estado nacional deben trabajar conjuntamente para cumplir con la protección del ambiente.

Finalmente, el cuarto párrafo es una revisión específica referida de ingreso al territorio nacional de residuos peligrosos y radiactivos. El cuadro de la Constitución es un cuadro general, pero podemos por lo menos dar una primera conclusión muy básica. Este constituyente fue perfume valiente, porque acuñó en 1994 una norma que mantiene viva la promesa que mencionaba como origen de la regla constitucional. La cláusula ambiental, en ese sentido, nos da herramientas muy genéricas, por cierto, que deben obligatoriamente ser desarrolladas, porque así lo dispuso la voluntad popular en la asamblea constituyente. Entonces, la pregunta es obvia: ¿qué hemos hecho a lo largo de estos veinte años para



que este derecho no termine transformándose en un derecho que parezca un paquete que nunca fue abierto, una especie de regalo cuyo contenido desconocemos?

Para estudiar y examinar muy someramente en los minutos que tengo, planteo dos preguntas. La primera: ¿cómo han interpretado los tribunales esta cláusula ambiental? La segunda: ¿qué leyes ha dictado el Congreso federal para precisar cómo debe entenderse este derecho a un ambiente sano, apto y equilibrado para el desarrollo humano?

Vamos al punto de vista de la justicia. Voy a citar tres causas, una de ellas ya ha sido desarrollada por el Dr. Brailovsky, de manera que simplemente voy a marcar un punto que se superpone ligeramente con lo que él dijo. La causa Riachuelo es el desafío que implica que las prácticas autodestructivas de la gran ciudad no terminen liquidándola. La cuestión es preguntarnos qué foro creamos para poder discutir esta cuestión. Lo interesante, me parece, de la cláusula Riachuelo es justamente la aparición del problema colectivo que afecta en forma homogénea a todos sus miembros. Ahí, obviamente, me viene a la mente la idea de las sanciones colectivas, del amparo colectivo del segundo párrafo del artículo 43. Entonces, en esencia, la cláusula trae la novedad de advertir que el problema ambiental es, en realidad, un problema de ausencia de foros públicos para resolver la contaminación que afecta a 14 millones de personas repartidas entre la Ciudad de Buenos Aires y al menos catorce partidos de la provincia.

La segunda causa es la causa Defensor del Pueblo con El Chaco. Es una causa iniciada en 2007 por el Defensor del Pueblo provincial contra el Estado nacional y contra la provincia. El objeto del amparo era por la situación de abandono de una comunidad indígena que habita hacia regiones de la provincia del Chaco y que no tenían acceso al agua, a la alimentación, a la salud y a la educación. Acá vemos el amparo ambiental desde otra perspectiva, no como el problema urbano general, sino como el problema de la vigencia de los derechos humanos a grupos claramente vulnerables. Es la dimensión cultural de la protección del ambiente.

La tercera causa que me interesa citar es *Salas Dino*. En este caso, se trata de una medida cautelar, solicitada para suspender el proceso de deforestación en determinados departamentos de la provincia de Salta. Acá el desafío es distinto. También es un desafío ambiental, pero responde al esquema de desarrollo económico. ¿Qué ocurría en el caso *Salas Dino*? Un grupo de pequeños productores cuestionaban el hecho de que había normas que estaban suspendiendo permisos de tala y desmonte. De manera que en estos tres casos que he descripto muy someramente, la aplicación de la cláusula ambiental reviste distintas formas: el ambiente como problema urbano, el ambiente en su dimensión cultural y el ambiente en su dimensión económica.

Me parece importante notar que en estos casos se reconocen foros antes que derechos. En esta comprensión, proteger el ambiente parece implicar, necesariamente, establecer procedimientos de toma de decisiones respetuosos del interés de las mayorías y de las minorías. No podemos olvidarnos que la promesa ambiental se deriva de una promesa previa, que es la promesa de los derechos humanos, cuya primera vocación es defender a aquellos que resultan minoritarios en el proceso político, los grupos socialmente vulnerables, los pueblos originarios, los jubilados, los discapacitados, los niños. En la ciudad y en el campo, todos estos son los primeros damnificados cuando el entorno vital se pauperiza, porque son aquellos que menos posibilidades tienen de abandonar su medio de vida. Podríamos debatir mucho tiempo sobre el éxito y el alcance de las medidas judiciales en este tema que he citado, pero confío en que hay un punto de partida común, que podemos

conciliar. En democracias masivas y complejas, siempre aparece la idea prudente de crear foros de discusión de problemas ambientales. Son problemas complejos, en los que se mezclan consideraciones de cultura, de sociedad, de desarrollo, con intereses políticos y económicos, que muchas veces terminan tomando la forma de problemas geoestratégicos. Esta multiplicación de foros resulta auspiciosa, una sociedad abierta, discutiendo cuestiones en forma horizontal. Pero cuando estos debates son auspiciados por el Poder Judicial, uno termina preguntándose: ¿Por qué es necesario crear nuevos foros? Digo, porque ya existen foros democráticos, todos los conocemos, algunos de ellos tienen jerarquía constitucional. Sin ir más lejos, el lugar por excelencia del debate político es el Congreso de la Nación. Entonces, esto me lleva a referirme a la actividad legislativa, como motor del desarrollo de la cláusula ambiental. En otras palabras, si el legislador no precisa qué es la cláusula ambiental, entonces termina por no ser más que la promesa de un derecho nuevo, o el regalo sin abrir. Entonces, preguntémosnos, 1994-2014: ¿Qué ha hecho el legislador para operativizar el artículo 41 de la Constitución?

La verdad es que esta parte de la exposición va a ser bastante corta.

Podemos empezar por recordar que en 2002 se dictó una ley general del ambiente, una ley ambiciosa, que dicta una serie de objetivos de política ambiental y una serie de principios mínimos ambientales. También crea el Consejo Federal del Medio Ambiente, como ámbito de debate. Esta ley marco, la primera de las leyes de los supuestos mínimos ambientales, es acompañada de otras –no son muchas–, en algunas temáticas específicas, que me voy a dar el lujo de citarlas a todas: la de residuos industriales, la de eliminación de PVC, la de aguas, la de gestión de residuos domiciliarios, la de bosques nativos, la de control de incendios y la de protección de glaciares. Esas son las normas de presupuestos mínimos ambientales que existen a 20 años de la reforma. Suman un total de ocho leyes reglamentarias, y no mucho más.

Esta falta de reglamentación legislativa –y ni hablar de la reglamentación de cada una de estas leyes– generó graves avisos por parte de la Defensoría del Pueblo de la Nación, ya en 2007. Leo simplemente una parte de la Resolución 3907: “El defensor del pueblo recomienda la inmediata reglamentación de la legislación ambiental, pues considera sumamente llamativo, pero injustificable, que ninguna ley de presupuestos mínimos de protección ambiental haya sido reglamentada integralmente, y puesta en vigencia por ninguna de las autoridades ambientales de la Nación, ni de las provincias, ni de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Obviamente, esta omisión impacta de lleno en la eficacia de la cláusula ambiental, tanto en su faz preventiva, como en su faz reparadora y en su faz indemnizatoria. Concretamente, demos algunos ejemplos de qué implica esta omisión. Por ejemplo, si bien en la Argentina tenemos una ley que protege los glaciares, no se ha hecho un inventario de glaciares que queremos proteger; si bien se ha previsto un fondo para prevenir daños en el ambiente, no se han previsto fondos para llevar a cabo esa prevención; si bien se ha creado un fondo para remediar daños ambientales colectivos, ese fondo no tiene un solo peso para compensar. Tal vez el ejemplo más claro es la omisión en la Ley de Gestión Ambiental de Aguas desde 2002. La única norma reglamentaria de la ley de aguas es el decreto que la promulga, y podríamos discutir si eso se considera norma reglamentaria. Entonces, ¿qué falta? Bastante, eso está claro. Pero, por lo pronto, tomar la norma en serio.

El artículo 41 es ambicioso, de textura flexible, que deja abierto un gran margen para que los argentinos nos preguntemos en cada comunidad, en cada provincia, qué entendemos cuando hablamos de un ambiente sano, apto y equilibrado para el desarrollo humano.



La reforma del 94 nos abrió el camino; las constituciones provinciales, ciertamente, han seguido ese camino, y la Ciudad de Buenos Aires también.

No dejemos que nuestros nuevos derechos sean pronto viejas promesas incumplidas. Mi intuición es que en los foros de debate democráticos, locales, horizontales e informados está la respuesta: sacar la discusión a flote, a la luz ciudadana, por más que nos parezca, habitualmente, el problema más urgente. La oscuridad y la lejanía espacial y temporal de los problemas ambientales establecen el costado más insidioso de nuestro nuevo peligro. La Constitución nos ordena buscar un ambiente de calidad. Me alegra saber que en estos foros nos reunimos en la búsqueda de realizar esta promesa pendiente. Gracias.

Intervención de Martín Díaz Achaval

Antes que nada, un enorme agradecimiento a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires que ha incorporado el tema de las cuencas agrídulces a la temática ambiental en una agenda que, obviamente, no le es propia, porque nuestra cuenca no llega, ya que muere en la laguna Mar Chiquita; por ende, es una de las pocas cuencas endorreicas del país y no llega bajo ningún punto de vista acá. Así que les agradecemos, porque es un tema que no les compete directamente, pero que habla de la generosidad con la que han encarado este tema. Las exposiciones anteriores me han ahorrado algunos minutos para hablar de cuestiones jurídicas.

Les agradezco, además, a todos ustedes por haberse quedado. Sé que están desde muy temprano en esta jornada tan larga, así que estoy profundamente agradecido. Voy a tratar de ser breve y de ser claro, cosa que no suelen ser sinónimos y no suelen estar en la misma frase, pero vamos a hacer el intento.

Para tratar de enmarcar, yo provengo de una provincia que sufrió un desastre ambiental importante a lo largo de su historia. Santiago del Estero es “del Estero” por la cantidad de agua que tenía y por los inmensos bosques que tenía la provincia. De hecho, el trigo con el que San Martín termina la campaña en el Perú, siendo la última región que le continuaba enviando alimentos, era de Santiago del Estero, y fue en ese sentido alimento –no digo totalmente, pero sí en un porcentaje importante– para las huestes que nos defendieron y nos liberaron. Esto por qué lo digo. Porque a Santiago del Estero se la tiene asociada a otra realidad, y es esa otra realidad justamente la realidad que fue generada por la actividad del hombre, por esa actividad a la que recién se refería el Dr. Cámpora cuando preguntaba qué se pretende proteger, de qué peligro. Es el peligro de destruir el entorno por una determinada forma de vida. Esa determinada forma de vida fue señalar que Santiago del Estero tenía que aportar la madera para los durmientes, el tanino; básicamente, los durmientes de los millones de kilómetros del ferrocarril que se hizo en el mundo y que fue parte de la entrega a los ingleses, quienes determinaron nuestro recorrido en el marco de los acuerdos económicos que signaron el siglo XIX y que hicieron que la provincia de Santiago del Estero, de ser productora, pasara a ser expoliada.

Recién el Dr. Brailovsky se refería a los recursos y a los derechos humanos. Parte de los derechos humanos, y sobre todo los que se reconocen ahora, tienen que ver con los derechos a desarrollar su proyecto de vida. El proyecto de vida y el proyecto de desarrollo de Santiago del Estero fueron totalmente destruidos por este concepto de economía. Ese hombre que criaba ganado y que cultivaba tenía que dejar de cultivar, dejar de criar

ganado, y agarrar el hacha y ponerse a voltear los árboles. Si no lo hacía no se cargaba su producción de grano en los trenes.

San Germés, uno de los dueños de los ingenios –hoy todavía sigue la chimenea en Santiago del Estero–, se arrojó al trapiche, suicidándose, porque no podía sacar la producción de azúcar de Santiago del Estero porque los trenes no la cargaban.

En aquella época, los indios –como les llamaban en aquel entonces– de Tucumán eran un poco más rebeldes que los de Santiago, por ende, era económicamente mucho más rentable producir en Santiago, sin embargo, los ingleses no permitieron que esto fuera así y no se cargaba en los trenes. Entonces, nuestra economía, nuestro desarrollo, nuestra cultura perdieron el derecho de autodeterminarse, y en virtud de todo eso pasamos a ser una provincia de hacheros; una provincia que no está acostumbrada a agregarle valor a la tierra; una provincia cuya población rural no está acostumbrada a generar riqueza, ni a vivir en una armonía, ni tampoco en una desarmonía, con el sistema que la rodea, y en donde la forma de vivir es extractiva: se extrae la madera del monte, se extrae el pez del agua o se caza al animal, pero no se genera esa riqueza, hasta que se acabó la madera, hasta que vinieron las grandes sequías.

Roberto Arlt, enviado por la Nación, escribió páginas hermosas, durísimas pero hermosas, de lo que era la descripción de la gran sequía de los treinta que cambió la economía y la situación de Santiago del Estero, y empezó a transformar a Santiago del Estero, que era boscoso, en el desierto que a lo largo del tiempo se fue desarrollando.

Mucho tiempo después, esa industria que se radicó en Tucumán y que al principio era una industria básica, terminó haciendo que Tucumán sea una provincia con un desarrollo industrial importante; de hecho, es la principal provincia industrial del norte de la Argentina, y tiene una importante producción de caña de azúcar en Santiago del Estero.

Así entramos en lo que es la temática de esta charla. Me parece importante señalar el marco, porque Santiago del Estero fue víctima de esa cultura del “no me importa el mañana”, “no me importa el desarrollo”, en una clara actitud de descuido del porvenir. Obviamente, esto implica una lesión a los derechos humanos de sus habitantes, porque aunque no se pueda detectar una persona directamente enferma, o perjudicada por alguna contaminación que sea tóxica, hay otras formas en que estos derechos pueden verse afectados. Destrozar las posibilidades socioeconómicas, por ejemplo, afecta sí al derecho humano de la autodeterminación y al derecho humano de desarrollarse. Inclusive al derecho social y civil de poder autodeterminar su propio gobierno. Esto lo digo porque las posibilidades productivas limitadas, hicieron que Santiago del Estero no pudiera desarrollarse, por lo que desde 1850 en adelante la cantidad de habitantes en la provincia prácticamente no ha variado. Muchos tuvieron que irse a vivir a otro lado, lo que vulnera también el derecho de elegir donde vivir.

Dicho esto, vamos ahora a la causa actual para descubrir por qué la Defensoría del Pueblo adopta esta causa con la fuerza con que lo hace y también el motivo por el cual se la ha incorporado como una política de Estado. Tucumán produce azúcar en una enorme cantidad, es el principal productor de azúcar y el principal exportador de biocombustibles del país, y uno de los principales exportadores de biocombustibles del mundo.

Vamos a explicar brevemente de qué se trata el proceso de destilación del mosto de la caña de azúcar. Los biocombustibles, que se incorporan a partir del año 2010 en los combustibles fósiles en un 17% –que es muy positivo en el sentido de que se reduce la contaminación–, tienen algunos subproductos. El subproducto del proceso de destilación se llama vinaza. La vinaza es un producto altamente corrosivo, de una enorme acidez, muy agresivo, que



secuestra el oxígeno en una enorme proporción. Por cada litro de biocombustible de etanol, se producen trece litros de vinaza. El año pasado se generaron trescientos millones de litros de biocombustibles en Tucumán. Eso, multipliquémoslo por trece para obtener la cifra de vinaza que se ha producido. Y no es solamente la producción de vinazas, sino también la producción de cenizas, porque para producir la destilación se quema el bagazo de la caña, que calienta las calderas, que permite que suceda el proceso de destilación, que no es otra cosa que la evaporación y el secuestro del vapor. La cantidad de ceniza es enorme. El otro subproducto es el agua de lavado de caña, que se lleva a cabo después del trozado, arrastrando residuos de azúcar, restos de tierra, etc.

Todo esto en el agua, entre otras cosas, agota el oxígeno disuelto del agua, provocando mortandad masiva de peces. Nosotros, tanto en 2010, como en 2011, levantamos setenta toneladas de peces muertos cada año. Esto llevó a que, conjuntamente con el Gobierno de la provincia de Santiago del Estero, instemos una demanda. Esto se hizo de esta manera para que la Corte Suprema tuviera competencia originaria, ya que para que la Corte fuera parte en el proceso era necesario que fuera una provincia contra vecinos de otra. Entonces, como Defensoría del Pueblo, nosotros podíamos demandar al Gobierno de la provincia de Tucumán o demandar a un sector de la industria, y elegimos demandar solamente a los productores alcohólicos. A pesar de que la industria del azúcar no es la única que contamina en Tucumán, y que el resto de la industria tucumana tampoco tiene mecanismos de control, decidimos dedicarnos a un solo sector con el propósito de generar resultados. Nuestro interés no era plantar bandera, sacarnos una foto y decirnos "qué bonitos que somos". El interés de la Defensoría era ganar la causa, no ganar la sentencia, sino tratar de hacer cesar los mecanismos que llevaron a la contaminación. Lo que nosotros queríamos era que comience a cesar la contaminación y poder tener otro tipo de oportunidades. Entonces, se eligió tácticamente un sector, que era el sector que afectaba de forma más visible y más clara, provocando la mortandad de peces. Una vez determinado el objetivo, buscamos el apoyo de la provincia, porque la Defensoría, que es un ente autárquico necesitaba de la provincia para tener competencia originaria. El Gobierno de Santiago del Estero mostró su apoyo.

Sin embargo, en un principio, a pesar de haber conseguido el dictamen a favor de parte del procurador general, no se llegó a profundizar en la causa, porque hubo una convocatoria por parte de la Secretaría de Ambiente de la Nación para llegar a un acuerdo entre la industria y el Gobierno de Tucumán, comprometiéndose a algunos puntos que nosotros exigíamos como básicos para firmar un acuerdo. Hablando en crudo, querían ver de qué forma nosotros retiraríamos la demanda. La demanda no la retiramos. Lo que podemos hacer es pedir una suspensión de plazos, para lo cual la industria tucumana debe dejar de arrojar vinazas, dejar de arrojar cenizas, comprometiéndose, a su vez, a suspender la producción en caso de incumplimiento de los acuerdos. Queremos, también, que Santiago del Estero pueda inspeccionar a la industria de Tucumán y que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación sea el garante en la cuestión. ¿Para qué necesitábamos que sea el garante? Para que si la Secretaría de Ambiente de Tucumán no cerraba la industria, no sancionaba, ordene la Secretaría de Ambiente de la Nación. La verdad es que se accedió, por ende, nosotros firmamos un convenio con cuatro partes. Obviamente, no vamos a firmar un convenio con los demandados; firmamos con la Secretaría de Ambiente de la Nación, con el Gobierno de Tucumán y con el Gobierno de Santiago. Y aquí la Defensoría, como una parte extraña al Poder Ejecutivo, firma un convenio en un sentido igualitario. Para

que firme este convenio, el Gobierno de Tucumán tuvo que dictar una ley para autorizar que nosotros entremos al territorio tucumano y le midamos el agua a Tucumán.

Bueno, los acuerdos son estos. A partir de 2012 no podía haber vinaza; el agua de lavado de caña se iba a prorrogar en el tiempo por una cuestión operativa hasta 2013 (de hecho, este año está comenzando a suceder). Santiago del Estero realiza monitoreos a los demandados; Santiago del Estero realiza monitoreos a los tributarios y se sanciona a los diversos ingenios que han violado ese acuerdo. La Defensoría activa como la encargada del mecanismo de control participativo, liderando el proceso de control de participación ciudadana en ese sentido.

¿Qué es lo que se realiza? Hicieron programas de reconversión industrial y se realizan los controles desde dos puntos de vista, los cuales, para nosotros, están interrelacionados a través de las inspecciones a los ingenios y los monitoreos a los ríos y tributarios. Los monitoreos se hacen en doce puntos distintos; se utiliza una sonda multiparamétrica que nos permite recabar determinada información, y en el caso de encontrar alterados algunos de los parámetros que podrían detectar la presencia de vinazas o cenizas, se toma la muestra, se activa la alarma y se empieza a recorrer aguas arriba para determinar cuál es el origen de esta contaminación.

Yo sé que muchos de ustedes son de la zona, así que tengan en cuenta lo que es la envergadura, el tamaño de la superficie de la que estamos hablando.

La zona de trabajo es el Gran Tucumán: toda la zona de Ciudad de San Miguel de Tucumán, Yerba Buena, Tafi Viejo, Lules, la Banda del Río Salí. Solamente el embalse de las Termas de Río Hondo tiene un 40 por ciento más de superficie que todo lo que es la ciudad de Tucumán. El recorrido que realiza diariamente el equipo de monitoreo es un lazo alrededor del ingenio tomando la ruta, nada muy complicado: doce puntos. Se realizan los controles cotidianamente y la alteración se avisa. Son 1.000 kilómetros que se recorren todos los días, dos veces por día —en realidad son 500 y 500— desde el 1º de junio del año 2012 hasta la fecha. De hecho, en cada punto podemos informar qué cantidad de oxígeno disuelto tiene el agua o qué cantidad de conductividad o los niveles de cualquiera de los parámetros que marca la sonda, en qué momento del día, no en qué época o en qué mes, sino qué día y a qué hora.

Quiero aclarar que cada ingenio no es como las industrias que por ahí se ven; el ingenio más chico tiene 16 hectáreas de tamaño globalmente. Son máquinas enormes, son grandes.

Existen puntos de alerta temprana, porque esta cantidad de nutrientes llevó a un peligro extra en el embalse, que es el aumento de la presencia de algas (yo soy abogado, así que sépanme disculpar los que son biólogos si cometo errores). Cuando estas algas mueren, cuando desaparece la pared celular, aparece un nivel tóxico que puede ser importante y eso puede producir daños en la piel. De hecho, estas algas están en el dique San Roque, en Córdoba, en Carlos Paz. Se puede convivir, pero tiene que controlarse. Ese es otro programa que también estamos desarrollando, y que permite además verificar el estado de agua dentro del embalse. Para eso tenemos un par de botes con los cuales también se recorre una vez por semana estos puntos, siempre y cuando el clima lo permita.

Por cada punto que se recorre se limpia la sonda.

Los monitoreos de inspecciones empezaron en enero de 2012. Hasta la fecha, no hubo más eventos de mortalidad masiva como la que hemos visto hace rato. Si bien los niveles de oxígeno disuelto siguen siendo bajos en algunos tributarios en la etapa de la zafra, en otros tributarios los niveles de oxígeno son altos. Pero lo que a nosotros nos importa es lo que tiene que ver con vinazas y cenizas, y la vinaza y la ceniza generan un alto nivel de



conductividad y una enorme acidez; eso no se volvió a repetir. Queda mucho por hacer, pero se avanzó bastante.

Los mecanismos de transporte son provisorios, pero este es un proceso que recién comienza hace dos años y que ha tenido enormes avances.

Quiero señalar que el Gobierno de Tucumán cumplió, que cumplió el Gobierno de la Nación a lo largo de todo este proceso, y más allá de que hay discusiones, hay cruces, hay escritos que se han presentado en la Corte con diferencias importantes, y seguramente los va a seguir habiendo, ha habido avances que han permitido trabajar.

Prefectura también ha prestado colaboración, tanto con la Defensoría como con Ambiente de la Nación y de Tucumán. Han hecho cursos, porque tampoco se puede meter en el embalse y pagar los seguros, que son importantes, sin los cursos aprobados.

Actualmente es de destacar la presencia de aves y de peces. Esa es la recuperación que tiene el ecosistema, que se relaciona con un proyecto de vida y de desarrollo.

También hay grupos de kayakistas y demás gente que realiza ecoturismo.

Recalco la presencia de las aves. ¿Por qué lo hago? Mucho se habla de la contaminación orgánica, que es lo que nosotros hemos encarado, pero también hay intereses creados alrededor de generar el concepto de que hay una contaminación inorgánica importante. Yo no quiero negar la existencia posible de algo de contaminación inorgánica, pero lo que quiero señalar es la vida del sistema cuando se le quitó el elemento de la vinaza, que es el que nosotros señalábamos. Los peces comen los microorganismos y son comidos por esas aves, y no se detectó nunca mortandad masiva de aves. Quiero decir con esto que no hay envenenamiento de aves. Hay un proceso que podría haber derivado en la destrucción del ecosistema. Ustedes aquí, en la cuenca Matanza-Riachuelo, tienen un proceso que ha destrozado prácticamente el ecosistema; una planificación urbana que no ha tenido en cuenta todo eso. Nosotros hemos querido apuntar hacia otro lugar y evitar esta cuestión. La política —hablo no de la política partidaria, sino de la política institucional— reclamó a la Justicia esta causa. ¿Qué quiero decir con esto? Nosotros fuimos a la Justicia porque la política no lo solucionó, y para evitar un fallo judicial nuevamente, los sectores políticos tomaron una decisión, coordinados por la Secretaría de Ambiente de la Nación, controlados por los interesados con mecanismos de participación ciudadana, con el Consejo de Defensores de la Cuenca y creado a instancias de la Defensoría del Pueblo de la Nación, que ha colaborado enormemente con todo este proceso, y con la participación de ONG en los controles que nosotros estamos realizando, y se ha generado una modificación del sistema. Recién, creo que fue el Dr. Brailovsky el que señalaba la envergadura de la escala que significa la cuenca Matanza-Riachuelo. Nosotros no tenemos esa escala. Nuestra contaminación y nuestras industrias son más reducidas, menos agresivas, por lo que el ecosistema tiene mayor capacidad de reacción. Pero es un camino a seguir.

La Defensoría del Pueblo no tomó el rol de quedarse mirando a ver cómo se resuelve. Salimos y ejercimos mecanismos de control. Cabe aclarar que nuestros empleados no fueron gente contratada al efecto, sino empleados administrativos comunes de la Defensoría, a quienes se les fue enseñando, mediante cursos de capacitación. Salimos a comprar sondas multiparamétricas, marca Horiba, sin tener la más remota idea de qué diablos era eso. Y tampoco teníamos idea cómo se realizaba todo el proceso de control, no sabíamos nada de hacer inspecciones. Esto porque a ninguno, jamás, en ninguna requisitoria de personal, en ninguna entrevista laboral, se le había preguntado cuáles son los mecanismos de inspección. Sí se le había solicitado saber sobre cuestiones jurídicas, cuestiones de derecho, pero no la

mecánica práctica, porque las Defensorías no son, técnicamente, organismos de gestión. Yo rescato que las Defensorías del Pueblo, bien pudieron haber sido pensadas para entretener, para calmar a la masa, pero que sin embargo, los hechos, las situaciones y las decisiones políticas —yo reivindico la palabra política, política de gestión— le han reclamado trabajar desde un rol activo. En nuestro caso, hemos podido ejercerlo. Creo que, tal como se dijo recién, hay que aspirar a que las Defensorías asuman ese rol de protagonismo para la participación ciudadana, que traten de transformar esas promesas que anuncia la constitución en hechos.

Nosotros tenemos esta humilde experiencia para aportar, experiencia exitosa, y recordar que normalmente los sistemas complejos funcionan a partir de sistemas simples que funcionan, que andan. Simplemente eso, y muchísimas gracias.



DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, ART. 42.

CN EL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN Y DE CONTROL EN LOS ENTES REGULADORES

Intervención de Leandro Vergara

Un agradecimiento para la Defensoría y, en particular, a Raúl Gustavo Ferreyra, porque siempre es el motor impulsor del contacto que tenemos con la facultad, y Raúl Gustavo Ferreyra siempre se ocupa de que vengamos a la Defensoría y para nosotros es un placer venir en cada instancia.

Las palabras de Norberto Darcy son muy propicias. Me parece que él dijo acá hay que hablar en clave constitucional y la verdad es que el compromiso es con los veinte años. Si bien somos especialistas, cultivamos la disciplina del derecho privado, pero la Constitución también nos convoca. Lo relacionamos con la Ley del Consumidor. Todos sabemos que tenemos el artículo 42, que fue el gran introductor donde se les consagraron nuevos derechos y garantías a los usuarios y consumidores. Se hizo toda la enumeración de todos estos derechos que tienen, una enumeración ciertamente abierta, amplia, muy abarcativa, muy tuitiva, porque es colectiva, trato digno, seguridad, libertad de elección, intereses económicos; es decir, hay una consagración de derechos y, a continuación, el artículo 42 hace una encomienda –yo diría que es un verdadero mandato a la legislación– para que proponga o realice procedimientos eficaces de prevención. Creo que es la palabra clave. La clave constitucional es el nuevo mandato. Y me parece que esta suerte de mandato constitucional modifica o, de alguna manera, genera una nueva función a la responsabilidad general.

La responsabilidad civil –como ustedes saben– se ha ocupado siempre de compensar el daño sufrido. Siempre fue así. Se paga lo que se daña. En función de la responsabilidad,

ciertamente, solamente indemnizar, dejar indemne a la víctima. El artículo 1083 del Código Civil lo dice con toda claridad. Entonces, toda la cabeza, toda la tradición de hacer siempre lo mismo, nos viene diciendo que la única función que tiene es compensar el daño. Y acá tenemos una nueva función y la palabra es prevención.

Ahora bien, con la fuerza de la Constitución viene la Ley del Consumidor, vienen las sucesivas reformas y aparece por fin el daño punitivo. El daño punitivo es aquel que castiga una conducta disvaliosa. Punir es castigar. Pero, ¿qué ocurre? El daño punitivo trastoca toda la tradición y concepción del derecho de la responsabilidad civil. Porque si ahora lastimamos, lesionamos o menoscabamos un derecho de un consumidor, no solamente hay que reponerlo, sino que también, tal vez conforme al artículo 52 bis, castigarlo. Elementos de eficacia de prevención. ¿La prevención se corresponde con el castigo? ¿El castigo es propio del derecho de responsabilidad civil o el castigo estaba más reducido a otros derechos más específicos, como el derecho penal? Aunque ni siquiera castiga, quién podría reconocer que el derecho penal sirve para castigar. Estuvo Zaffaroni acá. Nadie podría decir que el derecho penal es para castigar. Ahora, el derecho civil está dedicándose a punir, a castigar. Ya tenemos un primer problema.

Un problema de orden constitucional, porque, ciertamente, si el derecho no es para castigar y habría un mal argumento de orden constitucional para decir que esto es así; resulta que viene la Ley del Consumidor para proteger a los usuarios y a los consumidores y se da la facultad de poder castigar, a través de este artículo 52, de poder castigar. Entonces, la primera pregunta sigue siendo si es constitucional o no constitucional. Lo que sería la doctrina de los derechos del consumidor, la doctrina de derecho privado, en realidad, que fue la que más se ha ocupado del tema, está dividida. Los tradicionalistas dicen que se trata de algo que no es propio del derecho civil, que contradice todas las funciones esperables del derecho civil. Y que justamente el derecho civil no puede ocuparse como se ocupa el derecho penal cuando se trata de punir. No digo castigar, porque el proceso civil es un proceso distinto al proceso penal, tiene otras garantías, donde se inhibe el núcleo pro inocencia. Imagínense, una rebeldía en el derecho civil, ¿qué generaría?; es decir, toda la estructura del proceso penal está formado con ciertas garantías que no son propias del derecho civil. Entonces, tenemos una observación que me parece tiene cierto andamiaje. ¿Cuál es la tradición del derecho a castigar que existe en el derecho anglosajón conocido por todos ustedes? Vemos películas, leemos los diarios, las tabacaleras, juicios. Mayora Williams 76.500.000 dólares, porque la Phillip Morris no le avisó que cuando fabricaba los cigarrillos podía morir de cáncer. ¡Qué mala es la compañía! La condena 76.500.000 dólares más 800.000 dólares de daños compensatorios. Otro antecedente fuerte, el Dr. Gore, el médico que se compra un BMW repintado y condenan a pagar a la defraudación del pobre Dr. Gore, muy afectado en la sociedad en ese momento, a quien le vendieron un auto repintado por nuevo y lo condenan a pagar 800.000 al daño compensatorio y creo que eran 45 veces más de los 800 mil, porque estaba repintado. Y lo de las tabacaleras es tremendo, porque fueron muy malos y hay que castigarlos. Entonces, esta idea de castigar es una idea muy cómoda para el derecho. Porque resulta que el daño punitivo viene con esa tradición, castigar las severas inconductas de los agentes dañadores.

Dos o tres cosas rápido. ¿Es válido trasladar todo ese paquete a nuestro medio? ¿Es esto compatible con la Constitución Nacional? En realidad, está hablando de prevención. Reconocemos que es un mandato constitucional, lo reconocemos con validez constitucional. Cualquier norma que sirva para prevenir es compatible con nuestra Constitución, pero



¿cualquier norma que sirva para castigar es compatible con la Constitución Nacional? Ustedes, dirán en todos esos casos en que hay que motivar a la gente dañadora para que no realice más daño, si no le ponemos una pena severa va a repetir la conducta. En qué medida este instrumento, esta función de castigar es compatible con la conducta que esperamos, que es que no se repita el daño. Ustedes me dirán que siempre que se paga hay, de alguna manera, un castigo; o sea que es un anverso y un reverso que no es fácil escindir. Porque cada vez que a mí me condenan a pagar una multa para que no vuelva a incurrir nuevamente en la conducta; es decir, para que no la repita, prevenir, en cierta manera, es un castigo, porque tengo que pagar un monto. Una cosa sería el cumplimiento de una función secundaria, una función principal y una función secundaria, y otra cosa es una disfunción. Estoy diciendo también o sugiriendo que quizás sea de algún modo tolerable, una función secundaria o una función principal, que no es lo mismo que una disfunción. Ciertamente, cuando se paga un daño compensatorio, también es una manera de castigar. ¡A ver si es agradable repararle los daños a la víctima! En el sentido de que no pago exactamente el daño, porque ustedes bien saben que vienen los costos principales, los secundarios; es decir, el sistema funciona pagando un poco más de lo que dañé. Y si esto no funciona, se igualan en el ojo por ojo. Eso no funciona de manera adecuada al servicio de la prevención, porque no se va a motivar en la gente evitar la conducta dañosa. ¿Cuál es la preocupación? La preocupación es encontrar una multa civil, así se la llama, pese a que también el artículo 52 bis dice “daño punitivo”. Tenemos el problema interpretativo de los alemanes. Si forma parte el título o el contenido de la norma, pero multa civil, ciertamente, por lo menos nos invita pensar que no estamos hablando de castigar o penar. Y quiero aclarar que “punitivo” no es lo mismo que “penal”, aunque hay un parentesco semántico, no es lo mismo. La pregunta es: ¿se puede condenar a pagar más del daño realizado y que esa pena adicional o ese valor adicional sirva para prevenir conductas futuras? Yo creo que sí. En muchos supuestos, creo que sí, pero cuando es expresión de una prevención y no cuando es una expresión del castigo. Porque el castigo, ¿cuándo termina? ¿Cómo castigamos adecuadamente una mala conducta? Los ejemplos jurisprudenciales actuales nuestros son ciertamente penosos. El más grotesco, ustedes lo conocen. Es el caso del gel íntimo en la botella gaseosa. Lo miro a Javier que es especialista en el caso. Ahora bien, condenaron a la empresa a 2.000.000 de pesos, porque el consumidor no sé qué problema tenía con el gel íntimo y se concilió que era una conducta terriblemente maliciosa... No sé, no tiene el menor sentido.

Les cuento rápidamente. En los tres o cuatro casos *leading cases* norteamericanos hoy la Corte Suprema norteamericana está cuestionando severamente los montos de daños punitivos. Hay una fórmula que dice que no está probado que una condena menor también —hubiera o no una condena tan alta— sirva para la prevención. Al pobre Gore, no tan pobre, no es un factor de enriquecimiento, no estaba probado —se dijo— que dándole menos plata también iba a servir de prevención; es decir, puede haber una cantidad de dinero que esté al servicio de la prevención. Hay casos muy puntuales. Por ejemplo, todos los gastos, en determinado tipo de accidentes, hay que meterse en caso por caso, si yo no gasto, puede ser un factor que sirva para motivar. No gasté, por ejemplo, en construir un guardarail y eso, evidentemente, hubiera evitado el accidente; o sea, ahí puede haber un plus que sirve para generar una conducta futura interesante. Es decir, creo que caso por caso nos puede ayudar para tratar de construir una doctrina que esté, verdaderamente, al servicio de la prevención.

Les cuento a título informativo que, por ejemplo, el Código Civil de Quebec dice con toda claridad que el daño —se lo sigue llamando punitivo— es hasta el límite de la prevención; es

decir que habría que ver que el monto de condena extra adicional esté relacionado con la conducta que se quiere motivar. Yo no creo que esto sea imposible. Si la prueba pudiera estar dirigida a demostrar que esa cantidad de dinero, de haberse invertido, hubiera evitado tal o cual conducta, quizás ahí tendríamos un parámetro para establecer la prevención. Y no estamos hablando del castigo.

También se puede construir a partir de analogías. Hay una doctrina interesante que promueve el profesor Picasso, de forma muy interesante a la que yo suscribo. Se puede utilizar la analogía. La analogía nos dice, por ejemplo, los poseedores de mala fe de algo ajeno, ¿qué tienen que devolver aparte de la cosa de mala fe? Los frutos. Entonces, cuando yo me apropio de un derecho ajeno, piensen en cualquier supuesto en el cual un consumidor pierde un derecho, porque la empresa o quien sea se apodera de algo ajeno. Esa expropiación de ese bien ajeno, esa ganancia que recibió son equivalentes a los frutos ajenos adquiridos de mala fe y, por lo tanto, se los tiene que devolver.

Se puede construir una doctrina, una interpretación que busque relacionar la prevención con esa analogía. A mí me parece que tenemos un caso interesante, pero igual estamos hablando de analogía. No es el 52 bis, no es el establecimiento normativo de un daño, de una multa civil claramente establecida. En la analogía siempre hay relaciones de parentescos, correctas, semejanzas. Cualquier cosa puede ser en vías de la analogía relacionada con cualquier otra cosa. Umberto Eco siempre dice el ejemplo. Miren, en una frase en la que esté el adverbio “mientras” y el sustantivo “cocodrilo”, al menos va a haber una relación entre los dos que pertenezcan a una misma frase; es decir, la analogía nos permite siempre ir realizando ciertas conexiones, pero no puede reemplazar a una norma bien definida.

En el 52 bis, la redacción no ayuda para nada. Es pésima, es lamentable. Los parámetros son dos: gravedad y circunstancia del caso. Los pocos que interpretaron este artículo han dicho que la gravedad tiene que ver con la conducta maliciosa del agente dañador. Y, ciertamente, gravedad y circunstancia del caso pueden interpretarse perfectamente. En otra oportunidad podríamos conversar, sobre lo que son los elementos al servicio de la prevención. Las circunstancias del caso o la gravedad. ¿La gravedad de qué? De que no se repita la conducta, no la gravedad de castigar al culpable. Muchas gracias.

Intervención de Laura Pérez Bustamante

Muchas gracias por estar aquí y, especialmente, a las personas que tuvieron la amabilidad y la consideración de invitarme, al Dr. Ferreyra, al Dr. Darcy, la Dra. Goldcher, que siempre con mucho afecto me invitan y me reciben.

Yo estoy convocada por un viejo amor, que es el derecho constitucional. Yo sí vengo del derecho constitucional, así que me han traído al panel indicado. Hace veinte años estaba recién recibida y recién se empezaba a estudiar –algo que estudié con el profesor Ferreyra– derechos de tercera generación. Se había creado una nueva categoría jurídica y yo no encontraba mayores respuestas en la doctrina constitucional de ese momento, donde los grandes juristas que teníamos empezaban a fallecer. Y no teníamos doctrina constitucional de derechos de tercera generación. Como tenía la mentalidad inquieta me puse a trabajar y, así, me dediqué a la investigación.

Investigando me dije que, si algo merece pertenecer a una categoría jurídica, debe tener algún o algunos elementos que lo distinguen de otras. Así me puse a trabajar en ver qué



elementos distintivos tenían los derechos de tercera generación. Encontré que básicamente tenían ontología transversal, que eran interdependientes, que no se podía estudiar uno sin estudiar el otro y que, obviamente, el definir dentro de una categoría jurídica un derecho tenía que tener un efecto jurídico práctico sí o sí.

Y eso sucedía y eso sucede hoy con el derecho del consumidor. Para darles un ejemplo concreto: las categorizaciones clásicas de las ramas del derecho. Las clasificaciones, no son apropiadas para el análisis y para el estudio del derecho del consumidor. Decir que el derecho del consumidor es una nueva rama del derecho es de dinosaurio jurídico. Y que me perdonen todos mis queridos amigos y profesores que se dedican a esto. Hoy cuando se habla de rama del derecho, la intención es reconocerle una importancia, es ascenderlo en la jerarquía de las clasificaciones que solemos usar. Antes era una porción del derecho de las obligaciones. Después, que lo peleaban los civilistas y los comercialistas. La verdad es que el efecto práctico de la ontología transversal del derecho del consumidor hace que no se pueda hablar del derecho del consumidor como una rama. Y el segundo efecto jurídico que tiene esta clasificación es que las instituciones clásicas que hacen a las ramas del derecho presentan problemáticas a la hora del abordaje respecto del tratamiento, del análisis y de la eficacia de las instituciones propias de cada una de las ramas del derecho decimonónicas. Un ejemplo claro lo planteaba recién el Dr. Vergara. ¿Cómo entendemos el daño punitivo? ¿Es un daño punitivo o es una mala traducción de algo que acá debió introducirse de otra manera? ¿Se corresponde con el derecho civil? ¿No se corresponde? Tal vez, para salir de este entuerto que propone no solamente el derecho civil en el punto de daños punitivos, es un ejemplo claro, pero sucede con muchas de las instituciones del derecho del consumidor. Quizás, la clave para no caer en semejantes problemas estriba en tratar la ontología transversal y entender los fundamentos sobre los cuales operan estos nuevos derechos, cuáles son las realidades de base, cuáles son los intereses en juego, cuáles son las necesidades a regular y cuál es el momento sociohistórico que vive el planeta en relación a este derecho. Este derecho que estamos diciendo que es aplicable a otros derechos de tercera generación.

Entonces, cuando hablamos de daño punitivo, cuando hablamos de daño directo, de las distintas figuras, cuando hablamos de los tribunales administrativos de defensa al consumidor, cuando hablamos del rol del juez en los procesos judiciales no estamos hablando de situaciones que fueron pensadas y reguladas por los legisladores decimonónicos; estamos hablando de otras realidades donde la incidencia colectiva es un factor común, aún en las causas individuales.

Cuando hablamos de prevención —el Dr. Vergara lo explicaba bien y muy claramente—, se dice que el daño punitivo tiene una función preventiva desde lo disuasorio. ¿Por qué? Porque ya no se está mirando el efecto *inter partes* de la sentencia sino, la incidencia colectiva y el enriquecimiento ilícito. Lo que se está tratando de disuadir es esa ecuación morbosa que han tenido muchas empresas que han sido sancionadas fuertemente —que son de conocimiento de ustedes y que el doctor trajo algunos casos en daños punitivos—, que es la especulación entre pagar un monto determinado por el daño a una persona que sufrió por un vicio de fabricación una cosa dañosa y por otro lado, el lucro ilegal obtenido si no cambio la práctica. Precisamente a eso es a lo que ataca el daño punitivo, que es el mismo fundamento que tienen las autoridades de aplicación de la ley de defensa al consumidor cuando aplica multas, no mira el problema del denunciante y el proveedor, mira la incidencia colectiva, la distorsión en el mercado, protección de toda la masa que es clienta de esa empresa. Lo mismo hacen

los entes reguladores. Cuando se pone una sanción no se está mirando solamente el perjuicio individual. Ejemplo, si a mí me ponen un servicio de mantenimiento interno de boca de teléfono que yo no pedí y me cobran treinta y cinco centavos por mes, la multa que le va a poner la Defensa al Consumidor o la CNC no va a ser en relación a mi caso, va a ser por los once millones de clientes que tiene Telefónica; para que no sea ventajoso mantener la conducta antijurídica en el tiempo. Y esa es la visión.

¿De dónde parte esa visión? De un replanteo. Los derechos de incidencia colectiva rompen el molde. Si los vamos a analizar desde las instituciones clásicas, no cierran en ningún lado. Gracias a eso y a las malas redacciones, el postgrado de defensa al consumidor que yo dirijo tiene muchos alumnos para poder entender qué diablos dice la ley y cómo opera. La propuesta es, en definitiva, volver al derecho constitucional. Repensar las instituciones y pensar que los institutos que proponen las ramas del derecho clásico deben ser útiles para entender la actividad y regularla, y no deben ser un obstáculo al pensamiento superador. La idea es, entonces, ver qué tenemos que regular y qué instituciones son eficaces en ese punto. No estamos tan solos en el mundo. Todas las legislaciones de consumo tienen sus ejes fundamentales basados en el mismo principio que se van repitiendo, más rápido o más lento, en las legislaciones de defensa al consumidor de todo el mundo.

Hoy decía el Dr. Darcy que estamos en una nueva etapa de la evolución del derecho del consumidor y es cierto. Estamos con un proyecto de ley que en realidad son tres. Volvemos a la interdependencia de los derechos de tercera generación. Cuando hablamos de abastecimiento, hablamos de consumidor. Obviamente. Cuando hablamos de lealtad comercial, hablamos del consumidor. Estos tres proyectos tienen un mismo sentido. Específicamente, el de consumidor y el de acceso a la justicia. Hay muchas voces que ya están hablando de profundizar este proyecto, porque tiene una idea buena que es crear un fuero federal -como decía el Dr. Darcy- de consumo, pero está limitado de una manera que va a traer ciertos inconvenientes en la práctica judicial, que es una limitación por monto. Crear una Justicia federal y especial sólo para menor cuantía hace una discriminación entre consumidores que no tiene razón de ser y, además, aporta a la inseguridad jurídica. Porque si alguien con mayor cuantía, alguien que excede el monto va a parar a la Justicia comercial, posiblemente, le apliquen los principios de la Justicia comercial y no de la Justicia de consumo. El resultado es aleatorio, como es hoy.

La propuesta que estamos haciendo es de hacer una Justicia federal, sin tope, con diferenciación de procedimientos para atender esta variedad de conflictos de consumo que se presentan hoy en día, que están básicamente divididos en tres: los de menor cuantía, los tradicionales que conocemos como causas civiles y comerciales asociadas con salud, asociadas con el derecho mercantil, los bancos, las telefónicas y los procesos colectivos que requieren la profundización para garantía de los derechos patrimoniales de los representados. Y acá volvemos con las características constitucionales del derecho del consumidor. Se requiere un cambio en el rol judicial y una articulación entre los garantes del orden público de consumo que son: el Ministerio Público, las autoridades de aplicación de la ley del consumidor y los jueces. El juez, cuando le presentan un acuerdo para homologar entre un representante colectivo y una empresa, no puede pensar que está frente a un expediente clásico donde se pusieron de acuerdo y es un expediente menos. Las partes saben cuáles son sus mejores intereses. ¡No, señores! ¡Son los intereses de terceros sobre los cuales está trabajando! Y ha habido escándalos que están en la Justicia penal, justamente, por falencias.



Como todo por algo pasa, podemos decir como avance en el tema que los jueces han tomado nota de esto, y en la actualidad hay un movimiento notorio, hay una preocupación mucho mayor de los jueces a la hora de homologar acuerdos hechos por representantes colectivos, hay mayor cuidado, hay comunicación con las autoridades de aplicación; se les pide opinión, se les manda dictámenes. Entonces, esto es un avance.

Estamos trabajando, estamos movilizándonos. Vamos hacia algo mejor. No está todo tan negro ni tan mal, que es perfectible ciertamente.

Y otra cosa en la que, seguramente, vamos a tener que avanzar y ser perfectibles es en la participación de los entes reguladores. Cuando la Constituyente del 94 diseñó el esquema de participación en los entes reguladores, lo hizo desde un doble carácter y doble perspectiva. El control de la actividad y la promoción de la democracia participativa. En este último plano, los artículos 39 y 40 sobre consulta e iniciativa popular no se encuentran aislados filosóficamente del resto del articulado y de las instituciones que la Constitución del 94 propone. Un ejemplo de esto lo vemos en este tema. La democracia participativa extiende los horizontes de la intervención popular en los procesos de toma de decisiones públicas, alcanzando la actividad de los entes reguladores. Así hace lo que en doctrina conocemos como la teoría del control doble de los entes hacia los prestadores de los servicios públicos, y de las asociaciones de consumidores a los entes y a los prestadores. Esta afirmación presenta un dilema cuando se discute cuál debe ser el alcance del control de la participación. Algo que ni bien nació la Constitución del 94 sucedió fue que empezó la puja de poderes. ¿Cuál es el rol de la participación? ¿Deben estar integrando a los directorios de los entes reguladores las asociaciones? ¿Deben ser un órgano consultivo? Esta puja hasta la actualidad llegó a que solamente en el ente de la Ciudad tienen rango de director los representantes de los consumidores. Mientras que en el resto de los entes reguladores tienen carácter de órgano consultivo y sus opiniones no son vinculantes.

Ahora bien, en el caso de los representantes de usuarios integrantes del directorio, ¿podemos decir que ejercen un control sobre el ente? Ciertamente, no. Son parte del ente. Y ahí tenemos un problema, no se cumple el axioma del doble control.

El segundo interrogante, corresponde preguntarnos sobre si el sistema de participación mediante el espacio consultivo ha demostrado ser más eficaz. La respuesta vuelve a ser negativa. Basta con observar nuestra realidad diaria, observar una factura, y los que sabemos de derechos del consumidor vemos que no se cumple con las normas en cuanto a la información obligatoria que deben contener. Y cuando se citan artículos, se citan con un contenido distinto al del texto. ¿Cuántos años hace que están las organizaciones de consumidores siendo órganos consultivos? Y acá no es una cuestión ni de buena ni de mala fe, sino de eficacia. No estamos haciendo cuestiones valorativas, sino de eficacia. ¿Es eficaz o no es eficaz? Aparentemente, no ha sido eficaz ni de una ni de otra forma. Salvo, algunos éxitos esporádicos, pero no ha sido en general.

¿Y ahora qué hacemos? Tal vez sea el momento de repensar el sistema de posición con el objetivo de alcanzar mayor eficacia. Se requiere —a mi modesta forma de ver— un cambio cultural, donde la participación ya no sea vista como un estorbo o como una mera formalidad, en el sentido estricto del término como muchas veces se utiliza, para entenderla como un aporte. Tal vez no sea el estatus de la participación como rango de director o como órgano consultivo y su mayor o menor apego a las teorías lo determinante, sino el consenso respecto de la importancia social de esta participación. Por eso hablo de un cambio cultural. No se trata de ideas utópicas. Lentamente, vamos avanzando hacia ese

cambio. Basta recordar lo que eran las audiencias públicas a fines de los noventa. Si alguno ha estado ahí, eran terribles. Cómo cambió hoy el tema. La propia Corte Suprema toma en cuenta y muy en serio la participación pública. Convoca a audiencias cuando no tiene la obligación de hacerlo. Recuerden la causa *Salas*, la causa *Mendoza*. Tenemos avances, no es todo negro. Obviamente, falta mucho por recorrer.

Otro tema a pensar es la participación directa de los usuarios en el control de los entes. Porque hasta ahora damos por sentado que la participación es a través de los representantes, pero ¿qué pasa cuando el representante colectivo pierde la legitimación social? Señores, este es un tema que tenemos que debatir. Y no vamos a entrar en los problemas adicionales del control, pero que existen, existen. Pero, ¿qué pasa? ¿Un usuario individual está legitimado para participar directamente? Yo no veo obstáculo, ni desde el punto de vista constitucional, ni legal. De hecho, muchos usuarios individuales participan en las audiencias públicas y en causas judiciales, cuyos resultados indefectiblemente tienen incidencia colectiva e influyen en la actividad de los entes de control.

Dejo como idea para pensar esta exhortación al cambio cultural en lo que es la consideración de la participación pública, y seguir remando en el día a día con nuestras acciones cotidianas para que esta sea una realidad más grande de la que es hoy. Muchas gracias.

Intervención de Laura Clérico

Nota del Editor: La intervención de la Dra. Laura Clérico fue reemplazada, a su expreso pedido, por la ponencia que se publica a continuación.

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: NOTAS Y PREGUNTAS A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

I. Introducción

Los constituyentes de 1994 receptaron —en forma expresa o implícita— diagnósticos en varias partes de la Constitución reformada. En este trabajo identificamos, por lo menos, dos. En el inciso 23 del artículo 75 establece que no existe igualdad real de oportunidades para el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los IIDH en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Para solucionar esta desigualdad que opera de hecho, determina que el Congreso Nacional debe legislar y promover medidas de acción positiva. Dos conclusiones intermedias: primero, el carácter abstracto con que suelen ser reconocidos los derechos (piénsese por caso en el encabezado del Art. 14 “todos los habitantes”) es martillado por la desigualdad de hecho del artículo 75 inciso 23 CN. Si bien todos los habitantes tienen derechos, los colectivos del artículo 75 inciso 23 se encuentran en peores condiciones para gozarlos de forma efectiva. Segundo, el diagnóstico es la desigualdad fáctica en el goce efectivo de los derechos para las personas con discapacidad.

Hay otro diagnóstico perdido en los incisos del artículo 75 que habla de una desigualdad en los hechos. Cuando la Constitución reformada se refiere a la nueva cláusula de la prosperidad —artículo 75 inciso 19 CN— establece que el Congreso Nacional debe proveer el crecimiento



armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Segundo diagnóstico: desigualdad en el desarrollo de las provincias, visto desde abajo hacia arriba, desigualdad en los hechos para habitantes de algunas provincias en el acceso a los derechos. Por ejemplo, las niñas con discapacidad en situación de indigencia residentes en El Impenetrable del Chaco, que no cuentan con una obra social y sólo tienen acceso al sistema público de salud (para el acceso al derecho a la salud), se encuentran en peores condiciones que un varón joven que reside en el barrio de Puerto Madero de la Ciudad de Buenos Aires y que posee obra social y está adherido al sistema de medicina prepaga⁷² (y además es potencial usuario del sistema de salud público, si en su caso alguno de los otros dos subsistemas fallan en la cobertura). Esta desigualdad dada por la situación económica-social, el género, la edad, el lugar de residencia de la persona, converge en varios casos con la situación de discapacidad de la persona. El resultado: un agravamiento de la desigualdad de hecho para el goce efectivo de los derechos. Reiteramos: El carácter abstracto del reconocimiento de los derechos es martillado por la desigualdad de hecho del artículo 75 inciso 23 y del artículo 75 incisos 19 y 2 CN. El constituyente bosquejó un diagnóstico e identificó el camino por donde deben transitar las soluciones: las medidas de acción positiva.

Así, proponemos una lectura de la reforma de 1994 de las luces y sombras de la reforma en materia de derechos⁷³, desde la perspectiva de los colectivos que se encuentran en desigualdad de hecho para el ejercicio de los derechos, diagnosticada por el 75 inciso 23, 75 inciso 2, 75 inciso 17 e inciso 19: niños y niñas, mujeres, personas en situación de discapacidad, ancianos, comunidades indígenas; y, en especial, a los efectos de este trabajo, en relación con los derechos de las personas con discapacidad. En este trabajo nos guiará la tesis sostenida por Fara⁷⁴, que dice que el amplio desarrollo normativo sobre derechos de las personas con discapacidad no se condice con la falta de cumplimiento sistemático de las obligaciones que surgen de ese mapa normativo.

II. Desarrollo normativo

En un informe reciente de la Organización Mundial de la Salud se establece que más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad. Respecto de esas personas, alrededor de 200 millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento: “tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad”⁷⁵. Las razones de esta desigualdad son conocidas: “los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios que muchos de nosotros consideramos obvios, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte o la información. Esas dificultades se exacerban en las comunidades menos favorecidas”⁷⁶. Ante esta situación, la obligación estatal

72. V. Clérico, L.; Scioscioli, S., “El derecho a la salud de las personas con discapacidad y el impacto del derecho constitucional internacionalizado en la regulación de las actividades de las prepagas”, en JA 2/4/2008.

73. Aldao, M.; Clérico, L., *La igualdad en la reforma del año 1994. La igualdad “des-enmarcada”*, Eudeba, 2014 (en publicación).

74. Fara, Luis, “Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad”, en: Acuña/Bulit Goñi, *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, SXXI Editores, Buenos Aires, 2010, pp. 180 y ss. 75. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

75. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

76. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

en términos igualitarios es “emancipar a las personas que viven con alguna discapacidad y suprimir los obstáculos que les impiden participar en las comunidades, recibir una educación de calidad, encontrar un trabajo digno y lograr que sus voces sean escuchadas”⁷⁷.

Al respecto, no se trata sólo de aprobar normas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas que generen condiciones para posibilitar el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, se requiere también que éstas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. Por ejemplo, en el caso del sistema normativo argentino, muchos expertos coinciden en que se cuenta con un amplio desarrollo normativo. Ese mapeo normativo se caracteriza por la enfatización de ciertos puntos comunes que se refieren a las normas que trabajan la materia con carácter integral –que de ninguna manera pueden ser leídos con el afán de opacar el conglomerado de otras leyes nacionales, provinciales y locales, normas reglamentarias que se refieren a la materia, pero no de forma integral–, y por coincidir –por supuesto siempre con matices– en la exhaustividad con que se trabaja la diversidad y complejidad de los diversos supuestos de discapacidades⁷⁸. Una de las primeras normas que trabaja la discapacidad en forma integral es la Ley 22431 dictada en 1981 durante un gobierno de facto. Esta ley que crea el “Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas” y su reglamentación por el Decreto 498/83 se refieren a la “asistencia”, prevención, salud, trabajo, educación, seguridad, transporte y arquitectura. Esta norma ha sido blanco de diversas críticas. Por un lado, tiene un problema de legitimidad democrática, fue dictada por un gobierno de facto; además, fue dictada por un gobierno represor y violador de derechos políticos, civiles, económicos y sociales. El panorama es conocido. La pregunta es cómo ocurrió. Los expertos lo imputan a dos hechos: el desarrollo de la movilización internacional en favor de los derechos de las personas con discapacidad; y a las biografías personales de algunos funcionarios del gobierno de facto que influyeron en ese sentido. Otra crítica se refiere al modelo rehabilitador al que responde, en el que la persona con discapacidad es etiquetada por la imposibilidad, por la “deficiencia” con la que puede realizar actividades etiquetadas como “normales”⁷⁹. La respuesta estatal pone el énfasis en la “rehabilitación”. El otro problema de la norma es que no es precisa en relación con el financiamiento del sistema⁸⁰. El resultado inmediato: en los hechos no fue cumplida. Esta norma sigue vigente hasta la actualidad, aunque, por cierto, modificada en parte por las que siguen. A fines de 1997 se aprueba la Ley 24901, que establece el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Esta ley se aprueba a tres años de vigencia de la reforma de 1994. Recordemos que (en el Inc. 23 del Art. 75) la Constitución diagnostica que las personas con discapacidad no se encuentran en igualdad de hecho para el ejercicio de los derechos. En principio entonces, la Ley 24901 debería ser leída en clave de medida de acción positiva para sacar al colectivo desaventajado de la

77. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

78. Fara, Luis, “Análisis de la normativa nacional orientada a las personas con discapacidad”, en: Acuña/Bulit Goñi, *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, SXXI Editores, Buenos Aires, 2010, pp. 180 y ss.

79. Sobre los diversos modelos desde los que se concibe la “discapacidad”, v. Rosales, P., *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378)*. Comentada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

80. Fara, Luis, *op. cit.*



situación de desigualdad estructural. Sin embargo, el contexto económico político en que se aprueba la reforma de 1994 demuestra la falta de voluntad política para que el artículo 75 inciso 23 CN se hiciera carne con efectos transformadores. El momento de la reforma estuvo dado por fuertes políticas neoliberales, que respondían al llamado consenso de Washington, recetadas desde los organismos de crédito internacional, léase, entre otros, FMI y Banco Mundial. Esa política se concretizó a través de leyes y varios decretos de necesidad y urgencia sobre emergencia económica y, por el otro lado, reforma del Estado. En fin, los gobernantes de entonces aceptaron que el Estado perdiera en buena parte su poder regulatorio⁸¹ y de prestador de servicios; servicios que en la mayor parte de los casos generan las condiciones para el acceso a los derechos para los colectivos estructuralmente desaventajados (Art. 75 Inc. 23 CN). Parte de la academia constitucional –desde diversos lugares– no tardó en marcar esta falta de sintonía entre la reforma y el contexto político y económico⁸². Para Pisarello⁸³ la reforma de 1994 responde a constituciones (interpretamos como constituciones fácticas en el sentido de Lasalle)⁸⁴ que incluían una mayor contención del gasto público, la apuesta a las privatizaciones, por la liberación del comercio internacional, las inversiones extranjeras y la retirada de los controles públicos sobre los poderes del “mercado”. Para María Angélica Gelli: “En medio de este impulso privatista con predominio mercantil, actos de fe liberal y retroceso del Estado, se produjo la reforma constitucional ... (el contexto); así, la protección de usuarios y consumidores ingresó en la Constitución, mientras el espacio público disminuía ostensiblemente y cada persona se tornaba usuario vulnerable, en un creciente mercado de consumidores”⁸⁵. La Ley 24901 responde al contexto político económico de los noventa y no a las lecturas emancipatorias que se pueden hacer de la manda de igualdad receptada en el artículo 75 inciso 23 CN. Las sombras de la Ley 24901 para los derechos de las personas con discapacidad empiezan por seguir sosteniendo el carácter subsidiario del papel del Estado⁸⁶. Otorga protagonismo a las obras sociales en el cumplimiento de las prestaciones en un contexto de fuerte desempleo

81. Vita, L., “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina”, en Clérico, Aldao, Ronconi *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I.82. OMS Informe Mundial sobre la Discapacidad, 2011.

82. Aldao, M., Clérico, L., *La igualdad en la reforma del año 1994. La igualdad “des-enmarcada”*, Eudeba, 2014 (en publicación)..

83. Pisarello, G., *Un largo Termidor*, Madrid, Trotta, 2011.

84. Lasalle, F., *Qué es una Constitución*: “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal como son”. “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder”. Si Uds “... vuelven a verse alguna vez en el trance de tener que darse a sí mismos una Constitución, espero que sabrán ustedes ya cómo se hacen las cosas, y que no se limitarán a extender y firmar una hoja de papel, dejando intactas las fuerzas reales que mandan en el país”.

85. Gelli, M. A., *Constitución Nacional Comentada*, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 462.

86. V. arts. 3 y 4 de la Ley: ARTICULO 3º — Modifícase, atento la obligatoriedad a cargo de las obras sociales en la cobertura determinada en el artículo 2º de la presente ley, el artículo 4º, primer párrafo de la ley 22.431, en la forma que a continuación se indica: El Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, los siguientes servicios. ARTICULO 4º — Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado.

y trabajo no registrado, y luego lo extiende a las empresas de medicina prepaga⁸⁷: “Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1º de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas”. Para quienes se encuentran en relación de trabajo formal, la norma puede arrojar luz, ya que determina con cierta claridad las obligaciones de prestación de la respectiva obra social: una de arena⁸⁸. Sin embargo, a continuación sigue otra de cal. En el contexto de aprobación de la norma y por varios años más, los índices de desempleo o de trabajo no registrado fueron altos⁸⁹, con lo que la norma sólo respondía a la situación de desigualdad de una parte del colectivo. Los que quedaban por fuera de los sistemas de obras sociales y de medicina privada, dependen de que el Estado nacional, provincial, local –según el caso– cumpla con sus obligaciones prestacionales. Sin embargo, esto no garantiza igualdad en los hechos. Pensemos por ejemplo el acceso a los servicios públicos de salud, el panorama es muy diverso y afecta especialmente a las personas con discapacidad usuarias del sistema público que se encuentran en las regiones con peores indicadores⁹⁰. En suma, la ley, si bien para algunos es un avance, para otros es insuficiente y deficiente, con lo que enfatiza la “segmentación” en el ejercicio de los derechos⁹¹. Esta segmentación es justamente uno de los aspectos que la manda de igualdad del artículo 75 inciso 23, en combinación con el artículo 75 incisos 19 y 2 de la CN, está llamada a desterrar⁹².

87. V. Clérico, Ronconi, Scioscioli, Aldao, Mendizábal, “El subsistema privado de salud en Argentina. Notas y preguntas sobre el ‘Marco regulatorio de la medicina prepaga’”, en: Clérico; Ronconi; Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud*, T. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013, pp. 1417-1495; León Florián, Felipe Johan, *La eficacia de los derechos sociales entre particulares*. Fundamento y posibilidades, Perú, Pensamiento Constitucional, 2013, en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8963>

88. Fara, Luis, *op. cit.*

89. Si bien no se especializa en el derecho a la salud de las personas con discapacidad, De Fazio explora en un trabajo reciente la relación entre el acceso al derecho a la salud, las obras sociales y los sindicatos en un contexto de alta tasa de desempleo y de trabajo no registrado, De Fazio, F. “Sindicatos y Obras Sociales”, en: Clérico, Ronconi y Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.

90. El sistema de salud en Argentina fue objeto de un largo proceso de descentralización que implicó la provincialización de los hospitales públicos y otros centros de atención. La mayor parte de los estudios sobre política social coinciden en marcar que esta descentralización respondió a una lógica meramente fiscalista para disminuir el llamado “gasto público” nacional. La descentralización vino así acompañada del desfinanciamiento a ese sector, en especial, en el marco de transformación económica operado en la década de los noventa. El traspaso fue asimétrico, se traspasaron los hospitales y otros establecimientos públicos de salud pero no así los recursos necesarios. Aún más la descentralización no tuvo mayormente en cuenta un diagnóstico completo y convincente de la desigualdad de armas (en términos de infraestructura, equipos de personal de la sanidad y técnicos, entre otros) con que cada una de las provincias recibían las transferencias. Así, los servicios transferidos encontraron a los estados provinciales con estructuras e institucionalidades dispares que no favorecieron a que esos estados pudieran hacerse cargo de las obligaciones de forma suficiente e igualitaria.

Así, la descentralización unida al desfinanciamiento en el contexto de un sistema de salud mixto caracterizado por la fragmentación, la desarticulación y la falta de coordinación interjurisdiccional implicó en términos de derechos el incumplimiento de obligaciones estatales que en varios casos configuraron violaciones claras y graves al derecho a la salud tanto en el acceso como en la calidad del servicio.

91. Fara, Luis, *op. cit.*, p. 128.

92. Aldao, M., Clérico, L., *La igualdad en la reforma del año 1994. La igualdad “des-enmarcada”*, Eudeba, 2014 (en publicación).



En paralelo, el Estado ratificó dos instrumentos internacionales de derechos humanos de suma importancia para la cuestión: en 2000, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; y en 2008, la aprobación y ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. Ambas convenciones trabajan con los derechos de las personas con discapacidad desde el modelo social, en mayor medida aun la de 2008. Este modelo se presenta como respuesta a las críticas realizadas al modelo rehabilitador que aún tiñe las prácticas⁹³. El modelo social considera a la discapacidad como una construcción. Por ejemplo en el apartado e) del Preámbulo de la Convención del 2008 se sostiene: “Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En el modelo social se enfatizan los factores sociales que dificultan, impiden que las personas con discapacidad puedan ejercer los derechos en igualdad de condiciones. La meta es que la sociedad transforme la forma en que hasta ahora ha concebido a la discapacidad. Por ejemplo, se trata de concebir los espacios para que todos tengan acceso de forma universal. Así, de acuerdo con el artículo 4 de la Convención, los Estados tienen la obligación de emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal; esto es según la definición del artículo 2: “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El ‘diseño universal’ no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”.

En suma, como sostuvimos en otro lugar, en ese marco la manda del artículo 75 inciso 23 CN, las Convenciones aprobadas en 2000 y 2008 marcan avances en los derechos de las personas con discapacidad. Las obligaciones que imponen al Estado requieren de medidas transformadoras. Sin embargo, al momento de la reforma de 1994 no existía la voluntad política ni las fuerzas políticas necesarias para que lo ganado en igualdad en el papel se convirtiera en tal en la práctica en el corto plazo. Si bien son normas exigibles, no implicaron cambios estructurales en la distribución del poder económico, social, político, cultural, que empoderara a los grupos más desaventajados⁹⁴. En la actualidad —y a 20 años de la reforma— los obstáculos se vislumbran además en la falta de cumplimiento sistemático de las obligaciones que surgen del amplio marco normativo. En este escenario cobran especial importancia todos los actores que pueden mover este tipo de reclamos en las diferentes arenas políticas, administrativas, judiciales⁹⁵: los afectados individuales,

93. V. Rosales, P., *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378). Comentada*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

94. Aldao, M., Clérico, L., *La igualdad en la reforma del año 1994. La igualdad “des-enmarcada”*, Eudeba, 2014 (en publicación).

95. Los derechos en su función de derecho a la organización y procedimiento tiene como sujeto estatal obligado también al poder judicial. El acceso a la justicia y el procedimiento debe ser interpretado de forma tal que posibilite en la mayor medida posible la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Esto obliga a volver la mirada sobre la forma en que los jueces y tribunales (inferiores) interpretan el acceso a la justicia y las normas de procedimiento para que de todas las posibles interpretaciones se inclinen por aquellas que tiendan a la mejor protección del derecho (incluida las cuestiones sobre la admisibilidad de la acción de amparo y la interpretación de la prueba, entre otras, como se tratan en los casos: “SMF” CSJN-18/6/2008; “Mosqueda” CSJN-7/11/2006, Fallos: 329:4918; “María” CSJN-30/10/2007); V. Clérico,

grupos de base, las organizaciones no-gubernamentales⁹⁶ especializadas en el tema, las organizaciones sindicales; y los órganos de los diferentes poderes estatales que participan en el diseño, ejecución y control de las medidas sobre discapacidad⁹⁷, las Defensorías públicas, el Poder Judicial, etc.

III. Los incumplimientos

Una de las dificultades para que las personas con discapacidad puedan gozar del ejercicio de los derechos en igualdad real de condiciones, radica en el cumplimiento insuficiente de las obligaciones que surge del conglomerado normativo sobre discapacidad⁹⁸. Esto implica, en la práctica, que algunas personas con discapacidad puedan gozar en forma efectiva del derecho recién cuando obtengan una respuesta favorable del reclamo intentado por vía administrativa o judicial para exigir el cumplimiento de las obligaciones por los sujetos obligados. En forma más o menos explícita, varios expertos han tomado como indicador los litigios iniciados por incumplimientos de una de las leyes marco sobre discapacidad, la Ley 24901. Fara clasifica estas dificultades en tres⁹⁹:

- a) la demora y los obstáculos para obtener el Certificado de Discapacidad, que funciona como la puerta de acceso a la solicitud de las prestaciones básicas;
- b) el financiamiento de las prestaciones para aquellas personas que quedan por fuera de la Ley 24901, es decir, las que son usuarias del sistema público de una Provincia que aún no ha adherido a la Ley 24901; o de una persona que posee una obra social no integrada al sistema nacional (por ejemplo, obras sociales nacionales que están por fuera de la Ley 23660; obras sociales provinciales que no adhirieron a la Ley 24901). Esta dificultad responde a la forma en que se interpreta el federalismo en materia de discapacidad. Si bien el desarrollo normativo, Ley 24901, que se interpreta fija pisos básicos en materia de protección integral, es producción normativa del Congreso de la Nación; las obligaciones respecto de la ejecución de esas normas se interpretan desde los Estados locales (municipios), provinciales y Estado

L., "El derecho a la salud de las personas con discapacidad además como un derecho de organización y procedimiento: 'S.M.F', 'Martín' y 'Gallardo'", en *JA* 2010-II, Suplemento del fascículo n. 7, pp. 24-32; asimismo sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad bajo consideración de las Reglas de Brasilia, v. Rosales, P., *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (ley 26.378). Comentada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012., art. 13, pp. 193-200.

96. V. Chudnovsky, M., Dal Masetto, F., "Luces y sombras de las organizaciones sociales y su relación con el Estado", en: Acuña/Bulit Goñi, *Políticas sobre la discapacidad en la Argentina. El desafío de hacer realidad los derechos*, Buenos Aires, SXXI Editores, 2010, pp. 255-308.

97. Moro, J., Dal Masetto, F. P., "Análisis de los organismos gubernamentales y estatales", en: Acuña/Bulit Goñi, *op. cit.*, pp. 191-254.

98. Con sus luces y sombras el desarrollo normativo no sería el problema, sino su incumplimiento. Sin embargo, un caso especial de falta de desarrollo normativo lo conforma la falta de reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental del año 2010, v. Macarena Sabin Paz, Laura Sobredo, Rosa Matilde Díaz Jiménez, Soledad Ribeiro Mieres, "El dilema de los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial. Entre el reconocimiento de la norma escrita y la insuficiencia de prácticas transformadoras.", en: CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2013 - 1a ed.* Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013, pp. 389-440: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS.%20Informe%202013%20\[completo\].pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS.%20Informe%202013%20[completo].pdf)

99. Por supuesto, la clasificación de los incumplimientos se amplía si se considera el extenso mapa normativo, el propio Fara (*op. cit.*, pp. 180-185), los clasifica en: supresión de barreras físicas, accesibilidad al transporte público y estaciones, acceso al empleo, educación inclusiva, pequeños comercios para personas con discapacidad, entre otros.



nacional, para el caso de las personas que no cuentan con una obra social integrada al sistema nacional o una empresa de medicina prepaga. Son varias las estrategias argumentativas que se vislumbran cuando se realiza un análisis jurisprudencial pormenorizado. Por ejemplo, algunos Estados u obras sociales provinciales¹⁰⁰ alegan la estructura federal del Estado argentino para eximirse del cumplimiento de las obligaciones que surgen del bloque de constitucionalidad y federal de las que emanan las obligaciones prestacionales. Este argumento es bifronte. Es utilizado tanto por las provincias como por el Estado nacional. Por un lado, las provincias se ampararían en las competencias que tendrían para reglamentar la materia salud, por lo que obligarlas en virtud del cumplimiento de estándares que surgen de normas de fuente nacional o federal –incluso con jerarquía constitucional– implicaría avasallar la autonomía provincial. Por su parte, la Nación alegaría que como es competencia de las provincias, las primeras en responder serían ellas y esto eximiría al Estado nacional¹⁰¹. La intervención de la Nación implicaría avasallar la autonomía provincial. Todo ello ha generado la necesidad de acudir a la justicia para exigir el cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho (a la salud) de las personas con discapacidad;

c) disputa acerca de la “naturaleza” de las prestaciones establecidas por la Ley 24901 (preventivo, de rehabilitación, educativas, educativas-terapéuticas y asistenciales; de transporte) y, por ende, del alcance de las obligaciones impuestas a los diversos efectores habilitados para cumplir con la prestación. Por ejemplo, algunas obras sociales se niegan a cubrir la prestación de acompañante terapéutico con el argumento de que no responde a una prestación de salud. En diversos trabajos de análisis micro de jurisprudencia sobre reclamos sobre la base del derecho a la salud, en general, sin acotarlo sólo a las personas con discapacidad, realizamos una clasificación teniendo en cuenta el objeto del reclamo¹⁰². Obtuvimos dos resultados: el tipo de reclamos habla de los incumplimientos clasificados por Fara; segundo, en buena parte de los reclamos, la accionada es una persona con discapacidad. Por un lado, los incumplimientos que Fara presenta en el análisis macro se confirma en el análisis micro y se diversifica aún más por el incumplimiento de las obligaciones que se refieren, en algunos casos, a prestaciones que son típicamente referidas a salud.

La Corte Suprema tiene jurisprudencia relevante sobre el tema del derecho a la salud de las personas con discapacidad; sin embargo, no ha mostrado aún intención de arrojar alguna

100. Por ejemplo, este es el argumento implícito en la argumentación de la obra social provincial en “ICF”, CSJN-30/11/2008. Cfr. “Romero, Silvina y en rep. de María Laura c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.)” C. Civ. y Com. Salta, Sala III, 25/08/2009 LLNOA2009 (diciembre), 1071 AR/JUR/31273/2009; “Soleres Adriana Adelina c. IOSPER y otro”, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, Sala I de procedimientos constitucionales y penal, “Soleres, Adriana Adelina c. IOSPER y otro”, 31/10/2008, La Ley Online: AR/JUR/21082/2008; “Albornoz, José Luis y otra c. I.O.S.P.E.R”, 03/11/2008, LL Litoral, 2009, 292; “Toconas, Juan Pedro c. Instituto Provincial De Salud De Salta”, C. Civ. y Com. de Salta, Sala III, 20/08/2009, LLNOA2009 (noviembre), 970, AR/JUR/31274/2009; “Nievas, Mario R. y otra c. D.O.S.”, C. C., Com. y Min. de San Juan, Sala I, 29/12/2004, LLGran Cuyo 2005 (octubre), 987; “Donadio, Laura Noemí c. O.S.E.P.” 27/02/2009, C. C., Com., Min., de Paz y Tributario de San Rafael LLGran Cuyo 2009 (mayo), 399; “Bleynat, Héctor Juan c. Dirección de Ayuda Social del Congreso de la Nación”, C. Nac. C. y Com. Fed., Sala I, 26/02/2009 La Ley Online; “Vera Tello, Paula María y otra”, C. C., Com. Min. de San Juan, Sala I, 03/09/2008 LLGran Cuyo 2009 (marzo), 197.

101. CSJN-18/9/07, caso *Passero*.

102. Clérico, L.; Vita, L. (2013), “El derecho a la salud en la Provincia de Buenos Aires”, en: Clérico, Ronconi, Aldao (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013.

mirada general a las fallas estructurales del sistema a pesar de la reiteración de los reclamos que resuelve. Por ahora, funciona como instancia de discusión de la falta de cumplimiento de obligaciones puntuales. Así, la respuesta parece depender de la gravedad de la situación del afectado y de la urgencia con la que deba ser cumplido el deber positivo para remediar la violación al derecho a la salud de la persona con discapacidad. El Estado nacional debe responder para evitar incurrir en responsabilidad (también internacional). Debe proveer la prestación (como por ejemplo la entrega del medicamento, de la prótesis, etc.) con la urgencia y oportunidad que el caso exige sin liberar al Gobierno provincial o la obra social de sus obligaciones, ya que es el Estado nacional el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de la persona con discapacidad, y de asegurar la continuidad de su tratamiento. Esta obligación se desprende de una línea jurisprudencial copiosa¹⁰³ con inclusión del caso *Passero*¹⁰⁴. Sin embargo, esta regla tiene una excepción cuando la provincia u obra social obligada pueda responder de forma inmediata, eficaz y siempre y cuando garantice el piso fijado por las normas federales¹⁰⁵.

103. En este sentido, además de los casos *Neira, Díaz Brígida y Sánchez, v. O., S.B. c. Pcia de Buenos Aires* (Fallos 325:419, del 4/4/2002), *Kastrup Philips* (Fallos 326:4572, del 11/11/2003), *S., E. G. c. Pcia. de Buenos Aires y otro* (CSJ, 18/12/2003), *Defensor del Pueblo de la Nación c. Pcia. de Buenos Aires y otro* (CSJ, 24/4/2007). También puede verse cómo esta obligación aparece en varios fallos de tribunales inferiores como “M.L. y otros”, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, sentencia del 23/12/06; *L., C. P. v. Obra Social Bancaria Argentina*, Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala Penal, sentencia del 5/7/04; *A. Z., R. v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados -Programa de Asistencia Médica Integral*, Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala 2da, sentencia del 5/7/06.

104. Este fue el argumento que el Estado nacional utilizó en el caso “*Passero de Barreira, Graciela N. c Estado Nacional*”, [CSJN- 18/09/2007] aunque sin éxito. En el caso, Passero inició un amparo como curadora de su hija mayor de edad que quedó totalmente incapacitada a raíz de un accidente automovilístico. Solicitó al Estado nacional que adoptara las medidas necesarias para la prestación del servicio médico asistencial integral que exigía la situación de su hija. La Provincia de Santa Fe fue citada como tercero por haberse adherido al programa marco del Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y ordenó al Estado nacional que garantizara la cobertura total y completa y controlara la continuidad y permanencia en la prestación del tratamiento de rehabilitación en internación domiciliaria a través del Programa Federal de Salud (PRO.FE) [este programa busca garantizar la cobertura médica a los sujetos titulares de las llamadas pensiones no contributivas, v. http://www.msal.gov.ar/htm/site/prog_profes.asp]. La Cámara confirmó la sentencia. *El Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario aduciendo que el convenio celebrado entre la Provincia de Santa Fe y el Directorio del Sistema Único de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad por el cual están a cargo del programa Federal de Salud (PROFE) las prestaciones requeridas por la actora implica que es dicha jurisdicción la primera obligada al cumplimiento y no el Estado Nacional* (Art. 8 Ley 24901). En este caso no se discutía la necesidad de atención médica integral que tenía la persona con discapacidad, sino que el problema radicaba en determinar quién debía hacerse cargo de los costos de esa atención: la provincia o el Estado nacional. En *Passero*, la Corte condenó al Estado nacional a garantizar la cobertura médica requerida.

105. *I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/ amparo*, CSJN-30/11/2008: Los padres de una niña con discapacidad, afiliada al IOMA, reclamaron por vía de amparo a la referida entidad la cobertura integral (100 %) de la prestación “Formación Laboral, Jornada Doble” que la Escuela Especial “Redondel”, brinda a la niña. Contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que desestimó la medida cautelar peticionada por los reclamantes, éstos interpusieron el recurso extraordinario cuya denegatoria motivó la queja. La Corte decidió que IOMA debe cubrir provisionalmente la prestación reclamada, sin perjuicio de que luego recupere los costos que ella devengue, ya sea del Estado Provincial –que según la Corte no parece de imposible instrumentación dada la naturaleza jurídica del IOMA con cita de los Arts. 27 y 28, Ley 10592, y Arts. 11, 21 y 12, Ley 6982– o, eventualmente, de los padres, en caso de que demuestre su aptitud económica y repita, así, contra ellos. Cfr. caso *Lifschitz* (CSJN-15/6/2004).



Ahora bien, si el reto es lograr igualdad real (mandato del Art. 75 Inc. 23 CN), “un nivel aceptable” de igualdad territorial (Art. 75 Incs. 19 y 2 CN), esto es, un piso aceptable debería estar dado por el que surge de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad (léase Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos sobre salud y discapacidad) y las normas federales y nacionales que los complementan. Esta tendencia de aplicación de “principios”¹⁰⁶ que surgen de normas federales para evaluar el accionar insuficiente u omisivo de las provincias puede ser vista en varios fallos de la Corte, en especial, por ejemplo, en *I.C.F.*¹⁰⁷, en donde preventivamente ordena a una obra social no-adherida a la Ley 24901 a que se haga cargo de las prestaciones en materia educativa que surgen de la interpretación de normas provinciales a la luz del derecho a la salud de rango constitucional (argumento Art. 75 Inc. 22 y 23 y Art. 42 CN)¹⁰⁸. La fórmula general se inicia con el caso *Campodónico*¹⁰⁹ y fue aplicada en reiteradas oportunidades por la Corte —y por otros tribunales inferiores—, en los casos *Orlando*¹¹⁰, *Sánchez*, *Passero*, *Floreancig*. Si se abstraen las particularidades de los casos, entonces surge una regla más general que hace al piso mentado: Cuando una persona con discapacidad (Art. 75, Inc. 23 CN) se vea imposibilitada de disfrutar el derecho a la salud, entre otros, y la restricción a ese derecho es grave y el actuar requerido es urgente, los Estados tienen la obligación impostergable de hacer algo adecuado y suficiente para posibilitar el ejercicio de esos derechos.

106. Clérico, L., “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, Número 1, Octubre 2010, en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf; Arballo, G., “Localizando el derecho a la salud”, en Clérico, Ronconi, Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud*, T. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013, pp.1622-1652.

107. CSJN-30/11/2008.

108. V. extensión al I.PRO.S.S. de obligaciones que surgen de la Ley 24901 en: *Matar, Silvia s/amparo*, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 26/11/2008.

109. Fallos 323:3229 (2000), en el caso, la Corte Suprema ordenó al Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas a seguir entregando sin cargo una medicación especial para posibilitar el tratamiento de un niño que padecía una enfermedad grave en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas (enfermedad de Kostman). La acción atacada puede interpretarse como una acción por comisión (la interrupción de la entrega del medicamento a través del referido Banco). Este medio atacado no es idóneo en el caso concreto para proteger en forma adecuada la salud del niño, su enfermedad seguía siendo grave y requería el medicamento en forma urgente. Por lo demás, si bien poseía la cobertura de una obra social, ésta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento según surgía del expediente. Además, el niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de “urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño”, por la que el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación.

110. Fallos: 325:519 (2005). La actora, domiciliada en la Provincia de Buenos Aires, padecía esclerosis múltiple que le provocaba una discapacidad visual y motora. Su enfermedad era grave y progresiva y debía ser tratada de manera urgente y prolongada con la droga “Acetato de Glatiramer - Copolímero (Copaxone)”, sin embargo, carecía de recursos económicos para solventarla. A pesar de que debía ser atendida urgentemente para evitar un brote, la provincia no le proveyó los medicamentos, alegaba que la esclerosis múltiple no resultaba ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento, en tanto la mencionada droga no figuraba en el Vademécum. El Ministerio de Desarrollo Social de la Nación le entregó seis cajas, pero dicha cantidad sólo le alcanzaba por un tiempo limitado. En agosto de 2001, la actora solicitó al ministerio nacional que continuara la entrega, sin embargo, éste no respondió hasta, por lo menos, abril de 2002. En razón de ello, inició un amparo contra la provincia (Ministerio de Salud) y el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social). Como medida cautelar, a su vez, requirió que le entregaran en forma inmediata las drogas. En *Orlando*, la Corte hizo lugar al amparo y determinó la arbitrariedad de la interrupción y ordenó que la provincia continuara entregando el medicamento. En especial, tuvo en cuenta que ni la provincia ni la Nación habían cuestionado el grave estado de salud de Orlando ni la situación de desamparo en la que se encontraba al momento de iniciar los reclamos.

En forma reciente hemos registrado una línea jurisprudencial que surge por la aplicación de un Programa Nacional sobre derechos de las personas con discapacidad, nos referimos al PROFE (hoy Programa Incluir Salud)¹¹¹. La jurisprudencia en materia de derecho a la salud en los tribunales provinciales habla de reclamos presentados contra el sistema público provincial. Se registran –como en el caso de los reclamos contra las obras sociales– amparos referidos a los derechos de las personas con discapacidad. La provincia de Buenos Aires participa del Programa Federal de Salud (antes PROFE, hoy Programa Incluir Salud). Éste es un programa que depende del Ministerio de Salud de la Nación y financia la cobertura médico-asistencial a madres de siete o más hijos, personas con discapacidad y adultos mayores de 70 años en situación de pobreza, entre otros grupos. El objetivo del Programa sería “asegurar el cumplimiento de las políticas de prevención, promoción y recuperación de la salud y el ejercicio del derecho de los beneficiarios suscriptos a gozar de las prestaciones médicas conforme lo establecido por el Programa Médico Obligatorio (PMO) y otras leyes nacionales”. Este programa es financiado en un cien por ciento por el Estado nacional, por medio de las partidas estipuladas en el presupuesto nacional para la atención médica a los beneficiarios de pensiones no contributivas. Sin embargo, su ejecución, supervisión y evaluación en el ámbito provincial local “es responsabilidad de cada Unidad de Gestión Provincial (UGP). Las UGP¹¹² tienen una sede propia con una estructura conformada por un coordinador, auditores médicos, trabajadores sociales, referente de epidemiología (que gestiona el Sistema de Información) y personal administrativo-contable nombrado por el Ministro de Salud de la jurisdicción o equivalente en número suficiente, según las condiciones particulares de cada distrito”.

De acuerdo con los datos publicados en el portal del programa, éste beneficia a más de un millón de ciudadanos/as en todo el territorio nacional. Dentro de ese universo el 60% de las personas se encuentra en situación de discapacidad, el Ministerio Nacional interpreta que esta es una forma de “dar cumplimiento a la Ley 24901”. Así, esta sería la forma de dar cumplimiento a la Ley 24901 para aquellas personas que habitan las provincias y que no cuentan con cobertura de obra social o medicina prepaga. Como se registra en casos llegados a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, algunos de los reclamos por incumplimiento de la Ley 24901 en materia de salud por el ejecutor provincial del PROFE (hoy Programa Incluir Salud) fueron judicializados.

Así, en *García Elida Orfilia s/ amparo* se condenó a la provincia como agente del PROFE la entrega de medicamentos para el tratamiento de una artritis reumatoidea, con poliartritis erosiva persistente, con pronóstico de actividad destructiva articular, e incapacidad motora progresiva¹¹³. En *Ramírez Susana c/ Ministerio de Salud y otro/a s/ amparo*¹¹⁴ se solicitó que el referido ministerio provincial –a través de la Unidad Ejecutora del Programa Federal de Salud (PROFE)– suministrara una droga (Liraglutida) que no se encontraba incluida

111. Esta parte del trabajo refleja lo analizado en: Clérico, L., Vita, L., “El derecho a la salud en la Provincia de Buenos Aires”, en: Clérico, Ronconi, Aldao (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013.

112. Según información que suministra el programa, las “UGP trabajan articuladamente con los Centros de Atención Personalizada (CAP) que representan a la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales dependientes del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación en cada provincia y son los encargados de tramitar los beneficios de pensión”.

113. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, 04/2011.

114. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo Mar del Plata, 12/2012.



dentro de las prestaciones establecidas en el PMO. En este caso, la sentencia de la Corte Provincial fue denegatoria. Se sostuvo que “sólo le es exigible al Ministerio provincial que ajuste su desempeño al marco regulatorio dentro del cual convino su adhesión, excediendo su competencia la posibilidad de autorizar prestaciones asistenciales que no se encuentren previstas en el citado marco”, por lo que entiende que “la actuación del Ministerio de Salud provincial dista de ser caprichosa, irrazonable ni traduce una aplicación del marco regulador del PROFE con error inexcusable, exceso ritual o autocontradicción”¹¹⁵.

A su vez, la Corte Suprema nacional tuvo oportunidad de pronunciarse en reclamos por la ejecución provincial del PROFE; y, en especial, respecto de la provincia de Buenos Aires (PROFEBA), en dos sentencias recientes: *González Fabiana Lucía*¹¹⁶ y en *Insfran*¹¹⁷. En el primer caso se trataba de una mujer con discapacidad, afiliada al PROFE Salud por recibir una pensión no contributiva. La actora padecía una insuficiencia renal crónica, con antecedentes de Lupus Eritematoso Sistémico, con HPT severo recurrente. Solicitó al PROFE de la provincia que le entregara los medicamentos prescritos por su médico para tratar la enfermedad, y el organismo denegó su petición. Contra este acto, la afectada inició una acción de amparo y una cautelar en la Justicia provincial para que en forma urgente se le entregaran los medicamentos. La jueza del Juzgado de Familia Nro. 1 de Olavarría hizo lugar a la cautelar y luego declaró su incompetencia y remitió la causa a la Justicia federal. El juzgado federal rechazó la atribución de competencia señalando que en el amparo se solicitaba el cumplimiento de un obrar por parte de las autoridades provinciales. El caso llegó a la Corte nacional por un conflicto de competencia. La Corte decidió que la Justicia provincial era competente con los fundamentos del dictamen de la Procuradora al que adhirió. De éste surge que la competencia es de la Justicia provincial porque: a) se demanda al Ministerio de Salud provincial a fin de que provea de una medicación específica a una persona con discapacidad habitante de esa jurisdicción y beneficiaria del PROFE, sin que la estructura o funcionamiento del sistema de salud se encuentre en cuestión y b) en segundo término, porque si bien el PROFE Salud es un organismo que surgió en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, dicho ministerio celebró convenios con las provincias que deseen adherirse al programa, con el objeto de que sus respectivos residentes, beneficiarios de pensiones no contributivas o graciabiles, reciban atención médica a través del Programa Federal de Salud. La Corte citó el decreto provincial 880104, que aprobó el convenio celebrado entre la Nación y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, y el decreto provincial 1532/10, que ordenó: “Transferir a partir del 1° de julio de 2010, la Unidad Ejecutora PROFE creada por Decreto 796/07 del ámbito del Instituto Medico Asistencial a la órbita del Ministerio de Salud, con sus acciones, estructura orgánica funcional, cargos y recursos económicos, financieros y materiales” (v. Art. 1). En suma, la Corte entendió que el origen nacional del Programa no convertía la cuestión en materia federal si lo que se ataca es la falta de ejecución de un acto que está en cabeza de un organismo provincial y no se desprende de la demanda que se haya puesto en tela

115. Clérico, L., Vita, L., “El derecho a la salud en la Provincia de Buenos Aires”, en: Clérico, Ronconi, Aldao (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013.

116. CSJN 26/06/2012.

117. *Insfran, Alberto - en representación de su hija P. M. I. F. - /c PROFEBA Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires*, CSJN, 11/09/2012.

de juicio, de alguna manera, el sistema de salud en su estructura o funcionamiento¹¹⁸. En similar sentido, resolvió el caso *Insfran*¹¹⁹.

IV. Consideraciones finales

En suma, la jurisprudencia de los tribunales locales¹²⁰ y federales argentinos dan cuenta de los incumplimientos de las obligaciones que surgen del amplio mapa normativo¹²¹ y de las formas diversas de discriminación que padecen las personas con discapacidad, “que van desde la discriminación directa, como, por ejemplo, la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más ‘sutiles’ de discriminación, como, por ejemplo, la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales”¹²². Por lo demás, la pequeña muestra de líneas jurisprudenciales trabajadas en este artículo dan cuenta de que el panorama interpretativo de los tribunales en Argentina es complejo¹²³ en clave de marchas y contramarchas en favor de los derechos de las personas con discapacidad¹²⁴. Por ello, interpreto que en un contexto de reforma constitucional, una norma al estilo del artículo 75 inciso 23 debería ser más explícita en la determinación de los distintos niveles de obligaciones, de manera que las llamadas autonomías provinciales no sean una estrategia argumentativa para evadir obligaciones que emanan de normas de

118. Es interesante comparar este caso con “Passero de Barreira, Graciela N. c/ Estado Nacional”, CSJN 18/09/2007, donde el caso llega a la Corte por un recurso extraordinario y la Corte falla contra el Estado nacional.

119. “Insfran, Alberto - en representación de su hija P. M. I. F. - /c PROFEBA Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires”, CSJN, 11/09/2012; Clérico, L., Vita, L. (2013), “El derecho a la salud en la Provincia de Buenos Aires”, en: Clérico, Ronconi, Aldao (coord.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013.

120. En un trabajo reciente sobre derecho a la salud en las provincias, los autores de los respectivos capítulos incluyeron jurisprudencia resuelta por los tribunales locales, la lectura de estos trabajos da cuenta de que, en buena parte, las accionantes eran personas con discapacidad, v. Clérico/Ronconi/Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

121. Respecto de Argentina, v. www.rals.org.ar/jurisprudencia.htm

122. OG n. 5 Comité DESC de la ONU. Al respecto es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana cuando realiza una especie de reconstrucción retrospectiva de sus sentencias sobre los derechos de las personas con discapacidad y establece que: “(...) ha reconocido la situación de marginación social en que ha permanecido la población con discapacidad a lo largo de la historia (sentencia T-823/1999) y ha señalado que tal reconocimiento impone la toma de decisiones con el fin de remover los obstáculos que impiden su adecuada integración social en igualdad de condiciones reales y efectivas” (Sentencias T-595/2002, T-983/2002, T-065/1003, T-401/2003). En aras de lograr dicha igualdad, se hace necesario que el Estado tome medidas de diferenciación positiva en favor de las personas con discapacidad. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la omisión del trato especial a esta población puede constituir una medida discriminatoria “por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones” (Sentencias T-401/2003. V. las sentencias T-427/1992, T-441/1993. Sobre el tema de los beneficios del retén social en favor de los discapacitados, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-792/2004, T-602/2005, T-1031/2005, T-626/2006).

123. V. una propuesta de sistematización en, Arballo, G., “Localizando el derecho a la salud”, en Clérico, Ronconi, Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud*, T. 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013, pp.1622-1652.

124. Clérico, L., “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, Número 1, Octubre 2010, en: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf



derecho federal (Constitución, tratados, leyes y normas federales) para lograr igualdad real de condiciones en el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Intervención de Javier Wajtraub

El artículo 42 de la Constitución Nacional brinda un amplio abanico de asuntos que pueden ser objeto de debate. En particular, en este caso, se hará referencia a una cuestión que quizás al día de hoy no se ha trabajado suficientemente y que es la relativa al ámbito de aplicación del derecho al consumidor.

Al respecto, la Carta Magna, en su texto, nos refiere a la relación de consumo.

La Corte Suprema de Mendoza, al dictar una fantástica sentencia (*Sellanes c. Frávega*) en un caso en que una persona había adquirido una computadora para utilizarla en su actividad profesional, se cuestionó si, al discutir los institutos del derecho del consumidor, no se estaría soslayando un debate acerca de cuándo se aplica la normativa que protege a los consumidores y usuarios.

En este orden de ideas, nuestra Constitución indica un camino que tiene que ver con la noción de relación de consumo, y los contornos de esa relación van a ser definidos por el legislador. Entonces, si se considera la evolución del modo en que el legislador ha regulado los derechos de los consumidores, se puede apreciar una marcada tendencia hacia la ampliación de las bases de aplicación de este microsistema. Se trata pues, de una disciplina que se caracteriza por la transversalidad, traducida ésta en la aplicación de normas provenientes, incluso, de otras fuentes del derecho, pero que —a la luz del derecho del consumidor— cobran un sentido absolutamente distinto. Efectivamente, esa es la gran relevancia que tiene esta área de estudio, a tal punto que hoy es difícil pensar, por lo menos el derecho privado, sin pasar por el tamiz del derecho del consumidor.

Analizando al consumidor de la primera redacción, del año 93, se advierte que era entendido como un personaje más contractualista, tal vez más referido a lo que es la historia de la primera aparición de un sujeto débil, que sufre una situación de asimetría frente a su contraparte.

Por cierto, es difícil pensar a Vélez Sarsfield razonando acerca de la protección de los derechos del consumidor. Lógicamente, los mecanismos de acceso a los bienes y servicios eran mucho más simplificados.

Sin embargo, la realidad que hoy nos circunda es radicalmente distinta, aún cuando en las universidades se continúa estudiando la versión clásica del contrato.

En este sentido, es posible afirmar que, en la actualidad, el contrato paritario es la excepción. En cambio, el contrato predispuesto nos inunda permanentemente.

Así las cosas, se puede observar cómo el personaje del consumidor se ha ido dibujando a lo largo de las décadas. Al principio parecía ser un sujeto mucho más vinculado a la necesaria protección en el marco de un contrato predispuesto, pero hoy trasciende enormemente esta situación.

Precisamente, la redacción del 93 recoge esa primera definición.

En la ya citada sentencia de la Corte Suprema de Mendoza, se sostuvo que, en la medida en que no se generen situaciones de colisión con el texto constitucional, el legislador dispone de un margen de discrecionalidad para definir los contornos a los cuales se va a aplicar una disciplina jurídica determinada. Y efectivamente, así comenzó la historia del derecho del consumidor.

Pero muchas veces, como en tantas otras disciplinas, también es la propia jurisprudencia la que va marcando el camino. De hecho, si se analizan sentencias de los años 93 y 94

y –con el mismo texto legal– las últimas sentencias previas a la reforma integral de la ley de 2008, se advierte cómo la aplicación concreta ha variado el sentido o la amplitud que la Justicia le brindaba al término consumidor.

Consecuentemente, esto fue plasmado en el texto del año 2008, en la reforma del artículo 1º, donde ya el consumidor es claramente un sujeto tutelado en el marco de una relación de consumo; es decir, en el marco de un vínculo jurídico con un proveedor, en los términos que la propia ley define.

Es fundamental entonces recalcar que el consumidor es un sujeto tutelar en el marco de la relación de consumo, tal como surge de la propia Constitución.

Por lo tanto, definir la relación de consumo nos invita automáticamente a determinar cuándo se aplica el derecho del consumidor, que es mucho más que la ley del consumidor. Es un estatuto tuitivo integral que se nutre de gran cantidad de normas en la medida que sean compatibles con la relación de consumo concreta que estemos analizando en un determinado caso.

Sin embargo, la amplitud de la noción de relación de consumo, en los términos de la reacción del año 2008, también ha llegado a suscitar algunos problemas a la hora de determinar el ámbito de la aplicación de la ley, ya que darle una amplitud inusitada al concepto de consumidor tal vez pueda significar que –en algunos casos– el Estado deba dedicar esfuerzos a la protección de sujetos que quizás no necesitan esa especial tutela que brinda el régimen de los consumidores.

De todas formas, resulta auspicioso lo que ha sucedido en el ámbito de la reforma integral del año 2008, siendo el único punto polémico la idea del “consumidor expuesto”, cuestión que pretender ser saneada por el proyecto del Código Civil del año 2012, que postula el traslado de la noción de “consumidor expuesto” al ámbito de las prácticas comerciales abusivas, protegiendo al conjunto de los ciudadanos frente a esas prácticas comerciales, “inclusive” –dice el proyecto– “sin importar que el ciudadano revista la calidad de consumidor estableciendo un estándar de dignidad que surge de los principios que emergen de los tratados de derechos humanos que tiene suscripta la República Argentina”.

Otra cuestión que deviene necesario definir, entonces, es qué es el derecho del consumidor. Al respecto, es tan vasta la cuestión que resulta imposible resumirla brevemente. Se trata de un estatuto que se construye en cada caso y que llega a nutrirse de todas las normas que resulten compatibles, conforme lo establece el propio artículo 3º de la ley.

Continuando con las disposiciones emergentes del citado artículo, nos encontramos con que agrega uno de los grandes principios orientadores e interpretadores del estatuto del consumidor: el principio *in dubio pro* consumidor, en virtud del cual –en caso de colisión o conflicto de normas– se estará a la que resulte más favorable al consumidor.

Pero, una cuestión que no ha sido ampliamente debatida es la relativa a cuáles son los límites a esa integración normativa. ¿Alcanza con que la norma resulte más favorable para el consumidor en el corto plazo?, ¿en un plazo concreto?, ¿importa si la norma tiene mayor o menor preeminencia jerárquica si resulta favorable para el consumidor? Este constituye un tema de debate, porque daría la impresión de que muchas veces cuando uno opta por una norma, que en el corto plazo aparenta ser la más favorable, tal vez conspira contra bienes jurídicos que están proyectados en el futuro. Por ejemplo, a veces la defensa de un mercado competitivo no es compatible con la regulación de precios en un caso concreto. Resulta evidente que hay cuestiones de conflicto que merecen ser analizadas.



En lo atinente a este tema, es posible afirmar que el proyecto de Código Civil parece desarrollar y jerarquizar el derecho del consumidor. En primer término, lo coloca en el centro de la escena, pero, más allá de eso, pareciera darle mayor madurez a la regulación de ciertos institutos. Respecto al principio de integración normativa, dispone que —sin perjuicio de ordenar la dilucidación de estos conflictos de normas en base a elección de la que resulte más favorable para el consumidor— eso no obste a que deba tenerse en cuenta siempre el principio de consumo sustentable, y de protección del consumidor. Es decir, aporta dos elementos de análisis de perspectiva de mediano y largo plazo que muchas veces harán variar lo que hoy —con la norma vigente— nos puede significar el entendimiento de la porción favorable. Por ejemplo, tal vez una botella tiene mejor precio que otra, pero está condenando en alguna perspectiva al ambiente y resulta que esa lectura no es la elección más favorable para el consumidor.

Finalmente, resulta indispensable hacer referencia a la materialización del derecho del consumidor, para no quedarnos limitados al plano meramente teórico y, abstraídos de la realidad circundante. Así pues, resulta claro que, desde la perspectiva de la norma, se podría concluir que la Argentina es la panacea del derecho del consumidor, pero sin embargo, en la práctica, la cuestión constituye un desafío constante. Entonces, la pregunta es: ¿cómo hacemos para que todos esos derechos consagrados se traspolen a la realidad concreta? El proceso judicial constituye a estos efectos una gran herramienta, y el proceso colectivo es la traslación al plano procesal de esa vocación de establecer un mayor equilibrio en la asimetría congénita que plantea la relación de consumo.

Asimismo, en el plano del derecho procesal también se evidenció una evolución, especialmente en materia de acciones colectivas, sin perjuicio de que estos procesos no dejan de plantear algunas dificultades. Al respecto, la CSJN en su sentencia *Halabi* ha invitado al Congreso Nacional a dictar una norma que regule los procesos colectivos. Sin perjuicio de ello, soslayó su rol de aplicar y hacer operativos los derechos consagrados en la Constitución, y ha aportado acertadamente —a través de un conjunto de sentencias judiciales en los últimos tiempos— una suerte de manual de presupuestos de los procesos colectivos de construcción pretoriana.

Sin embargo —y aún cuando el Tribunal cimero se ha introducido un auspicioso avance— se han planteado ciertas preocupaciones en torno a la proliferación desmedida de demandas muchas veces irresponsables, en las que se plantean cuestiones de difícil cumplimiento o, donde entidades representativas o que pretenden ser representativas llevan a cabo una gran cantidad de juicios que difícilmente pueden llegar a administrar. Entonces, y especialmente porque se pretende representar a consumidores que no tienen ni voz ni voto, es que —como ha sostenido la Corte— el juez debe asumir un rol mucho más activo para garantizar que quienes se arrojan tal representación de la clase, lo hagan de la mejor forma posible, no para garantizar un resultado, pero sí para que llegue a un mejor puerto la pretensión.

Así pues, la Corte, en materia de legitimación, ha sostenido: “sí, la ley y la Constitución reconocen a una serie de actores que pueden venir a hablar en nombre de un colectivo”. Eso entonces está fuera de discusión, pero aporta en sus últimas sentencias una noción traída del derecho anglosajón, y que refiere a la cuestión de la “representación adecuada”. Esto es, si bien se afirma que existe tal legitimación, debe verificarse la idoneidad para llevar a cabo una determinada pretensión.

Se trata de un asunto que tiene connotaciones de lo más variadas. Puede suceder por ejemplo, que una entidad que suele ocuparse de reclamos relacionados con temas

financieros, de repente quiera promover una demanda vinculada al transporte, y que entonces el juez se plantee si podrá llevar a cabo la representación de manera eficiente. Si bien la Corte simplemente insinuó este tema, parece que en la práctica ha tenido ciertas repercusiones. Así por ejemplo, una sentencia de la Cámara Comercial declaró la nulidad de un acuerdo colectivo y apartó al representante colectivo, haciéndolo reemplazar por el Ministerio Público. Todo parece indicar entonces que en nuestro derecho es posible que el juez asuma este rol y determine –según el caso– que la representación no es adecuada y que hay quienes pueden estar en mejores condiciones de hacerlo.

En aras de la previsibilidad, deviene indispensable que el Congreso discuta una ley de procesos colectivos y que se avance en la puesta en funcionamiento de la justicia del consumidor en el marco de la ley recientemente sancionada.

El sistema siempre puede enriquecerse con otros ajustes, pero la nueva ley constituye un muy buen punto de partida para seguir consagrando de manera concreta estos derechos.



AUTONOMIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

TRASPASO DE LAS COMPETENCIAS PENALES A LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. IMPACTO EN LA CIUDAD

Intervención de Antonio Cartañá

Mi intervención va a consistir en referirme a la actuación que tuvo este organismo –en aquella época denominado Controladuría General Comunal– en el proceso que termina con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

La Controladuría General Comunal es un organismo preconstitucional creado por una ordenanza municipal, ordenanza que contenía todos los elementos necesarios para que esa oficina tuviese las atribuciones, las competencias de una Defensoría del Pueblo.

Fue una gran sorpresa la aparición de este organismo en la Ciudad de Buenos Aires, y fue bastante resistido. De hecho, cuando se dicta la Ordenanza 40831, en octubre de 1985, cuyo autor fue el Dr. Facundo Suárez Lastra (h), el entonces Intendente de la Ciudad de Buenos Aires, Julio César Saguier, no la promulgó. Recién en el mes de mayo de 1988 se llena la vacante con mi persona.

El tema de la autonomía siempre le interesó a la Defensoría del Pueblo. Ayer me encontré con Eduardo Valdés, que recibía su distinción por haber sido Convencional Constituyente, y recordábamos las conversaciones que teníamos con él y otras personas a partir de los años 1989 y 1990 sobre la cuestión de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y su provincialización. Teníamos el antecedente del traslado de la Capital a Viedma, donde se establecía esa provincialización, así que no era algo tan novedoso.

En su primera memoria anual, la Controladuría ya planteó la imposibilidad de construir una escala de derechos adecuada para los ciudadanos porteños, si faltaba el principal

de los derechos, la autodeterminación, debido a que regía la Constitución anterior –antes de la reforma–, donde el jefe político de la Ciudad era el Presidente de la República; el Intendente, su delegado; y la Legislatura local era el Congreso de la Nación.

Si bien en esa época la Ciudad de Buenos Aires enviaba veinticinco diputados y dos senadores al Congreso, su participación era minoritaria respecto al resto del país. En definitiva, en su Legislatura local, la Ciudad estaba infrarrepresentada. El Concejo Deliberante, de limitadas competencias, actuaba regulado por la Ley Orgánica Municipal, que era una ley del Congreso y que, por lo tanto, en cualquier momento podía ser modificada. Así que la precaria situación institucional de la Ciudad de Buenos Aires era un tema de profunda preocupación.

Como ésta es una mesa sobre transferencia de competencias penales a la Ciudad de Buenos Aires, voy a recordar qué pensábamos nosotros en aquella época, respecto del sistema penal de la Ciudad de Buenos Aires. En el año 1991 denunciábamos que “las normas locales no constituían un sistema coherente y ordenado, sino un torpe amasijo de normas, producto de la historia de la lucha de factores de poder”. Funcionaba en ese momento la Justicia Municipal de Faltas, que era un tribunal administrativo cuyo procedimiento estaba normado por la Ley 19690, que no preveía revisión judicial alguna. Además, había un código de faltas, la Ley 19691, que sólo legislaba la parte general, dejando la definición de los tipos penales a ordenanzas municipales. ¡Vean ustedes lo que era el sistema penal de la Ciudad de Buenos Aires! Simultáneamente, regían los edictos policiales, que habían sido “legalizados” por la Ley 14467, dictada para salvar la estigmatización que la Corte Suprema de Justicia les había hecho. Pero la circunstancia de que estuvieran legalizados por ley no legitimaba esos tipos penales, que eran tipos penales abiertos, discriminatorios, violatorios de los derechos constitucionales y fundamentalmente del derecho penal internacional, de las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Para colmo, teníamos el juzgamiento de los edictos policiales por parte de la propia policía. Si bien para la decisión del Jefe de Policía había una revisión posterior en la Justicia correccional, eso tampoco legitimaba la actuación de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

La Controladuría General Comunal compareció en el año 1989 ante la Comisión de Asuntos Municipales de la Cámara de Diputados, denunciando que el régimen de faltas municipales contravenía los principios de legalidad y reserva establecidos en la Constitución Nacional, y las garantías consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Cuando se abre el debate sobre la reforma de la Constitución, aparece, a partir del enunciado del Núcleo de Coincidencias Básicas, que la Ciudad de Buenos Aires tendría un régimen autónomo. La Controladuría Comunal, aún antes de dictarse la Ley 24309 de coincidencias básicas el 14 de diciembre de 1993, emite su posición institucional, y me alegro de leerla textualmente, porque ayer, el Defensor del Pueblo, el Dr. Alejandro Amor, utilizó la misma figura, reproduciendo la ideología y política de esta institución a través de veinte años.

Decíamos: “La Ciudad debería ser equiparada al resto de las provincias argentinas”. El Dr. Amor señaló que la actual etapa de autonomía es transitoria, es una transición hacia la definitiva provincialización de la Ciudad de Buenos Aires. Decíamos, entonces, “que la Ciudad debería ser equiparada al resto de las provincias argentinas, en cuanto a su autonomía y facultades propias, siguiendo el proceso institucional que convirtió en provincia al último territorio nacional, Tierra del Fuego”. El proceso seguido por Tierra del Fuego era la forma de ejemplificar cómo se habían ido transfiriendo todas las competencias federales a una provincia. En aquella época hubo discusiones también sobre si la Ciudad de Buenos



Aires, al dejar de ser un territorio federal debía volver a la provincia de Buenos Aires, cosa absolutamente impensable y que no trascendió del debate. Además, la provincia no había tenido ninguna objeción cuando la ley de federalización de Viedma fue dictada, donde se establecía la provincialización de la Ciudad de Buenos Aires.

La inminencia de la reforma provocó reacciones en el establishment, tanto político como social de la Ciudad de Buenos Aires. Recuerdo que hicimos unas jornadas en la Controladuría General Comunal, antes de la Convención de Santa Fe, donde establecimos un debate sobre las consecuencias de la futura transferencia a la Ciudad de las competencias que correspondían a una provincia. La primera objeción apareció, fuertemente, en el Poder Judicial. Estuvo en la Defensoría, la Controladuría General Comunal, Bindo Caviglione Fraga, entonces Presidente de la Asociación de Magistrados. Se explayó en una serie de consideraciones jurídicas, pero posteriormente reconoció que el motivo fundamental de la oposición en bloque de los jueces llamados “nacionales” a ser transferidos a la Ciudad de Buenos Aires tenía que ver con no “rebajarse” de ser jueces nacionales, a ser meros jueces provinciales. A pesar de toda la argumentación jurídica que se hizo en aquel momento, el fondo de la cuestión era ese.

Otra de las resistencias tremendas que hubo –todas exitosas, porque después se dictó la ley Cafiero– fue la de la Policía Federal. Nosotros planteamos en aquella oportunidad que la policía propia de la Ciudad debía ser –lo que era en ese momento y debía dejar de ser– la Policía Federal. Debía transferirse lo que en aquella época era la llamada Superintendencia de Seguridad Metropolitana, que estaba básicamente formada por las comisarías. El resto de la Policía Federal debía quedar en la órbita del Estado nacional, como auxiliar de los jueces federales en las distintas provincias. Esto tuvo una tremenda resistencia.

Seguimos acompañando, desde la Controladuría, el proceso constitucional. Recuerdo que para aquella época, la llamada Controladuría General Comunal actuaba sin ningún tipo de limitación ideológica, sin ningún tipo de restricción respecto de su naturaleza jurídica. Nosotros nos sentíamos y actuábamos como Defensores del Pueblo. De hecho, cuando en el año 1988, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos organizó un coloquio en San José de Costa Rica –al cual fuimos invitados–, reunión que contó con la presencia del premio Nobel de la Paz, Dr. Oscar Arias, y fue coorganizada por el Instituto Latinoamericano del Ombudsman, en aquella oportunidad, la Controladuría General Comunal era, al sur de Canadá, el único organismo que funcionaba como Defensoría del Pueblo. Como habíamos obtenido la legitimación procesal que sirvió de antecedente para la legitimación procesal que se le otorga al Defensor del Pueblo en la Constitución Nacional reformada, estábamos –no quiero utilizar la palabra “envalentonados”– absolutamente convencidos de la necesidad de que este organismo interviniera en el proceso político. En ese aspecto, quiero mencionar que no obstante las leyes de convocatoria a elegir convencionales tanto para la reforma de la Constitución Nacional como para la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, eliminaron la prohibición para el Defensor del Pueblo de actuar en política, yo no quise intervenir en ambas contiendas porque se hacían a través de los partidos políticos. Si bien nunca renuncié, y siempre lo dije, a mi ideología política –soy socialista–, me pareció que intervenir en una disputa a través de organizaciones políticas le haría perder a la Controladuría General Comunal su neutralidad partidaria. Bien lo dijo ayer también el Defensor, y de eso estoy absolutamente contento, porque la línea ideológica e institucional de aquella época se mantiene. Es decir, siempre me sentí un hombre político e intervine en política institucional, no en política partidaria, sin renunciar de ninguna manera a la ideología que conforma mi persona. Yo me sentí electo por lo que soy y por mi historia, y no para prescindir de la actuación política.

Acompañando el proceso constituyente, publicamos una solicitada instando a la ciudadanía porteña a votar por candidatos que sostuviesen la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Y decíamos: “La Controladuría General Comunal insta públicamente a la ciudadanía porteña a participar activamente en la conquista de su derecho a la autodeterminación y reclama de los candidatos constituyentes de todos los partidos a que se pronuncien inequívocamente por una ciudad con autonomía plena, dotada de los tres poderes de gobierno y de policía propia”. Producida la reforma de la Constitución –con los resultados que conocemos leyendo los textos–, el 14 de julio de 1995 estaba en debate en el Congreso lo que fuera después la Ley 24568 conocida como “Ley Cafiero”. En esa oportunidad, emitimos una larga e importante reflexión y decíamos que al dictar la norma prevista en el segundo párrafo del artículo 129, o sea, la ley que preserva los derechos del Estado federal en la Ciudad de Buenos Aires, no debía perderse de vista las consecuencias de considerar al conjunto de las instituciones del futuro Gobierno como algo menos que una provincia y algo más que una municipalidad, interpretación que todavía se escucha por ahí. Decíamos que el complejo entramado político, social, económico, jurídico de esta ciudad, que era capital de la República, la capital política y económica, no puede gobernarse con instituciones insuficientes; no puede gobernarse con una institución cercana a una municipalidad; no puede gobernarse sin instrumentos que permitan que la ciudadanía sienta que la democracia es eficiente, porque instituciones de bajo contenido, de baja intensidad, como se pretendía para la Ciudad, iban a generar una desilusión en el sistema democrático y en su capacidad para resolver los problemas, tanto los problemas institucionales que tiene la Ciudad como integrante del conjunto de las jurisdicciones de la Nación, como para resolver los problemas cotidianos del ciudadano de a pie.

Ya en funcionamiento la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, recuerdo que se decía que no era una Convención Constituyente, sino redactora de un estatuto.

Otra de las cuestiones que quiero resaltar de la ley Cafiero es que le prohíben a la Ciudad cuestiones que son totalmente de raíz corporativa, no hablemos ya de la Justicia o de la Policía, temas que todos conocemos. Se mantiene el Registro de la Propiedad en manos de la Nación. El Registro de la Propiedad de la provincia de Tierra del Fuego, por ejemplo, funcionaba en Buenos Aires, en el Registro de la Propiedad de la Ciudad; cuando se provincializa, todas las matrículas de esa demarcación pasaron al Registro de la Propiedad que está en Ushuaia. El Registro de la Propiedad está acá, en la Ciudad de Buenos Aires, y a pesar de que registra inmuebles de esta jurisdicción, está en manos del Gobierno federal, lo mismo que la Inspección de Justicia: todas las provincias manejan sus organismos de control de las sociedades comerciales, de las sociedades civiles y de las fundaciones; los de la Ciudad de Buenos Aires son manejados por el Estado federal. Todo ello responde a intereses corporativos, pequeños, pequeñísimos, pero ahí están, y tenemos que removerlos. Para concluir, cuando se reunió la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, la Controladuría General Comunal le presentó formalmente un proyecto de Constitución, totalmente articulado. La Constitución que resultó aprobada es mucho mejor que la propuesta. Estoy totalmente orgulloso del esfuerzo de haberlo presentado y de que haya sido superado por los Convencionales de la Ciudad. En ese proyecto proponíamos un régimen de gobierno semi-parlamentario, destacando al Jefe de Gobierno, que ya estaba impuesto por la Constitución Nacional, como jefe de Estado que se avocaría a los problemas institucionales importantes: las relaciones exteriores de la Ciudad, su relación con el resto de las provincias, el manejo de la coparticipación y las cuestiones institucionales de la República; y preveíamos un Jefe de Gabinete, electo por la Legislatura, responsable ante



ella y removible por voto de censura, copiado más o menos del sistema de la república francesa. El sistema parlamentario hoy está nuevamente en discusión. El Dr. Eugenio Zaffaroni, por ejemplo, Convencional Constituyente de aquella época en la Ciudad, sigue mencionando la conveniencia de su aplicación.

Es todo a lo que quería referirme. Muchas gracias por su atención.

Intervención de Aníbal Ibarra

Tal vez lo que importa de mi presencia en esta mesa es que tuve el privilegio personal y político de haber participado como Convencional Constituyente en la reforma nacional, de la que hoy se cumplen veinte años, y después también como Convencional Constituyente en 1996, en la gestación de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Esto, junto con que también soy ex alumno del Nacional Buenos Aires, creo que es lo que más importa para estar en esta mesa.

Aunque debo hacer una aclaración: en realidad, no soy egresado del Nacional Buenos Aires. Sí cursé cinco años, pero cuando iba a empezar sexto, 24 de marzo del año 1976, se instala la dictadura militar, y a los dos o tres días a varios compañeros y compañeras nos echaron del colegio, motivo por el cual mi título secundario es del Instituto Libre n° 2 de Enseñanza.

Hecha esta digresión, vuelvo sobre el tema. Creo que tenemos que enmarcar un poco el contexto político en que se dio la reforma. Durante la reforma de 1994 –todos recordamos– hubo una disputa política, donde el entonces Presidente Menem quería modificar la imposibilidad de la reelección, por lo que presionaba con plebiscitos. Esta situación derivó luego en el Pacto de Olivos, donde el principal partido de la oposición, el radicalismo, en ese entonces encabezado por Alfonsín, hizo un acuerdo que facilitó la reforma constitucional, empero exigiendo o poniendo también sobre la mesa una serie de reformas institucionales, con la intención de modernizar el sistema institucional argentino, reducir el presidencialismo y, generar nuevas instituciones que iban a mejorar la vida político-institucional en la Argentina.

En ese marco, que empezó con el llamado Pacto de Olivos, continuando con la votación de la ley de la reforma, y luego sí la Convención Constituyente, estaba en el Núcleo de Coincidencias Básicas la posibilidad de que la Ciudad de Buenos Aires pudiera elegir a su Jefe de Gobierno. Poder sancionar su estatuto organizativo –así se decía– y el reconocimiento de su autonomía, junto con facultades legislativas y jurisdiccionales. Yo, en ese momento, formaba parte de un partido político que venía a cuestionar ese acuerdo, y básicamente era porque nos transformaba a los convencionales, por lo menos respecto al Núcleo de Coincidencias Básicas, en meros levanta manos. ¿Por qué? Porque no se podía modificar una coma, y entre esas cosas estaba la situación de la Ciudad de Buenos Aires. Obviamente, hubo una Comisión del Núcleo de Coincidencias Básicas, para que uno hablara, pero sin que se modifique una coma; por lo que salió la reforma, en lo que hacía a la Ciudad de Buenos Aires, como había sido planteado en el Núcleo de Coincidencias Básicas. Hubo otras tantas modificaciones que no estaban en ese núcleo y que sí se podían discutir, modificar, etc., entre ellas –vale mencionar– la que establecía que el Ministerio Público se conformara, tuviera reconocimiento constitucional y pasara a ser un órgano extra poder, terminando con esa dualidad de criterio de dependencia del Poder Judicial o, directamente de dependencia

del Poder Ejecutivo. De allí salió consagrada en reforma constitucional y, a partir del 94, la posibilidad de que los porteños pudiéramos elegir al Jefe de Gobierno.

Como toda transferencia, autonomía, descentralización, se trata de una disputa de poder. Entonces había quienes querían avanzar en la autonomía, y había quienes decían: “paren muchachos, ya bastante tienen con elegir al Jefe de Gobierno, y nada más”. En ese sentido, vino la Ley Cafiero, no solamente a preservar los intereses del Estado nacional —que era absolutamente lógico—, fue más allá de eso. Fue decir: “hay muchas cosas que no se tocan”. Y no porque tuvieran que ver con la defensa de los intereses del Estado nacional, sino porque tenían que ver con esa disputa de poder. En esa disputa de poder se había concedido la facultad a los porteños de poder votar, pero no se iba a aceptar que se acumulara más poder a costa del poder que tenía el Estado federal. Esa fue la discusión, esa fue la pelea que tuvimos, y que seguimos teniendo hasta el día de hoy, porque ese proceso no concluyó y esa disputa, en definitiva, tampoco.

Después, vino la reforma de 1996, donde se discutió si se trataba de un estatuto organizativo o de la constitución de una ciudad. Nosotros avanzamos con el criterio de profundizar la autonomía, rehacer la realidad y no quedarnos en la mera posibilidad de elegir al Jefe de Gobierno y algún diseño institucional menor. Y la verdad es que fue una Constitución, y es una Constitución, que nos tiene que enorgullecer, porque recogió instituciones, recogió derechos, principios y garantías que la convierten —creo— en una de las más modernas de la Argentina. En ese sentido, quiero recalcar aquí todo lo que hemos avanzado, y no ha pasado tanto tiempo, en términos de lo que es una ciudad, en términos de lo que es un país o, en términos de lo que es un proceso político. Recordemos que nosotros veníamos de una sociedad donde la policía dictaba penas y decidía sobre la libertad y la prisión de las personas. Donde había tipos penales, que eran los edictos, que eran de sustancia lombrosiana, donde el que a la policía le parecía sospechoso: adentro. Y esto no fue hace tanto. Entonces, el salto que dio la constituyente —con los cuestionamientos que uno pudiera tener— significó, en definitiva, consagrar instituciones modernas, nuevas, diferentes, controles, etc.

El impacto que provocó este proceso de autonomía le permitió a la Ciudad de Buenos Aires terminar con ese lastre y tener una sociedad más justa, más democrática, donde no sólo elegíamos a nuestras autoridades, sino que además teníamos nuestras propias instituciones. Ya no dependíamos de la legislación con la que el Congreso, graciosamente, nos delegaba facultades que nos podía quitar cuando se le ocurriera. Como lo hizo, en el medio de ese proceso, para asegurarse algunas cosas, como fue lo de Radio Ciudad, etc. Fue todo un proceso político, y en ese proceso, en esa disputa —que dura todavía hasta el presente— estaba, el puerto de la Ciudad de Buenos Aires, la administración y manejo del juego, la Inspección General de Personas Jurídicas, estaba la Policía, estaba la Justicia.

Entonces, en esa discusión de poder, o se avanzaba en la transferencia policial, por ejemplo, o se creaba una propia policía; o se avanzaba en la transferencia de la justicia, o se creaba también una justicia y se transferían competencias. Eran distintos modos o mecanismos, pero eran mecanismos para avanzar en ese proceso de autonomía. Además, yo fui legislador de la primera Legislatura con todo este proceso de los edictos, del Código Contravencional, con todo este debate que hubo, y después, como Jefe de Gobierno en la organización propia de un sistema judicial, un sistema judicial naciente en una ciudad que ya, desde el vamos, tenía sus propias competencias, pero había tantas otras, y en materia penal puntualmente, donde era un enjambre la Ciudad de Buenos Aires, porque estaba la justicia federal, como están las diferentes provincias. Pero, además estaba la Justicia nacional —ya esto costaba entenderlo—, ¿nacional y



que tenía jurisdicción fuera de la Capital? No. ¿Fuera de la General Paz y el Riachuelo? Ni ahí, pero era nacional, y eso sonaba bárbaro para una tarjetita, para una credencial, porque era la Justicia Nacional. Y la otra, la Justicia de la Ciudad. Había que romper con esa lógica que al día de hoy no rompimos todavía, ¿o no hay jueces nacionales? Y no hablo sólo en materia penal. Cuando dos ciudadanos de Buenos Aires se divorcian, ¿adónde van? O las mismas sucesiones, ¿dónde ocurren? Entonces esa lógica, que no sólo es corporativa del Poder Judicial, es también una discusión de poder, y todavía la tenemos en la Ciudad. Que avanzamos, avanzamos mucho, y desarrollamos un Ministerio Público, Fiscal y de la Defensoría; avanzamos con un Consejo de la Magistratura; avanzamos con instituciones de control, como la Defensoría, como la Auditoría. Crecimos institucionalmente de una manera fenomenal, pero todavía nos falta mucho.

Yo recuerdo que, puntualmente, con el tema de las transferencias empezamos con aquel convenio de transferencias de diciembre del año 2000, a los pocos meses de haber asumido como Jefe de Gobierno. Y después, el segundo convenio —el primero con De la Rúa, el segundo con Néstor Kirchner—, ya del año 2004, donde se incorporaban muchos más delitos, con dificultades claro, porque había algunos delitos básicos que no estaban, otros que tenían que ver con agravantes que tampoco estaban, o particularidades que generaban muchas dificultades. Pero se avanzó. ¿Por qué? Porque no se podía plantear la transferencia de la justicia, porque eso estaba muy lejos. Bueno, entonces pasen las competencias, por lo menos. “Bueno, vamos a ver qué competencias le pasamos a la Ciudad de Buenos Aires y nos sacamos trabajo”, pero los jueces siguen siendo nacionales, y siguen teniendo sus propias competencias. Con la Policía, ni siquiera. Recién en el 2007 se modificó la ley Cafiero para permitir que la Ciudad pudiera tener su policía, pero hasta entonces ni siquiera. “Si quieren hacer la guardia urbana háganla, pero nada más”. No hay ni siquiera transferencia de competencias. Esta era la disputa, y lo sigue siendo, donde hemos avanzado. Incluso, debo decir que hubo decisiones políticas distintas. Porque hubo decisión política de avanzar en la Policía Metropolitana, porque no había transferencia. Bueno, creamos la Policía Metropolitana, pero cuesta mucho más aceptar las transferencias de competencias penales sancionadas, que están sancionadas desde el año 2011 por el Congreso Nacional, donde bastaría una ley de aceptación, ¿qué cuesta plata?. No sé, pero creo que bastante menos que la Metropolitana, pero sin embargo, la decisión política de la Metropolitana estuvo y la de la transferencia no. Además, no sólo porque corresponde, porque estamos fortaleciendo la autonomía, sino porque hasta tiene una lógica básica. ¿Cómo puede ser que los funcionarios de la Ciudad sospechados de delitos sean juzgados por jueces nacionales? La verdad es que eso es un sopapo a la autonomía. Ni que lo debiéramos permitir y debiéramos ser nosotros los primeros en exigirlo. Perdón, a los funcionarios de la Ciudad los juzgan los jueces de la Ciudad, el sistema jurídico de la Ciudad. Sin embargo, está la ley y no está la aceptación. Creo que es una deuda institucional de transferencia que tenemos que saldar y rápido; que lo podemos hacer en forma progresiva, sin duda; que va a requerir convenio, como se planteaba acá, porque puede haber delitos que impliquen privación de la libertad, sin duda. Pero es necesario seguir reafirmando ese proceso de autonomía como seguir afirmando o disputando lo que falta transferir.

Fue un antes y un después en la Ciudad de Buenos Aires la reforma que hoy celebramos, recordamos, etc., a los veinte años. Fue un camino importantísimo, pero falta mucho todavía y eso depende de decisiones políticas, y depende de decisiones políticas que creo que nos corresponden a todos. No es responsabilidad de un gobierno, de un partido, es de todos. Porque en todos estos años podíamos tener diferencias políticas de muchas cosas,

pero nos unía la defensa de la autonomía. Creo que esto es lo que tenemos que sostener hacia adelante, lo que nos falta.

También hemos trabajado con el Consejo de la Magistratura sobre juicios por jurados. La Ciudad de Buenos Aires en muchas cosas ha sido pionera en la historia en conquista y reconocimiento de derechos y sistemas. Creo que hemos reafirmado ese camino, y a lo que apunto como perspectiva es a que nos queda mucho, más allá de todo lo que hemos hecho en función de la autonomía desde el proceso constituyente, y ese es el camino que debemos recorrer juntos. Muchas gracias.

Intervención de Martín Ocampo

Voy a aclarar una cosa respecto de mis antecedentes: fui legislador, no lo soy más; fui Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales, pero mi última presidencia fue en la Comisión de Justicia. Ahora me toca cumplir con otra función, que es integrar el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires en el cargo de Fiscal General.

Hecha esta aclaración, agradezco a la Defensoría del Pueblo por la invitación a participar de este debate. Me parece que es un debate que enriquece y que, sobre todas las cosas, nos pone a ver cómo hacemos para que entre todos terminemos de completar el proyecto, esta ciudad que tiene que terminar siendo una provincia.

Cuando hablamos de transferencia de competencias judiciales, no podemos hablar de esas competencias sin hablar del proceso de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, que comienza con la sanción del artículo 129, incluido en la reforma constitucional de 1994, base y piedra fundamental de la institucionalidad de la Ciudad. En torno a la autonomía, yo les diría que hay, en términos del debate jurídico, tres posiciones: aquellos que sostienen que es un municipio —que creo que son más bien la minoría, el Dr. Barra es quizás el que mejor sostiene esa posición—, aquellos que sostienen que es una cuarta categoría de la organización institucional en nuestro país, es decir, una ciudad federalizada, una ciudad que sería un punto intermedio entre un municipio y una provincia y, por último, los que sostienen que es efectivamente una provincia.

Hago mía esa última posición, y la sostengo, tal vez no tanto desde la dimensión positiva del derecho, como sí desde la dimensión social y política del derecho. Lo digo porque el derecho es parte de un proceso de la cultura, no es una creación ajena. El derecho es la expresión, a mi juicio, de las tensiones que se producen en el marco de una sociedad, y las leyes son el fruto de la expresión de las culturas dominantes. Y en este caso la cultura se manifiesta, claramente, considerando a la Ciudad como una provincia. Ninguno de nosotros, no los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires, sino que me refiero a todos los argentinos, toma a la Ciudad de Buenos Aires como un municipio. Si nosotros vemos el resultado de una elección, por ejemplo, el día lunes posterior a los comicios, en los diarios vamos a encontrar a la Ciudad en la categoría de provincia, y no de municipio. Esto es así porque el argentino toma a la Ciudad de Buenos Aires, realmente, como una provincia más. Lo que pasa, y que viene pasando desde hace tiempo, es que la organización institucional, tanto de la Nación como de la Ciudad de Buenos Aires, no termina de completarse porque hay algunos frenos que tienen que ver con cuestiones políticas y de poder, a las que se refirió con acierto el Dr. Barra, y que comparto, porque me parece que en el fondo tienen que ver con una disputa de poder que no termina de resolverse. Esta situación limita claramente



las posibilidades que tenemos los vecinos de la Ciudad de autogovernarnos como tiene el resto de los vecinos de la Argentina, como tiene cualquier persona que vive en cualquier provincia de la Argentina que tiene la posibilidad de tener completas sus instituciones y que cuando elige un gobernante, lo elige porque éste desarrolla todas las políticas que componen esa institucionalidad. En cambio, cuando eligen a los gobernantes de la Ciudad de Buenos Aires, sus funciones están claramente limitadas.

Limitadas, principalmente, por la ley Cafiero. Cafiero ha tenido muchos aciertos en el marco de la política, pero creo que la ley Cafiero es uno de sus peores errores. La verdad, es que ha sido una ley que ha restringido claramente la posibilidad de crecimiento de la institucionalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y que merece que en lo sucesivo, en las próximas conformaciones del Congreso de la Nación, se vayan derogando aquellas cuestiones que inhiben algunas competencias, que creo que son estratégicas para el desarrollo de sus funciones. Uno no entiende, por ejemplo, por qué es estratégico tener el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, y no es estratégico tener el de la provincia de Buenos Aires. Lo mismo con el Registro de la Propiedad Automotor. Hay un montón de situaciones como éstas, que no tienen explicación en términos de cuál es el modelo de organización que se quiere y cuáles son las funciones que se quieren llevar adelante, desde el Estado federal, en la Ciudad de Buenos Aires. También es cierto que la Ciudad de Buenos Aires tiene que ser respetuosa en cuanto a la posibilidad de dejar ejercer a las autoridades nacionales, ya que viven y están afincadas en la misma, y es el lugar donde desarrollan sus tareas. Facilitarles esta posibilidad de desarrollar sus tareas, me parece que es algo que nos interesa a todos los argentinos.

Como les decía, el primer debate en términos de las transferencias judiciales tiene que ver con cómo definimos la cuestión de la autonomía. La segunda cuestión que quería plantear tiene que ver con el modelo que hemos seguido, de crecimiento y desarrollo de nuestro Poder Judicial. Hemos elegido tener un crecimiento, una autonomía como Ciudad y hemos explorado un montón de situaciones que han permitido el crecimiento en varios aspectos de la institucionalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Algunos de los aspectos fueron referidos por el Dr. Ibarra, como es el caso de la Policía Metropolitana. Otro ha sido el modelo de crecimiento del Poder Judicial.

El modelo seguido ha sido el de tomar la transferencia de algunas competencias. Primero, se dictaron dos convenios que, creo yo, han sido exitosos como modelo. Sobre todo en este tiempo histórico, en que la Ciudad necesita el desarrollo de su Poder Judicial, ha sido importante este tipo de proceso político, porque ha permitido tener el Poder Judicial que hoy tenemos, y que me parece que está dentro de los mejores que tiene el país, con soluciones normativas y de procedimiento que son novedosas, y que lo hacen ágil y eficiente. En el caso de cuestiones penales, hace que se resuelvan los conflictos de manera alternativa, muchas veces con menor tiempo que el que tramitan en la Justicia nacional.

Lo cierto es que el modelo seguido ha permitido el crecimiento de este poder y me parece que ha llegado el momento en que la Ciudad puede empezar a abandonar este modelo, primero porque es un modelo —por lo menos hasta el momento— que no cumple totalmente con el mandato constitucional del artículo 75, inciso 2, que se refiere a la transferencia de competencias y funciones del Ejecutivo Nacional a la Ciudad, o a las Provincias, con la transferencia de los recursos respectivos. La Nación ha decidido no hacer transferencias de recursos en ninguno de estos dos convenios que funcionan actualmente. La Ciudad está reclamando judicialmente los recursos que le corresponden, pero lamentablemente

la Ciudad se ve desfinanciada, y esto lo pagan, lógicamente, los vecinos de la Ciudad, con menos servicios, menos obras, menos educación, menos salud. Los que administramos presupuestos sabemos que el presupuesto es finito, y se requiere de esos recursos. Y quienes cumplimos funciones como autoridades de la Ciudad tenemos la obligación de reclamar todos esos recursos, que son los recursos de nuestros vecinos.

Esta discusión había surgido –y lo puede decir bien el Dr. Ibarra– producto de un artículo, con motivo de la transferencia de escuelas y hospitales, que había hecho el Gobierno Nacional en la década del 90. Entonces, se había tratado de preservar que no pasara este proceso de desfinanciamiento que se había elegido en la década del noventa a las provincias. Lamentablemente, se ha continuado con esta política y esperamos que se resuelva, en beneficio de los vecinos de nuestra ciudad. En ese modelo de transferencia de competencias progresivas, hace falta una tercera ley. Me enteré recientemente de una reunión, en la que ha participado el Jefe de Gobierno con magistrados judiciales, donde ha tomado la decisión de aceptar el tercer convenio, lo cual me parece una buena idea. Yo creo que tenemos que seguir reclamando la transferencia de los recursos, pero me parece una buena idea empezar a transferir el tercer convenio. Me parece que sería el último convenio que deberíamos celebrar entre la Nación y la Ciudad. Nosotros, como Ciudad, claramente deberíamos tener el Poder Judicial que tiene cualquier provincia de la Argentina, completo. Que todas las cuestiones de la vecindad pasen a la Ciudad de Buenos Aires en forma completa.

Ahora se acerca un proceso electoral inminente, rico en debate. Me parece que sería una buena idea que los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires tratemos de imponer en la agenda de debate el compromiso de los candidatos por generar estos marcos de transferencia de competencias judiciales, que van a permitir que la Ciudad de Buenos Aires complete su Poder Judicial y que, en este sentido, esté a la par de cualquier provincia de la Argentina. Nada más.

Intervención de Mary Beloff

Nota del Editor: Esta intervención ha sido reemplazada a pedido expreso de la Dra. Mary Beloff por la ponencia incorporada a continuación.

Agradezco al Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dr. Alejandro Amor y, en especial, al Dr. Raúl Gustavo Ferreyra.

I

En esta presentación me interesaría señalar algunos aciertos y logros evidentes que ha tenido el proceso de construcción de los dispositivos contravencionales penales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como algunas dificultades que, a veinte años de la Convención Constituyente, aún se advierten y que deberían resolverse para concretar, en definitiva, el programa penal contenido en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

II

Los logros de la reforma son evidentes. En materia penal, la autonomía de la CABA ha tenido consecuencias notables en la transformación de los mecanismos de control social de la Ciudad Autónoma. Un ejemplo emblemático de lo expresado se refiere a la forma en la que se transformaron los mecanismos de control social en relación con los niños y jóvenes



como consecuencia del conocido caso Bulacio¹²⁵. A partir de este hecho, la Ciudad de Buenos Aires decidió no incluir dentro de la administración de los conflictos que entrañaban menor afectación a los bienes jurídicos –contravencionales– a las personas menores de dieciocho años de edad¹²⁶.

En este sentido, durante los primeros años de autonomía de la Ciudad, esporádicamente existían discusiones respecto de si era preciso o no reducir la edad penal para las infracciones penales de competencia de la Ciudad. Sin embargo, en algún momento la decisión política en general y la cultura de la Ciudad de Buenos Aires asumieron que los asuntos que tienen que ver con las conductas desordenadas de los jóvenes –que muchas veces están asociadas a prácticas que se relacionan con la etapa de la vida que éstos atraviesan– no se resuelven razonablemente con su ingreso a la justicia penal. Sólo este ejemplo muestra el buen criterio y la sabiduría político-criminal que tuvo la Constitución de la Ciudad, que tuvieron los constituyentes y los legisladores al tomar las decisiones político-criminales que adoptaron en esta materia.

En relación con la transferencia de las competencias penales, la decisión de la Justicia federal y la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al respecto necesariamente implica reacomodamientos en los dos órdenes. Además, existe una cantidad de cuestiones vinculadas con el nivel federal que están muy imbricadas con este tema, cuyo desarrollo excede el marco de esta presentación ya que se refieren a dificultades propiamente del ámbito federal.

En este sentido, está claro que el ámbito local ha superado al federal en lo que se refiere a la decisión de cómo procesar los casos materialmente penales a través de lo que se conoce técnicamente como un modelo adversarial o acusatorio de Justicia penal.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene una legislación que está a la vanguardia, no sólo en cuanto reglamenta el programa constitucional de la Ciudad sino también el nacional, y el contenido en el derecho internacional de los derechos humanos. En otras palabras, la Ciudad tiene un sistema de administración de sus asuntos penales –en lo penal incluyo lo contravencional– que representa uno de los mejores modelos que tiene el país en términos constitucionales y convencionales para resolver estos temas. Éste es otro gran logro de la Ciudad.

125. En el año 1991, Walter Bulacio fue detenido por la policía de manera ilegal y arbitraria dentro de un operativo de *razzia* sin que mediara orden judicial. Bulacio tenía diecisiete años de edad. Fue detenido y llevado a una comisaría donde fue golpeado por personal policial. Posteriormente, las personas detenidas ilegalmente, entre ellas personas menores de edad, fueron liberadas sin que se les abriera causa penal en su contra. Los menores estuvieron en condiciones inadecuadas de detención y no se notificó al juez competente ni a los familiares sobre esta situación. Bulacio fue llevado a un hospital donde se le diagnosticó “traumatismo craneano” y falleció horas después. Este caso llegó a la Corte IDH, oportunidad donde el máximo tribunal regional concluyó por unanimidad que el Estado argentino era responsable por la violación de los derechos consagrados en los Arts. 4° (Derecho a la vida), 5° (Derecho a la integridad personal), 7° (Derecho a la libertad personal) y 19 (Derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter Bulacio, y los derechos consagrados en los Arts. 8° (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial), también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares (Corte IDH, *Caso Bulacio Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C n° 100).

126. Esta regla tiene una excepción, pues son no punibles las personas menores de dieciocho años “excepto cuando se les impute la comisión de contravenciones de tránsito, en cuyo caso la edad de imputabilidad es la requerida para obtener la licencia para conducir y en esos supuestos no es aplicable la sanción de arresto” (Ley 1472, Art. 11.1).

Además de los avances que es posible reconocer con la reforma constitucional y la autonomía de la Ciudad por la elección que tomó respecto de la adopción de un sistema adversarial acusatorio de Justicia penal, existen otros que son muy específicos y que también llevó adelante con éxito. Me refiero, en términos político-criminales, a lo que tiene que ver con el diseño legal e institucional.

El primero tiene que ver con entender que los conflictos penales que no generan grandes afectaciones a bienes jurídicos muchas veces se resuelven mejor sin la utilización de un castigo o una pena estatal. Para ello, más allá de que se regulan penas alternativas en la ley de fondo que no es competencia de la Ciudad, ha incorporado una cantidad de mecanismos alternos con relativa eficiencia y con algunas discusiones respecto de en qué casos se aplican o no. Por ejemplo, si en los casos de violencia de género es conveniente o no utilizar este tipo de alternativas. En definitiva, también la Ciudad ha avanzado notablemente con esta preferencia por las formas alternativas a la Justicia penal en los asuntos que están dentro de la jurisdicción.

Todo ello se relaciona con que la Ciudad de Buenos Aires, por el diseño constitucional y legal que adoptó, claramente comprendió y le dio un sentido material al derecho de acceso a la justicia. Como consecuencia de ello, los interesados participan directamente, las decisiones son conocidas a través de lo que se denomina principio de intermediación y obtienen en la Justicia de la Ciudad soluciones más rápidas a los conflictos en relación con otras jurisdicciones o con la Justicia federal.

Por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires ha dirigido enfáticamente sus esfuerzos a generar condiciones para que aquellos grupos con especiales dificultades para acceder a la justicia –las personas mayores, los niños, las personas con necesidades especiales, alguna minoría sexual desaventajada o en situación de vulnerabilidad, entre otros– puedan acceder a la justicia. Ello no es un simple enunciado o un eslogan, sino que está expresamente en todo su armado legislativo e institucional.

III

A pesar de los logros evidentes, como en todo proceso hay algunas cuestiones que con el tiempo hay que ajustar o perfeccionar aun cuando los objetivos iniciales se hayan logrado. Un ejemplo claro tiene que ver con las dificultades que se plantean en cuanto al avance de los enfoques de género; es decir, cómo resuelve la Ciudad la tensión entre los derechos del imputado en un proceso penal contravencional o de delitos transferidos con los derechos especiales que tiene una víctima en estos casos. Son tensiones que, a partir de que el sistema tiene algunas preferencias, tienen que empezar a resolverse.

En relación con la futura transferencia de delitos a la Ciudad, hay una cantidad importante de problemas relacionados con la competencia. Estos problemas de competencia conllevan mucha energía procesal, dilatan los procesos e impiden, a la larga, realizar adecuadamente las funciones principales. Ello es evidente en los supuestos de transferencia de delitos de amenazas, pero no de amenazas coactivas, así como otras infracciones (estupefacientes¹²⁷ y ley de profilaxis¹²⁸ –en relación con la trata de personas, que permanecerá en la competencia federal–, entre muchos otros).

127. El Tercer convenio prevé el traspaso de los delitos de estupefacientes, con ajuste a lo previsto en el Art. 34 de la Ley 23737 conforme la redacción de la Ley 26052 (Arts. 5° incisos c), e) y párrafos penúltimo y último, 14 y 29, Ley 23737).

128. Ley 12331.



Lo que pretendo es advertir la dificultad que surge cuando se hace un convenio de transferencia con la idea de que las jurisdicciones trabajen de forma más eficiente. Este aspecto debería ser considerado para que no se invierta tanta energía en aquellas cuestiones vinculadas con los conflictos de competencia.

Otro problema relativo a las transferencias próximas o pendientes es el vinculado con los tipos de delitos que se transfieren.

En general se cree que la competencia transferida es la originariamente correspondiente a la Justicia nacional en lo correccional. Sin embargo, a poco que se analizan los delitos incluidos en el Tercer convenio de transferencia, se advierte que algunos de ellos tienen penas muy altas¹²⁹. Ello genera incertidumbre respecto de cuál ha sido el criterio utilizado por los actores estatales intervinientes. Asimismo, se advierten problemas derivados de la transferencia de delitos graves que tendrán impacto en el diseño de la política penitenciaria de la Ciudad. Es diferente supervisar la ejecución de la pena con relación a una persona condenada por un delito leve (la cual podría ser de cumplimiento condicional) que respecto de una persona que tendrá que cumplir una pena efectiva y de larga duración. Ello requeriría de convenios y articulaciones que aún no han sido formalizados o instrumentados.

Por otro lado, existe una dificultad respecto de este Tercer convenio que no ha sido suficientemente tematizada y que se relaciona con las decisiones que tomó la Justicia nacional respecto de la organización de sus tribunales. El ejemplo reciente es la puesta en funciones de la Cámara de Casación Nacional Penal de la Capital Federal, que consolida la estructura penal de la Justicia nacional, pero que paradójicamente propugna la transferencia de competencias a la Ciudad.

Otra cuestión es la vinculada con las nuevas formas de criminalidad. En la medida en la que la transferencia de competencias avance, hará falta mayor eficiencia en la investigación. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con dispositivos y con un modelo adversarial más eficaz que el antiguo modelo inquisitivo para investigar formas nuevas y más complejas de delitos.

Todo ello significaría un cúmulo de trabajo difícil de afrontar con el plantel actual de las fiscalías. Para un buen desarrollo del trabajo, sería oportuno que la reforma sea acompañada con la asignación del personal necesario, que incluye a las fuerzas de seguridad de la Ciudad, cuestión que por su especificidad y complejidad no puede ser abarcada en esta presentación en función de su acotada extensión.

Este punto puede ser conectado con un tema importante que tiene que ver con que, si bien la Ciudad tomó decisiones muy claras respecto del acceso a la justicia, muchas veces con el resabio del sistema anterior inquisitivo la víctima tiene dificultades para entender y conocer qué es lo que sucede en el expediente. Formalmente y en los enunciados, la víctima está muy empoderada y tiene muchos derechos, pero en la práctica todavía cuesta tener acceso al expediente o se presentan ciertos déficit o dificultades procesales que impiden que realmente la víctima pueda entender de qué se trata o en qué consiste el proceso en términos de lenguaje, de espacio físico, de accesibilidad.

Finalmente, una consideración respecto del tema en cuanto al diseño institucional, vinculada con la decisión que tome la Ciudad en términos de la ejecución de las sanciones

129. El Tercer convenio traspasará, entre otros, los delitos de funcionarios públicos contra la libertad individual, cuando los funcionarios públicos pertenecieren a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Arts. 143 (reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial); 144 (1 a 5 años de prisión); 144 bis (prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial); y 144 ter (reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua); 144 quater (prisión de tres a diez años).

que también podría relacionarse con: a) los mecanismos de seguimiento y eficiencia de las medidas alternativas; b) los mecanismos de control y monitoreo de las medidas cautelares que pueden no ser privativos de la libertad; y c) los mecanismos de control y eficacia de las sanciones (existen sanciones alternativas pero, sobre todo cuando se complete la transferencia, van a ser de privación de la libertad).

Por más clara que sea la decisión político-criminal respecto de un uso mínimo de la respuesta penal, un uso máximo de todas las formas que resuelvan los conflictos de una manera eficaz, que eviten o reduzcan la violencia y que logren eventualmente la reintegración social del perpetrador del delito, sin una ingeniería institucional que acompañe estos postulados, los objetivos enunciados no podrían concretarse.

En síntesis, si tuviera que señalar el desafío futuro que tiene la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en términos de su sistema penal, éste radicaría en cómo generar las condiciones de infraestructura material para que los postulados penales que con tanta sabiduría decidieron los porteños en su Constitución y en su legislación puedan pasar de ser meramente enunciados a ser prácticas concretas que reduzcan la violencia y garanticen los derechos de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Intervención de Luis Lozano

Yo voy a tratar de presentar algunas apostillas porque el tiempo no da para abarcar exhaustivamente la temática.

Primera apostilla: no me parece adecuado olvidarnos de la importancia que tiene todo el sistema de transferencias, y creo que esto nos obliga a recordar el nombre de uno de los presentes, que es Julio Di Giovanni, que tanto ha hecho por la transferencia de competencias penales. Las otras estaban, digamos, reconocidas por la ley Cafiero, por lo cual no había problema. Me parece que esto es una cosa muy importante, porque ha dado ocasión a la Ciudad de mostrar que puede organizar una Justicia penal, que —como explicó muy bien la Dra. Beloff— es una Justicia que está a la cabeza. Yo no me animaría a decir que es la mejor de la Argentina, porque he tenido ocasión de presidir la Junta de Tribunales Superiores de las Provincias en Argentina y he visto que hay sistemas que son realmente óptimos, pero sí que estamos entre los que andan bien, y son modernos y cumplen con las convenciones internacionales. Es decir, hemos hecho un buen uso de aquello que recuperamos como poderes públicos.

Ahora voy a hacer una pequeña crítica que es una cuestión de palabra, terminológica, pero que tiene una profundidad que deberíamos contemplar. No me parece que la palabra “transferencia” esté bien empleada. Creo que “transferencia” es el modo en que los antiautonomistas quieren comprender y denominar el fenómeno, pero en realidad lo que estamos haciendo es un recupero de las potestades jurisdiccionales que debimos haber tenido siempre para ser iguales los argentinos. Pero por sobre todas las cosas, porque el artículo 129 de la Constitución Nacional, en la reforma de 1994, dice que la Ciudad tiene la capacidad de elegir un Jefe de Gobierno —ahí nos condicionaron, porque pusieron por el sistema de elección directa— que tiene funciones legislativas y jurisdiccionales propias. Es decir, no son funciones entregadas a la Ciudad por la Constitución de 1994; son reconocidas como propias de la Ciudad, y esto es porque nos están reconociendo como una sociedad política exactamente igual que las sociedades políticas que constituyen cada uno



de los Estados provinciales. Lo cierto es que nosotros no necesitamos una transferencia de competencias penales ni de ninguna otra especie de las retenidas por el Gobierno federal; lo único que es necesario es que cese la declaración de interés federal para que nosotros inmediatamente tengamos que recuperar y hacernos cargo responsablemente del ejercicio de estas competencias que nos tocó. Hay que comprender que uno tiene la responsabilidad de hacerse cargo de la competencia; no simplemente pedir que te la devuelvan, es además hacerse cargo de ejercerla responsablemente, que no es tan sencillo; tratamos de hacerlo lo mejor que podemos, y yo creo que ha habido mucho éxito entre los porteños, especialmente entre los legisladores porteños, en el manejo institucional de esto, y entre los jueces porteños, los fiscales porteños, los defensores porteños y los asesores tutelares porteños, pero lo cierto es que esto es un desafío cotidiano.

Segunda apostilla: ¿han sido útiles, hemos empleado útilmente estas competencias penales? Yo diría que sí. Es difícil hacer una evaluación rápida, pero quiero tomar un par de ejemplos. Gracias a la transferencia de las competencias, nosotros hemos podido desarrollar un tratamiento de la violencia doméstica y violencia de género que está a la altura de los mejores en la República Argentina, que sin ninguna duda está muy por encima de lo que la Nación pudo hacer con sus jueces ordinarios de la Capital Federal que ejercen competencias locales. La realidad es que hemos instalado un mecanismo de atención de la violencia doméstica que está a la altura de los mejores de la Argentina. Basta ir a alguna reunión de la Asociación de Mujeres Jueces de la Argentina para darse cuenta de que la oficina que maneja Gonzalo Sansó es una oficina muy prestigiosa, y que si se pone a Gonzalo Sansó en el auditorio, inmediatamente despierta la atención de todos los concurrentes. Es decir, esto es algo que ha armado institucionalmente el Ministerio Público Fiscal con el acompañamiento legislativo que lo hizo posible. Debemos estar contentos de este resultado.

El manejo de la potestad también tiene que ver con el diseño de los ministerios públicos. En este sentido, los Convencionales Constituyentes, ya no de la Nación, sino de la Ciudad, han diseñado el Ministerio Público, en mi opinión, más moderno de los que son autónomos, en cuanto al ejercicio de sus competencias, de la Argentina. Es cierto que no lo pusieron como un órgano extra-poder; esto lo hizo la Nación, no lo hizo así la Ciudad, que lo puso dentro del Poder Judicial. Me parece que esto no es el punto central; el punto central es que el administrador de la acción pública, acción que no le corresponde ni al Gobierno, ni al Ministerio Fiscal, le corresponde al pueblo, es decir que nos representa a todos cuando concurre a Tribunales, está dotado de las características de un órgano que, si bien no está sujeto a una elección pública, está sujeto a una elección por los representantes del pueblo, por la Legislatura, con una mayoría potenciada, que todos los fiscales saben que no es fácil de alcanzar —aquí tenemos uno— y que cesan a los siete años. En mi opinión podrían haber dejado que fueran reelectos, pero lo que es seguro es que esta confrontación, esta renovación del mandato a quien administra la cúspide, la acción pública, es un modo de entender que hay una cierta voluntad política detrás. Al igual que esto se da por la periodicidad del mandato, se da también por el hecho de que el fiscal gobierna sobre su tropa, que son fiscales con estabilidad, concurso, es decir, con el mismo rango que los magistrados judiciales, el Fiscal General los puede conducir mediante la emisión de criterios generales. Estos criterios pueden tener contenido de política criminal, pero tienen que ser comunicados al Poder Legislativo, y ahí el Poder Legislativo puede anunciar si los comparte o si no los comparte. Este mecanismo, para mi gusto, es de los más modernos que hay en la Argentina, y creo que es uno de los aciertos de los constituyentes de 1996, es decir, los locales.

Otra apostilla: tenemos que habituarnos a que la transferencia o recupero de competencias no sea el único mecanismo para ir configurando el gobierno autónomo, efectivo, que diseñó como modelo la Constitución de 1994, es decir, la nacional. El pase de estructuras judiciales es muy importante, porque a diferencia del pase de las competencias, el pase de la estructura transmite efectivamente la jurisprudencia, y nosotros tenemos que pensar que la transferencia de competencias –concedo en este caso el uso de la palabra “transferencia” porque ahora sí se refiere a estructuras con personas– es algo que debe ser pensado como servicio al pueblo y no un servicio a los que ocupan los cargos. El pueblo merece cierta continuidad jurisprudencial, y la continuidad jurisprudencial, que es lo que da seguridad jurídica, no implica la mejor jurisprudencia necesariamente, pero sí la previsible. Y esto se logra cuando se transfiere la estructura, no cuando se transfieren las competencias, que pueden ser ejercidas con un criterio enormemente distinto, por personas muy idóneas, pero que no tienen el compromiso jurisprudencial de los que ya están ejerciendo el cargo. Esto no es tan grave en materia penal, quizás, como en otras materias. No me preocupa ni siquiera el contencioso, que por otra parte ya está en la Ciudad, pero sí hay que pensarlo en el supuesto de competencias que tienen que ver con lo laboral, lo civil, lo comercial, etc. Es decir, el pase de la organización tiene un sentido específico, aunque no sea lo que dispone la Constitución del 94, tiene utilidad. Por supuesto, estoy señalando un aspecto que, creo yo, ha sido de los menos exaltados, o menos identificados. Entre otros aspectos, desde luego, se encuentran las ventajas económicas, etc.

No tengo ninguna duda de que la transferencia de recursos, que no es lo mismo que las partidas presupuestarias, sino que es un flujo constante de recursos, es un derecho que nos da a los porteños la Constitución, al igual que se los da a todos los provincianos. Cuando se transfiere el servicio, se debe transferir el recurso inmediatamente. También es cierto que esto no se cumple; y no se cumple no solamente respecto de nosotros, no se cumple en los gobiernos provinciales tampoco. Pero tenemos que insistir, porque esto tiene que ver con la buena asignación de los recursos. Si se mantiene la postura de que ya que no prestan el servicio, se le retiran los recursos, se estaría distorsionando el empleo de los fondos públicos.

Aquí me parece que debemos prestar atención a que el haber confiado en que después de hacer las leyes los ejecutivos de ambas partes se pongan de acuerdo en cómo transferir, ha mostrado que no es apto, no es un mecanismo eficaz. No se logró ningún acuerdo, ni siquiera se logró que hubiera una reunión de negociadores, y esto me parece que va a seguir ocurriendo. La única forma de evitarlo es que directamente, en las leyes, se levante la declaración de interés federal –declaración que tiene más de avidez federal que de interés– y se incluyan en ellas los mecanismos de transferencia de recursos. No hay ninguna dificultad en hacerlo, esto es cuestión de poner una fórmula dentro de la ley y ponerse de acuerdo en qué quiere decir transferir los recursos, o cómo estimarlos.

Ya con un criterio un poco más general, tengo voluntad de señalar, apoyándome en un tema que se tocó antes –me parece que por Antonio Cartañá, con cuya exposición me sentí más representado–, que el mundo conoce dos tipos de Estados federales: Estados donde los entes federados son todos iguales, y Estados donde los entes federados no son todos iguales. Dos ejemplos bastan para darse cuenta de lo que esto representa. Estados Unidos, probablemente la federación más exitosa –y con esto no estoy proponiendo a nadie que cante el himno yanqui, pero sí convengamos en que claramente es un país exitoso–, está constituido por Estados federados con potestades jurídicas iguales, ya sea el Estado de



Nevada, que cuenta con una baja población, cuya riqueza principal son los casinos, o el de California, que como todos saben, es un “país” verdaderamente mayor que la Argentina en cuanto potencia, riqueza, etc. Ejemplo de Estados federales desiguales, la Federación Rusa. Como todos sabemos, es un sistema heredado de un régimen monárquico, ya que todas las instituciones se proyectan hacia el futuro –tema del cual no me puedo ocupar ahora–, donde coexisten varios entes de distinta categoría. Ahora, cuando ustedes federan entes de distintas potestades, están asignando distintos derechos políticos a los ciudadanos que habitan en esos entes. No hay una solución distinta de esta, porque en la medida en que las potestades son conservadas por el gobierno central, los entes federados se comportan del mismo modo que lo hace un miembro minoritario cuando se ubica ante un grupo más amplio. Es decir, vota, pero no resuelve nunca. Esto tenemos que tenerlo en cuenta.

Otra apostilla: muchas veces advierto que hay un cierto desaliento en los porteños, por el hecho de que no terminamos de ver formado nuestro régimen autónomo. Me parece que nos da una mejor dimensión del problema no pensar que esto arranca en 1994, porque realmente creo que no lo hizo. Recién Antonio Cartañá señaló que, antes de 1994, ya había un movimiento –incluso antes de que se pensara en una reforma de la Constitución Nacional– que se planteaba la posibilidad de que el Jefe de Gobierno, tal cual los concejales, fueran elegidos por el pueblo. Entonces el Congreso Nacional funcionaba como Legislatura local, pero nadie había dicho que no se pudieran transferir poderes a órganos elegidos localmente, aunque es cierto que de algún modo el Congreso los perdía. De la misma manera, se empezaba a pensar que el hecho que el Intendente fuera elegido localmente, era un modo de devolver soberanía al pueblo porteño.

Hubo bastante empujón en ese sentido, Cartañá es uno de los más importantes postuladores del sistema, y yo voy a mencionar a algunos –que alguien me dirá que no son los únicos, y quizás nadie crea que son los más importantes–, pero son aquellos que yo tenía cerca en ese entonces, y que recuerdo con mucho afecto porque hoy en día están muertos. Ellos son Eduardo Vaca, Tito Raijer y Eduardo Castells. Eduardo Peduto, al igual que yo, asistíamos a estos líderes políticos, a estos compañeros –los voy a llamar así–, y me consta que estaban empujando por esto; y me consta que Vaca, por lo menos, empujaba también por el régimen parlamentario. Es decir, nosotros nos reuníamos en el Hotel Bauen para tratar el tema y yo mismo postulaba el régimen parlamentario, y este me empujaba sin decirlo tan claramente, cosa que advertí bastante después, por comentarios de Eduardo Castells. El caso es que cuando uno ve el proceso completo; en realidad, el artículo 129 fue un verdadero logro, un éxito importante. Y lo que ocurrió después, o si ustedes quieren, lo que no ocurrió, hay que pensarlo en términos de cuánto tardaron, por ejemplo, los recursos aduaneros en llegar a ser nacionales, en lugar de porteños. La historia no se escribe en nuestros tiempos, se escribe en tiempos más prolongados, que tienen que ver con el pueblo, y no tanto con los individuos que lo conformamos en un momento. Hay que pensar estas cuestiones en términos de flujo y no tanto como balances. Debemos verlo de esa manera.

Para terminar, lo que yo diría es que estamos en un momento en el cual el poder presidencial va disminuyendo, como siempre ocurre cuando se completa un mandato y ya no se puede ser reelegido.

El cambio de la autonomía, aunque no es un cambio constitucional y sí lo es institucional, tiene como momento propicio estos momentos en los cuales quien ha venido gobernando tiene la experiencia que da haberlo hecho, la posibilidad de la grandeza de que se está despojando de la vida política, en algún sentido, y la capacidad de comprender la importancia

que tiene para la vida de sus compatriotas el buen diseño institucional. Yo creo que este es el momento en que nosotros debemos tratar de bregar, porque las jurisdicciones que más interés tienen en esto de modo inmediato, aunque no las únicas, que son la Nación en la Ciudad, puedan avanzar en un entendimiento donde también hay que saber sacrificar cosas. Por ejemplo, si nosotros estableciéramos un avance hacia la autonomía y recibiéramos los recursos, 0 por ciento en este ejercicio, 30 por ciento en el siguiente, y más en el 2016, donde ya las responsabilidades cambian, probablemente estaríamos más cerca de hacer practicable la definitiva autonomía porteña.

La última apostilla es: muchas veces los federales en el sentido más estricto –yo me siento muy federal, pero no en esta categoría– creen que la autonomía porteña va en detrimento de la soberanía de las provincias. Esto no solamente no es así, sino que esto es un mensaje de los unitarios, que tienen mucha importancia en la Argentina. La Argentina es un país donde los unitarios anidan y funcionan, incluso, en las universidades. Basta recorrer la jurisprudencia de la Corte Suprema de todos los tiempos para darse cuenta hasta qué punto atenta contra las autonomías locales, increíblemente, pero esto es otro tema. Lo cierto es que en un país equilibrado nadie dejaría que quien gana la Presidencia se ganara uno de los tres presupuestos más importantes de la Argentina. Para decirlo con un ejemplo, Obama gana las elecciones, pero si ustedes le dijeran al norteamericano que por ganar la elección lo van a dejar manejar los recursos de California, les diría “no, no, porque entonces este va ser muchísimo más poderoso de lo que yo quiero”. El modo de equilibrar es hacer que los gobiernos provinciales equilibren al federal. Esto fue el diseño del federalismo de Thomas Paine y de Thomas Jefferson. El poder no se contiene sólo mediante el régimen republicano de división de poderes, el Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo. Se contiene, principalmente, haciendo que los poderes queden alojados en Estados que sean lo más próximos al ciudadano, el municipio, la provincia, finalmente el federal, y que permitan ejercerlos provechosamente. Usted no puede hacer que la moneda la emita un municipio, porque entonces no es provechosa, no sirve para ir a tranzar; cuando sale al turismo tiene que empezar a ir a la casa de cambio. En cambio, no se le ocurre armar un sistema nacional de recolección de basura, porque esto es insensato. Esto está puesto en un trabajo de Jefferson y Paine –probablemente más de Paine que de Jefferson; Jefferson me parece que ha puesto más la firma que el cacumen– que tiene la particularidad de llamarse *El sentido común*.

Quiero destacar la importante participación en la Convención de 1994, además de la importante participación del doctor Ibarra, de alguien que mencionó Cartañá, que es Eduardo Valdés. Me consta todo lo que hizo para empujar por la autonomía y quiero recordarlo con ustedes.

Esto es también sentido común, porque en definitiva es la única forma de que todos los argentinos seamos iguales, pero también la única forma de que avancemos hacia la eficiente asignación de los recursos. Esto no es un problema de reivindicación romántica, es un problema también de un buen reparto de los recursos económicos. Muchas gracias.



LA REFORMA POLÍTICA EN LA CIUDAD

PASO. VOTO ELECTRÓNICO. BOLETA UNICA. CUPO FEMENINO. LEY DE EQUIDAD DE GÉNERO

Intervención de Aluminé Moreno¹³⁰ y Diana Maffía¹³¹

OTROS CAMINOS HACIA LA IGUALDAD: LOS PLANES DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO

Introducción

En ocasión del encuentro por los 20 años de la reforma de la Constitución nacional, organizado por la Defensoría del Pueblo, esta comunicación presenta reflexiones acerca de las políticas públicas que buscan remediar las injusticias basadas en género, en particular,

130. Licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires y MSc in Gender and Social Policy por la London School of Economics and Political Science. Fue directora de las Comisiones de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones y de Mujer, Infancia, Adolescencia y Juventud de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entre 2009 y 2011. Actualmente integra el Observatorio de Género en la Justicia, en el ámbito del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

131. Doctora en filosofía (UBA), investigadora del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género (UBA), docente de Gnoseología en la Facultad de Filosofía y Letras. De 1998 a 2003 fue Defensora Adjunta del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en el área de Derechos Humanos. De 2007 a 2011 fue Diputada de la Ciudad de Buenos Aires, y presidió las comisiones de Igualdad de Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones (2007 a 2009) y de Mujer, Infancia, Adolescencia y Juventud (2009 a 2011). Fue consejera Académica del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (2012-2014). En la actualidad dirige el Observatorio de Género en la Justicia, en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

observaciones prácticas en relación con el Plan de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones¹³² de la Ciudad de Buenos Aires.

La robusta noción de igualdad entre los géneros que establece la Constitución nacional fue retomada y reelaborada por la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ambos textos sostienen compromisos que se traducen en la promoción de las acciones positivas, las medidas antidiscriminatorias y la incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de las políticas públicas. Este marco normativo permite el desarrollo de estrategias diversas de promoción de la igualdad entre los géneros desde el Estado. Un tipo de estrategia es la elaboración de planes de igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros. Este camino ha sido trazado en esta ciudad, pero hace falta consolidarlo.

Las secciones que siguen se ordenan de la siguiente manera: en la primera sección abordamos las particularidades de los PIO como estrategia de promoción de la igualdad. En la segunda sección nos referimos a la situación de las estrategias de transversalización del género en Argentina, con foco en la experiencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la tercera sección desarrollamos una serie de observaciones acerca del diseño y la implementación de los Planes de Igualdad de Oportunidades y de Trato inspiradas en la experiencia porteña. Para finalizar, compartimos una reflexión acerca de la participación social en este tipo de iniciativas.

1. Los Planes de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y varones frente a otras estrategias de promoción de la igualdad entre géneros

Un PIO es un programa público intersectorial que expresa la voluntad política de desarrollar remedios para las desventajas sistemáticas que afectan a determinados grupos sociales en virtud de su género. Según Guzmán y Todaro (1998: 38), “los Planes de Igualdad de Oportunidades son un tipo particular de políticas de género cuyo propósito es afectar las distintas dimensiones de la discriminación: las estructurales, que se derivan de la división sexual del trabajo y de la posición de las mujeres en la familia, en el mercado y la vida política, y las de carácter cultural, derivadas de la imposición de determinados patrones de interpretación y de comunicación de la realidad social que se brinda a las mujeres”.

La lógica subyacente a los PIO implica la transversalización de la perspectiva de género a todas las políticas públicas. De este modo, los PIO se diferencian de dos estrategias alternativas para la promoción de la justicia de género: por un lado, se distancian de la creación de institucionalidades específicas para abordar la “problemática de las mujeres” –como se decía en la década de los ochenta– o las “políticas de género”, tales como Secretarías, Consejos, Direcciones u Oficinas de las Mujeres o de Género¹³³. Por otro lado, también son una opción distinta del establecimiento de cuotas y otras acciones afirmativas para la inclusión de mujeres en cuerpos colegiados en los poderes legislativo y judicial.

132. En adelante, PIO.

133. Tras las etiquetas “mujer/es” y “género” encontramos diferentes diagnósticos de la desigualdad, diversos sujetos que buscan su emancipación, distintos mecanismos para contrarrestar la opresión basada en género. En suma, la utilización de alguno de estos términos implica diversas teorías explicativas sobre las distinciones entre feminidad y masculinidad y sus consecuencias. La presentación y profundización de estos debates no son propósitos de esta comunicación.



La particularidad de estas políticas consiste en que no se limitan a abordar sólo las consecuencias de la discriminación, sino que se proponen asegurar que las acciones estatales promuevan la igualdad tanto de oportunidades como de resultados entre los géneros. A pesar de ser producto de diversos contextos y supuestos teóricos, los tres tipos de estrategias bosquejados pueden vincularse y potenciarse.

En América Latina los PIO se han ocupado fundamentalmente de generar mecanismos para promover la situación de las mujeres. Sin embargo, esta herramienta también es apta para impulsar la equiparación de otros grupos oprimidos en función del orden de géneros, tales como personas travestis, transgénero, gays y lesbianas¹³⁴.

Detrás de la elaboración de los PIO se encuentra el enfoque de la transversalización del género, que aborda la desigualdad como un fenómeno sistémico: “La Plataforma de Acción de Beijing pone en claro ... las diferentes dimensiones de los problemas y desigualdades de género que son resultado de este carácter sistémico: simbólica, normativa, subjetiva y relacional. Se reconoce que ningún campo es neutral al género y que es necesario profundizar el análisis multicausal y la integralidad de la acción, y que el Estado es el responsable de hacerlo” (Rigat-Pflaum, 2008: 45). Para abordar la complejidad de la desigualdad de género desde la política pública es preciso, entonces, que el Estado ponga en acción varias estrategias simultáneas, desde diferentes áreas funcionales y temáticas.

En contraste con las estrategias de cuotas para mujeres o dependencias especializadas, la adopción de PIO enfatiza la necesidad de operar desde diferentes sectores y niveles de la Administración pública para promover la equidad entre los géneros. Los PIO funcionan como un marco orientador para las acciones gubernamentales, un mapa que guía a las políticas públicas hacia el fortalecimiento de la posición relativa de las mujeres a través de medidas simultáneas en distintos sectores, tales como trabajo remunerado y no remunerado, atención de la salud, educación, acceso a la justicia, acceso y disfrute del espacio público, participación política, entre muchas otras áreas de intervención estatal.

Debido a la concepción que lo sustenta y a su formato de “Plan marco”, el PIO necesariamente excede la noción de programa que implementa una dependencia en forma aislada. Por el contrario, es indispensable para su puesta en marcha la intervención articulada de varias instancias estatales diferentes en el abordaje de las causas estructurales de la desigualdad basada en el género.

La efectividad de los PIO depende de varios factores que conjugan capacidades y recursos técnicos y presupuestarios de las dependencias a cargo y compromiso político por parte de los actores y actoras relevantes. Esta voluntad política se debe traducir en la asignación de recursos suficientes para la elaboración de nuevas políticas públicas, para adaptar aquellas que se encuentren vigentes a fin de que incorporen efectivamente la perspectiva de género, y para capacitar al personal estatal acerca de aspectos sensibles a la condición de género de las y los beneficiarios de diferentes políticas. Por último, el éxito del PIO

134. Ver, por ejemplo, el Plan Interdepartamental para la no Discriminación de las Personas Homosexuales y Transexuales de Catalunya, disponible en http://www20.gencat.cat/portal/site/bsf/menuitem.7fca6ecb84d307b43f6c8910b0c0e1a0/?vgnextoid=80d2148edb854210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=80d2148edb854210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextfmt=default&newLang=ca_ES (acceso 20 de agosto de 2014).

también requiere de la difusión del mismo, a fin de que distintos grupos sociales utilicen, reclamen y recreen las herramientas que el plan pone a su disposición.

Las estrategias de evaluación de los Planes de Igualdad de Oportunidades y de Trato son especialmente relevantes. No sólo permiten conocer la incidencia de las medidas incluidas en el PIO en las situaciones que se intenta transformar, sino que también posibilitan reformular las intervenciones para mejorarlas o modificarlas si no demuestran eficacia. Asimismo, es importante que las actividades de evaluación y reformulación acompañen todas las etapas del diseño y la implementación del PIO, para asegurar mejores resultados de la política pública.

2. Costumbres argentinas: PIO en contextos locales

Argentina no cuenta con una estrategia de transversalización del género a nivel del Estado nacional, a diferencia de otros países de la región, como Chile y Uruguay. Tal vez esta ausencia se vincula con los avatares de la institucionalización del Consejo Nacional de la Mujer: “desde el retorno de la democracia, las políticas públicas de género han estado signadas por su discontinuidad, insuficiencia de financiamiento y ambigüedad en la definición de la equidad. El Consejo Nacional de la Mujer tuvo, casi desde su origen, una historia institucional y política convulsionada, evidenciando un paulatino deterioro en su jerarquía, autonomía y presupuesto” (Rodríguez Gustá y Caminotti, 2010: 103). En la última década se han desarrollado acciones de promoción de la equidad entre los géneros desde diversos ministerios nacionales –tales como el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores–, pero estos compromisos no cuentan con una instancia intersectorial de articulación y evaluación en la forma de dependencia o programa que asuma las tareas de coordinación y examen (Gamba, 2011: 5).

En contraste, encontramos desarrollos estimulantes en relación con la elaboración y aplicación de PIO a nivel municipal. Esto puede relacionarse con la relativa autonomía de los resortes de la política institucional local, con la consolidación de las áreas específicas de políticas destinadas a mujeres o a géneros en algunos municipios y, por último, con la incidencia de las demandas y los aportes de la sociedad civil organizada en torno a los derechos de las mujeres y la promoción de la igualdad entre los géneros en esas localidades. Dos casos destacados son los planes de las ciudades de Rosario¹³⁵ y Morón¹³⁶, puestos en funcionamiento en 2004 y 2006 respectivamente.

Nuestras reflexiones se basan en experiencias relativas al devenir de un tercer caso local: el Plan de Igualdad Real de Oportunidades entre Mujeres y Varones de la Ciudad de Buenos Aires. El PIO porteño se instituyó en el año 2000 mediante la sanción de una ley que establece un compromiso vinculante por parte de los funcionarios/as de Gobierno con los objetivos determinados en la norma.

La Ley 474 compele al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a promover activamente la equidad entre mujeres y varones. Para ello, el Estado de la Ciudad se compromete a incorporar



135. Para acceder al PIO de Rosario, consultar http://www.rosario.gov.ar/sitio/desarrollo_social/mujer2/igualdad2.jsp.

136. Para acceder al PIO de Morón, consultar http://www.moron.gov.ar/politicas_genero/pio.php

la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas y en la elaboración de todas las estadísticas y la información públicas. Este PIO, además, propone acciones y directrices en nueve (9) áreas temáticas: Derechos humanos; Ciudadanía, poder y toma de decisiones; Economía, trabajo; Educación, ciencia y tecnología; Cultura y medios de comunicación; Salud; Violencia y abuso contra las mujeres; Grupos vulnerables y La ciudad y las mujeres.¹³⁷

Entre su sanción y hasta el año 2007 inclusive, la aplicación del PIO en la Ciudad de Buenos Aires consistió en la designación de referentes para el diseño de líneas de acción en cada ministerio involucrado. Los avances registrados en este período son escasos y discontinuos. El PIO tuvo poca difusión dentro del aparato estatal porteño y hacia la sociedad civil. Los desarrollos en cada dependencia dependían del compromiso, la iniciativa y la capacidad de incidencia de la persona designada como referente. Si bien las organizaciones dedicadas a temas afines conocían la norma, no se establecieron resortes para reclamar su efectividad o formular pedidos o recomendaciones invocando sus disposiciones.

En el año 2008, el Jefe de Gobierno elaboró el Decreto 181/08, que instruye “al Área Vicejefe de Gobierno y a todos los Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo, a que implementen a través de medidas concretas en su ámbito de actuación, el Plan de Igualdad de Oportunidades entre Varones y Mujeres...” (Art. 1º). Además, indica que el Ministerio de Desarrollo Social –del cual forma parte la Dirección General de la Mujer– debe suscribir anualmente Acuerdos de Gestión con el resto de los Ministerios que conforman este Poder Ejecutivo, en los que se especifiquen las líneas en materia de género a desarrollar en cada área temática, según los programas planificados para cada año (Art. 2º). Por último, se encomienda al mismo Ministerio de Desarrollo Social la creación de un Sistema de Seguimiento y Monitoreo que permita determinar el grado de cumplimiento de las iniciativas con enfoque de género y su impacto sobre la población meta (Art.3º)¹³⁸.

137. El Art. 2º de la Ley 474 explicita el objetivo general del plan: “. . . garantizar a las mujeres el pleno reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y garantías, y promover la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres, tal como lo establece la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país”. El Art. 3º enuncia que se entiende como discriminación basada en género: “. . . la existencia de leyes, actos jurídicos o administrativos, las ausencias o deficiencias legales o reglamentarias y las situaciones fácticas que impliquen distinción, exclusión o restricción y que tengan por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos y garantías de las personas, en razón de su género”. El Art. 4º se refiere a las medidas de acción positiva. El Art. 5º compromete al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a incorporar la perspectiva de género en: a. el diseño y ejecución de sus políticas públicas y de todos los planes y programas que de ellas se deriven; b. la presentación de informes que eleve el Gobierno de la Ciudad a los comités de seguimiento de convenciones y a los organismos nacionales e internacionales y c. la elaboración de todas las estadísticas y la información resultante de las diversas áreas. El Art. 7º establece que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe tomar medidas antidiscriminatorias y ejercer los controles necesarios para impedir la discriminación por razón de género “tanto en el ámbito público como en el privado, y elimina los obstáculos de hecho y de derecho que impiden la igualdad real de derechos, de oportunidades y de trato entre varones y mujeres”. Por último, el Capítulo II de esta ley establece las áreas del PIO (Arts. 10º a 18º): Derechos humanos; Ciudadanía, poder y toma de decisiones; Economía, trabajo; Educación, ciencia y tecnología; Cultura y medios de comunicación; Salud; Violencia y abuso contra las mujeres; Grupos vulnerables y La ciudad y las mujeres. En estos artículos de la Ley 474 se detallan políticas y acciones para cada una de las áreas del PIO. El texto completo de la Ley 474 está disponible en <http://www.cedom.gov.ar/>.

138. Los Acuerdos con Ministerios y los informes anuales sobre el PIO de la CABA correspondientes a los años 2008 a 2011 se pueden consultar en http://www.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/mujer/observatorio_genero/planigualdad.php. No hay información posterior al año 2011 en el sitio web de la Dirección General de la Mujer. Algunos informes elaborados por la Comisión Especial se encuentran en http://dianamaffia.com.ar/?page_id=11

Por un lado, resulta positivo que el responsable del Poder Ejecutivo disponga mecanismos para aplicar el ambicioso plan que impone la Ley 474. Asimismo, que se designe un Ministerio para liderar los procesos organizacionales y políticos relacionados con las medidas de promoción de la igualdad. Sin dudas, la Dirección General de la Mujer – institucionalidad específica de las políticas dirigidas a mujeres que depende del Ministerio de Desarrollo Social– resulta la dependencia que cuenta con mayor solvencia técnica para colaborar con las diferentes áreas estatales en el diseño de las líneas de gestión y las acciones específicas que buscan mejorar la posición relativa de las mujeres en la Ciudad. Por otro lado, tenemos ciertas reservas respecto de las disposiciones del Decreto 181/08. Mencionaremos las dos más relevantes y retomaremos el resto en la próxima sección. En primer lugar, la transversalidad del PIO queda por lo menos cuestionada al reconducirlo a las iniciativas a cargo de la Dirección General, que tradicionalmente se ocupó de las políticas focalizadas para mujeres. Esta situación tiene consecuencias variadas que señalaremos en breve. En segundo lugar, la misma dependencia que tiene a su cargo impulsar el desarrollo del PIO es la responsable del seguimiento, monitoreo y de la evaluación de las medidas. Además de constituir una cantidad de trabajo desproporcionada para las capacidades y recursos de la Dirección General de la Mujer, tanto desde un punto de vista metodológico como republicano es desaconsejable que la misma instancia actúe simultáneamente en la propuesta, implementación y evaluación de la política pública sin participación equivalente de otra área del Estado o mecanismo de control efectivo por parte de la sociedad civil. Durante los años 2008 y 2009 lideramos el trabajo de la Comisión Especial de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Varones y Mujeres de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Posteriormente, en los años 2010 y 2011 integramos esa Comisión como vocales. Durante esos cuatro años realizamos el seguimiento de la aplicación del PIO porteño desde el Poder Legislativo. Las fuentes de información con las que construimos nuestro diagnóstico surgen del trabajo mencionado¹³⁹.

Durante los años 2008 y 2009, en el marco de la Comisión Especial de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones, realizamos un trabajo de seguimiento y análisis de la implementación del PIO. Entre otros productos, se pusieron a disposición de las autoridades ejecutivas una serie de observaciones y sugerencias sobre las líneas de acción vinculadas al PIO en distintas dependencias. En la próxima sección presentamos algunas conclusiones y advertencias que surgen de nuestra experiencia en el seguimiento del PIO porteño¹⁴⁰.

139. Las fuentes son: visitas oficiales de la Directora General de la Mujer a la Comisión legislativa mencionada, para reportar el estado de cumplimiento de las acciones proyectadas; copias de los acuerdos de gestión firmados entre el Ministerio de Desarrollo Social y otras dependencias y ministerios; informes trimestrales de avance de las líneas de acción acordadas; informes de Gestión del Plan de Igualdad entre Mujeres y Varones (PIO) de la DGMuj; respuestas de la DGMuj sobre las observaciones sobre líneas de PIO elaboradas por la Comisión Especial; listado de líneas de acción acordadas por Ministerios, Subsecretarías y Direcciones generales; seguimiento de la ejecución del presupuesto asignado al PIO, para los años 2008 y 2009. Algunas de las informaciones utilizadas fueron producidas por la Dirección General de la Mujer, como dependencia responsable del desarrollo y la evaluación de las acciones vinculadas con el PIO. Otros datos, sin embargo, estaban contruidos por nosotras mismas, tales como el control de la ejecución del presupuesto asignado al PIO e informes sobre el desarrollo de las acciones por dependencias, que elaboramos en base a la información provista por la Dirección General de la Mujer.

140. Algunas de estas reflexiones ya han sido expresadas en los Informes anuales de las Comisión Especial de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires correspondientes a los años 2008 y 2009. Los informes mencionados están disponibles en http://dianamaffia.com.ar/?page_id=11.



3. Aprendizajes a partir del PIO en la Ciudad de Buenos Aires

En esta sección intentaremos extraer recomendaciones generales a fin de enriquecer la aplicación del PIO porteño en el futuro, y para alentar experiencias en otros contextos que recurran a este tipo de estrategia.

3.a. La importancia del diagnóstico: En primer lugar, un Plan de Igualdad de Oportunidades se sustenta en un diagnóstico de la desigualdad estructural entre los géneros, porque implica proponer una modificación de patrones de distribución de bienes simbólicos y materiales. El diagnóstico permite establecer prioridades en las áreas de intervención y, seleccionar modalidades de la política pública. Creemos que la tarea de diagnóstico es la tarea pendiente desde la sanción de la Ley 474 más acuciante para formular un PIO ambicioso, adecuado y efectivo para la Ciudad.

Para llevar adelante un diagnóstico deben sumar esfuerzos las áreas técnicas de los diferentes poderes del Estado y los centros de investigación y las universidades de la Ciudad. Además, es muy importante contar con estadísticas desagregadas por sexo y edad en todas las áreas.

3.b. La elaboración y desarrollo de las líneas de trabajo: El PIO se desagrega en líneas de acción. Al momento de su formulación, la perspectiva debe exceder el corto plazo y debe ser intersectorial. Resulta clave la voluntad y el compromiso de coordinación entre diversas áreas, encarnado en personas concretas comprometidas y entusiasmadas con la elaboración y el desarrollo de la política pública de igualdad.

En la Ciudad de Buenos Aires el incremento de líneas de acción acordadas entre un año y otro entre 2008 y 2011 fue exiguo. Además, la tendencia fue que el Ministerio de Desarrollo Social esté sobrerrepresentado. El esfuerzo para equiparar las oportunidades y para contrarrestar las desventajas en razón de género, necesariamente, debe comprometer a todos los ministerios en la realización de esfuerzos equivalentes.

En el caso que analizamos encontramos que las líneas de acción a menudo fueron reemplazadas por otras diferentes para el año siguiente, en lugar de privilegiar su continuidad o de sumar iniciativas sin descartar las que estaban en curso. Esta situación denota la ausencia de un trabajo de formulación de objetivos y acciones de corto, mediano y largo plazo, que permitiría proyectar el PIO como una política de Estado orientada a trascender las gestiones y coyunturas.

Observamos, además, un persistente desequilibrio en el tipo de acciones acordadas. En general, se privilegiaron actividades de capacitación y sensibilización sobre género, que sin dudas constituyen un aspecto relevante del PIO en sus dimensiones comunicativa y pedagógica. La capacitación de agentes públicos/as en género y derechos es un requisito indispensable para avanzar en la implementación de políticas activas de promoción de la igualdad. Sin embargo, esta situación exige esfuerzos principalmente por parte de la Dirección General de la Mujer y compromete a sus recursos humanos de manera desproporcionada en relación con el compromiso efectivo de otras dependencias.

En contraposición, se descuida el análisis y la modificación de diversas rutinas y prácticas estatales que contribuyen a la discriminación sistemática de algunos grupos y sujetos. La realización de los objetivos del PIO requiere incorporar criterios de equidad de género a la gestión en todas sus áreas, más allá de lo discursivo. En este sentido, la modernización del Estado está emparentada íntimamente con la democratización de las relaciones entre los géneros, que se traduce en líneas de acción relacionadas con políticas de recursos

humanos, procedimientos administrativos, horarios y lugares de atención de demandas ciudadanas, política de créditos de los bancos oficiales, entre otras.

Una sugerencia para lograr articulación entre diferentes áreas del Estado y trascender el corto plazo es delinear las líneas de acción de acuerdo a áreas temáticas (por ejemplo, organización social del cuidado, seguridad ciudadana, acceso al conocimiento, disfrute del tiempo libre, entre otras) que involucren necesariamente varias institucionalidades y sectores diferentes y esforzarse por mantener ese punto de vista integral.

3.c. La importancia de la evaluación: Las metas del PIO deben estar definidas cuantitativa y cualitativamente y ser explicitadas de antemano, a fin de posibilitar la evaluación y facilitar el seguimiento de la implementación de las mismas. Es importante definir de antemano la relación entre las líneas de acción y sus metas físicas y cualitativas, para facilitar la evaluación. La evaluación debe contemplar tanto procesos cualitativos como datos cuantitativos. Para ello es necesario contar con indicadores cuantitativos, cualitativos, de proceso (que permiten la evaluación de la progresiva articulación de acciones entre ministerios) y normativos (que dan cuenta de la sanción y adaptación normativa, cuando es necesaria). En estas tareas también resulta imprescindible contar con estadísticas adecuadas y con información con perspectiva de género producida desde diversas áreas del Estado, tales como las enfocadas en vivienda, empleo, salud o educación.

También es fundamental diseñar estrategias para conocer el impacto del PIO sobre la administración pública, tanto en el nivel de las estructuras y los procesos institucionales como de las creencias y las prácticas de las y los agentes que le dan vida.

3.d. La traducción presupuestaria: Las actividades relacionadas con el PIO deben tener una traducción presupuestaria que permita conocer el costo de las acciones, los programas y actividades específicas a los que están asignadas y hacer un seguimiento de las cifras de ejecución y del grado de cumplimiento de cada compromiso.

La transversalidad del PIO hace que esta cuestión resulte compleja, porque en la asignación presupuestaria de cada área del Estado deberíamos encontrar recursos destinados a las acciones de promoción de la igualdad. La identificación del monto final destinado se dificulta ya que, dentro de un programa presupuestario preexistente, se pueden sumar actividades vinculadas con el PIO, sin un cálculo del costo de cada actividad.

La construcción de presupuestos sensibles al género es necesaria para posibilitar controles por parte de los poderes del Estado y de la ciudadanía movilizada alrededor de estos intereses. Nuestras últimas recomendaciones se refieren a esta cuestión. Por un lado, es muy costoso lograr un compromiso que se traduzca efectivamente en recursos para las acciones que persiguen la justicia de género. Por otro lado, el esfuerzo recién comienza cuando se logra una partida presupuestaria dentro de un área de gobierno. Según nuestra experiencia, es importante asegurar que se ejecute correctamente, porque el riesgo es la subejecución del dinero asignado. Además, otro peligro es la reasignación de ese dinero hacia otros destinos, que es una de las atribuciones de las autoridades ejecutivas.

4. Reflexiones finales

El funcionamiento del PIO de la Ciudad de Buenos Aires sirve de excusa para pensar la distancia entre las promesas constitucionales referidas a la igualdad de género y la cotidianidad de la implementación de la política pública. Tal vez algunas dificultades que encuentra la implementación del PIO porteño se relacionan con la falta de desarrollo de canales para la



participación ciudadana. La construcción de un Plan de Igualdad de Oportunidades y de Trato es un desafío colectivo. Un aprendizaje que nos dejó la experiencia con el PIO de la Ciudad de Buenos Aires es la fundamental importancia del compromiso de actores y actrices muy diversos. Para remediar la desigualdad se requiere no sólo el trabajo concertado de todas las áreas estatales, sino también la creatividad y el empuje de la participación de la ciudadanía. La capacidad técnica y la voluntad política no alcanzan si no se suman los saberes, las demandas y las urgencias de los grupos y las personas que encarnan la ciudadanía sexuada que habita la Ciudad que queremos más inclusiva, más solidaria y más democrática.

Referencias

- Archenti, Nélica y Moreno, Aluminé (2004) "Las Mujeres en la Política. Estrategias Institucionales y sus Lógicas" en *Revista Trayectorias*, Año VI, núm.15 (mayo), Monterrey, México.
- Barrancos, Dora; Maffía, Diana; Boschi, Mercedes y Moreno, Aluminé (2004) "Ciudadanía y políticas públicas: El Plan de Igualdad de Oportunidades y de Trato de la Ciudad de Buenos Aires" en *Actas de las VII Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres/ II Congreso Iberoamericano de Estudios de Género*. Salta: Comisión de la Mujer, Universidad Nacional de Salta.
- Comisión Especial de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones de la Legislatura de la CABA (2008) "Informe Anual", disponible en http://dianamaffia.com.ar/?page_id=11.
- Comisión Especial de Igualdad Real de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones de la Legislatura de la CABA (2009) "Informe Anual", disponible en http://dianamaffia.com.ar/?page_id=11.
- Gamba, Susana (2011) "Políticas públicas sensibles al género", disponible en http://www.buenosaires.gob.ar/areas/des_social/mujer/observatorio_genero/pdf/polit_sens_genero.pdf.
- Guzmán, Virginia y Todaro, Rosalba (1998) "Plan de Igualdad de Oportunidades" en *Fempres*, número especial (noviembre), Santiago de Chile.
- Rigat-Pflaum, María (2008) "*Gender mainstreaming*: un enfoque para la igualdad de género" en *Revista Nueva Sociedad* núm. 218 (noviembre-diciembre), Ciudad de Buenos Aires.
- Rodríguez Gustá, Ana Laura (2009) "¿Qué nos dicen los planes de igualdad de oportunidades de América Latina? Una reflexión en torno a las construcciones textuales acerca de la desigualdad de género, la ciudadanía de mujeres y la participación", ponencia presentada en XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS), Buenos Aires.
- Rodríguez Gustá, Ana Laura y Caminotti, Mariana (2010) "Políticas públicas de equidad de género: las estrategias fragmentarias de Argentina y Chile" en *Revista SAAP*, vol.4 núm. 1 (mayo de 2010), Ciudad de Buenos Aires.

Intervención de María Elena Naddeo

LA LUCHA DE LAS MUJERES POR LA IGUALDAD POLÍTICA Y SOCIAL

Recordamos en estos días los veinte años de la Convención Nacional Constituyente de 1994. La Reforma de la Constitución Nacional generó en la sociedad argentina y particularmente en la Ciudad de Buenos Aires una profunda confrontación política. El objetivo central propuesto y diseñado para posibilitar la reelección presidencial y la consiguiente continuidad de las políticas neoliberales de ajuste económico y social de la década del 90 generaron el rechazo de la ciudadanía porteña.

El triunfo en la Ciudad de Buenos Aires y en otros distritos del país, de listas integradas por referentes de la lucha por los derechos humanos, del movimiento de mujeres y del feminismo en particular, dotó a la Convención Constituyente de cuadros técnicos políticos que plasmaron —a pesar de los acuerdos cerrados y pactados en el Congreso Nacional— una importante reforma institucional.

Precisamente, la lista que ganó las elecciones para Convencionales Constituyentes en la Ciudad de Buenos Aires en el año 94 estaba constituida por referentes de fuerte perfil opositor a las políticas del menemismo, algunos de los cuales participan de estas jornadas, como Raúl Zaffaroni, Aníbal Ibarra, Pedro Kesselman o Alicia Oliveira, primera Defensora del Pueblo de la Ciudad. Quiero mencionar en especial a la Convencional Constituyente número diez, Cecilia Lipszyc, a quien corresponde rendir nuestro reconocimiento por su aporte en la lucha por la igualdad. Cecilia, brillante socióloga y militante política, fallecida hace poco tiempo, fue una destacadísima investigadora de las ciencias sociales y del campo de los estudios de género y de los estudios de la mujer e hizo aportes muy interesantes junto a otros constituyentes, como Juan Pablo Cafiero y María Inés Brassesco, a fin de que quedaran plasmados los tratados internacionales de derechos humanos y, particularmente, la CEDAW, Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en el texto constitucional. A pesar de los fuertes disensos que recorrieron la década del 90, hoy hay fuertes coincidencias en reconocer algunos de los logros de la Reforma Constitucional. El reconocimiento de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires constituye sin duda un motivo de alta valoración, a partir del cual se inicia el apasionante, contradictorio e incompleto aún proceso de traspaso de competencias de la Nación a la flamante Ciudad Autónoma, cuya fecha de nacimiento sin duda será la sanción de la Constitución porteña dos años después en 1996.

El otro gran aporte de la reforma constitucional es haber integrado en su texto —Art. 75 Inc. 22— los tratados internacionales de derechos humanos hasta ese momento consagrados y, entre ellos, y muy especialmente, los derechos de las mujeres.

Siempre señalamos el largo recorrido de la historia de las mujeres en pos de su emancipación y del reconocimiento de sus derechos.

La matriz fundante de la Revolución francesa e irradiada en todo occidente tuvo un sello clasista y misógino. Las libertades reconocidas, salvo breves periodos excepcionales, tuvieron como únicos destinatarios a los varones, blancos y propietarios. Las poblaciones indígenas, los africanos esclavizados, campesinos y obreros sin rentas ni propiedades, y las mujeres por su condición de género, estuvieron excluidos y excluidas del acceso a los derechos.

Ya en el Siglo XX, la mismísima Ley Sáenz Peña de 1912 fue un notable hito en transparencia electoral para el conjunto de la población... exclusivamente masculina.

En esos años, las luchas de las mujeres por alcanzar el derecho al voto y condiciones igualitarias en el salario estuvo encarnada por grupos comprometidos con el ideario social más avanzado.

Socialistas, radicales, anarquistas, congregadas en el 1º Congreso Feminista Internacional realizado en forma coincidente y paralela a la Celebración del Centenario en 1910 muestran en sus escritos y proclamas la vigencia y fuerza de su pensamiento. Dos ejemplos invalorable: Cecilia Grierson, nuestra primera médica y militante de los derechos femeninos y Julieta Lanteri, feminista radicalizada independiente, que entre 1911 y 1919 logra a través de acciones de protesta y amparos judiciales, ser incluida en los padrones electorales, e incluso, el reconocimiento de un partido político femenino.

Asombra todavía e incluso duele decirlo: hasta avanzado el Siglo XX, las mujeres fuimos consideradas incapaces jurídica y políticamente. Nuestras madres, nuestras abuelas,



sufrieron la humillante exclusión del voto, de la custodia de los hijos y de la administración plena o compartida de los recursos familiares hasta hace relativamente poco tiempo.

Recién en 1947, con el impulso del peronismo y especialmente de Eva Perón, se consagran los derechos políticos de las mujeres. La Ley 13010 del 9 de septiembre de 1947 posibilitó no solamente el voto femenino, sino el ingreso al Congreso Nacional de numerosas legisladoras, las cuales constituyeron entre el 15% y el 22% de la Cámara de Diputados entre 1945 y 1955. Años después, un nuevo impulso transformador encarnado por el Segundo feminismo promueve la erradicación de los obstáculos que en todas las esferas de la vida social, económica, cultural, política seguían confinando a las mujeres a espacios de subordinación. Naciones Unidas aprueba la Convención contra todas las formas de Discriminación hacia la Mujer (CEDAW 1979), en cuyo articulado se señala que no reconocer la igualdad entre varones y mujeres es una ofensa a la dignidad humana. Y para asegurar el acceso igualitario al conjunto de derechos exhorta a los Estados a adoptar acciones afirmativas o positivas para corregir las desigualdades existentes.

En nuestro país, los postulados de la CEDAW fueron recogidos con la recuperación de la democracia. Un conjunto de leyes vinculadas a la igualdad y al reconocimiento de derechos civiles se aprueban entre 1985 y 1987.

En el plano político, el Congreso Nacional presentaba un escuálido 5% de representación femenina, las organizaciones de mujeres y las militantes políticas con perspectiva de género, desde la Multisectorial creada en 1985 y otros foros feministas, obtuvieron de los partidos mayoritarios la sanción de la Ley de Cupo Femenino en 1991. La Ley 24012 estableció la obligatoriedad de incorporar en las listas para cargos electivos una cuota o cupo del 30% en cargos expectantes.

Y posibilitó en pocos años la ampliación de la representación femenina del 5%, señalado en 1983, al 37% para el año 2013.

La ley de cupo femenino ha sido considerada pionera y líder en el mundo por su efecto transformador. Argentina pasó a liderar junto a los países más desarrollados del norte de Europa en el Índice de participación política de género.

La reforma de la Constitución Nacional se realiza en ese contexto, con un nivel de discusión mundial acerca de la necesidad de hacer realidad la igualdad entre varones y mujeres, consagrada jurídicamente en la CEDAW.

Naciones Unidas, dando respuesta a las demandas sociales del momento, convoca a un conjunto de Sesiones especiales y conferencias vinculadas a las nuevas realidades poblacionales y de las organizaciones familiares.

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres están presentes en las Conferencias de Viena, del Cairo y en la 4ª Conferencia Mundial de la Mujer, realizada en Beijing en 1995 y precedida por un conjunto de encuentros regionales y nacionales.

Los avances obtenidos en el cumplimiento de todos aquellos planes de acción y los derechos consagrados a nivel constitucional jalonan estas dos décadas. La igualdad entre varones y mujeres se expresa en múltiples normas y expresiones sociales, educativas, gubernamentales y no gubernamentales.

La representación política de las mujeres es muy fuerte en los ámbitos legislativos: 37% al 40% en algunos momentos.

Sin embargo, a nivel sindical, y a pesar de la ley de cupo sindical, la representación femenina solamente alcanza al 5% y, a nivel de cargos empresariales, a un 4.4%.

El techo de cristal, el límite no escrito pero real, sigue existiendo.

Las barreras invisibles que obstaculizan el acceso de las mujeres a posiciones de máxima autoridad siguen siendo parte constitutiva de nuestra sociedad.

La vigencia de la cultura patriarcal se expresa en las imágenes y estereotipos de género que vemos reflejados en los grandes medios de comunicación. La persistencia de los patrones de violencia hacia las mujeres, el rescate de más de 6.000 víctimas de las redes de trata y explotación sexual en los últimos años, son pruebas brutales de la opresión y subordinación de género existentes.

En algunos sectores sociales y profesionales pensamos que están consagradas las condiciones de igualdad. Se trata de un velo.

Los rasgos sexistas y conservadores del sistema político y social generan la resistencia para aceptar la plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos. El rechazo para debatir y tratar la ley de interrupción voluntaria del embarazo en el Congreso Nacional y el veto de la ley de procedimiento de abortos no punibles en la Ciudad de Buenos Aires expresan todavía esa cultura resistente.

La ampliación de la licencia por maternidad y paternidad espera todavía una reforma integral en el Congreso Nacional. El pleno cumplimiento en el sistema educativo de las leyes de educación sexual integral, las dificultades para el acceso a la vivienda social, son algunas de las políticas públicas imprescindibles para democratizar la vida familiar y superar las barreras culturales señaladas.

En el plano político, los proyectos de reforma electoral pendientes de tratamiento, en particular, en la Ciudad de Buenos Aires, señalan la necesidad de incluir la paridad en los cargos electivos, como camino alentador en la lucha por la plena igualdad. Esta Defensoría del Pueblo de la Ciudad viene proponiendo dichos principios en la postergada reforma electoral porteña.

Marcela Lagarde, antropóloga feminista mejicana, declarada Huésped de Honor de esta ciudad, señala en un precioso ensayo "Identidad de género y derechos humanos: la construcción de las humanas", su visión de la sociedad que soñamos:

La calidad de humanas es, para las mujeres, la posibilidad de ser libres aquí y ahora, y compartir el mundo con hombres humanizados. Hacerlo, depende de los deseos y las voluntades de cada vez más mujeres y más hombres que consideren como un principio ético y práctico, la igual valía de las personas e incluyan la convicción de que todas y todos tenemos el derecho a la paz, a la vida digna, a la integridad personal, a la preservación y renovación de los recursos de nuestro mundo, a la justicia, a la democracia y a la libertad.

Compartimos esa visión y la proclamamos en nuestra lucha cotidiana. Porque no se trata de construir una nueva hegemonía, se trata de construir una sociedad igualitaria.

Intervención de Alberto Elgassi

No es nada difícil hablar de lo que uno hace todos los días. Hace catorce años que me dedico a temas electorales. Tengo la satisfacción de estar en el primer proceso electoral que se hizo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, colaborando en el Tribunal Electoral. Y en estos quince minutos voy a tratar de hablar de estos catorce años y de esos catorce años, hablar de una reforma política; o sea, voy a hacer lo que pueda.



Voy a tratar de captar su atención. Voy a tratar de que sea divertido. Y sobre todas las cosas, abierto. No porque no sea valiente, voy a ser prudente, porque estamos hablando de cuestiones institucionales que hoy en día se están tratando.

Entonces, les ruego que sepan entender los límites que voluntariamente no voy a cruzar. Por cierto, también, les advierto que todo lo que estoy diciendo acá lo hago como Profesor titular de Derecho Público, no lo hago en representación del Tribunal Superior de Justicia. De manera de que quede claro que son opiniones personales y que no estoy representando la opinión ni adelantando ningún tipo de opinión del Tribunal Electoral. Pero si están conformados y complacidos con esta presencia y, por cierto, lo mismo digo con la presencia de ustedes.

Vamos por partes. La reforma constitucional realmente es muy importante y han visto en un montón de paneles cuál es su trascendencia. ¿En qué importa en la reforma política recién sancionada de la Ciudad de Buenos Aires? En dos puntos. Mantiene el federalismo, no sólo lo mantiene sino que lo refuerza. Y, por otro lado, crea la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el artículo 129. ¿Con esto qué quiero decir? El federalismo, en materia de derecho electoral, es un derecho público, autonómico, estadual. Ustedes dirán ¡Qué obviedad! No es tan así. Si ustedes recorren toda Latinoamérica, hay muchos países que son unitarios, no son federales. Lejos estoy hablando de eso que ustedes estudiaron en la escuela de unitarios y federales y de guerras fratricidas, sino de una simple repartición de competencias organizacionales, en cómo se distribuye el poder.

Tengan presente que Brasil —que es un país federal—, su derecho público es federal y es nacional, lo regula el Estado federal. El único país que tiene competencias, como tiene la República Argentina en derecho político, administrativo, tributario, electoral y estadual era México. Y, recientemente, por el Pacto por México sacaron las competencias de los tribunales electorales provinciales y fueron asumidos por los tribunales electorales federales. ¿Tiene impacto esto? Claro que sí. ¿Marca una tendencia? Espero que no. Porque es bueno que los Estados provinciales tengan sus competencias locales en materia electoral, de derechos políticos y democracia participativa. Hoy, por ejemplo, en México un juez federal hasta participa de los procesos de democracia participativa para cargos locales.

¿Qué es lo fecundo del sistema que es mantenido por esta reforma constitucional y celebrar esta autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? Pues bien, este ejercicio de competencias propias y conjuntas en materia electoral y de partidos políticos, realmente, es fructífero, es fecundo, es maravilloso, son vínculos horizontales y verticales. A veces, impacta la Nación en las provincias; a veces, las provincias en la Nación y, a su vez, entre las provincias. Son vínculos más o menos intensos, son vínculos más o menos porosos, son dinámicos y todo eso está supeditado en la voluntad del legislador, en cuán permeable es un sistema electoral a las normas federales.

Vamos a dar casos concretos. Fíjense qué importante cómo impacta la Nación en el derecho público electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Nosotros tenemos en nuestra Constitución que para ser legislador hay que ser mayor de edad. Lo establece el Código Civil. ¿Perdemos autonomía? No. Es competencia federal. El Código Civil dice que se es mayor de edad en tantos años. Nuestra Constitución dice que puede ser legislador quien es mayor de edad. Y ahí tenemos un impacto de la competencia federal en el ámbito local. Por supuesto, también hubo un impacto con el tema del voto joven. Fue una gran innovación del Gobierno federal en el reconocimiento del voto joven, que en ese momento fue cuestionado, y hoy creo que nadie puede llegar a cuestionar la importancia del voto joven. ¿Cómo se respetó la autonomía? El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires, sólo para darle poder a su Legislatura, sacó la ley adaptando el voto joven para el ámbito local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Algo también sucede con las condiciones de ciudadanía. Fíjense qué paradoja. La Constitución dice que para ser Vicejefe de Gobierno, tenés que ser argentino o naturalizado; o sea, argentino o hijo de argentino nacido en el exterior. La interpretación que hizo el Tribunal Superior de Justicia en un proceso electoral, entendió que la cláusula constitucional que vedaba la candidatura de una candidata a Jefa de Gobierno, en su momento, que era Senadora de la Nación, la señora Estenssoro, el Tribunal, sin declarar la inconstitucionalidad de la Constitución, no la aplicó porque es competencia del Gobierno federal establecer las condiciones de ciudadanía y sobre tal base la señora pudo ser candidata a Jefa de Gobierno. Y para que quede claro, la pluralidad, la serenidad y la madurez de la clase política del Estado, ninguna fuerza política objetó esa interpretación.

Por otro lado, también impacta con los delitos electorales. ¿Quién regula si es un delito electoral? ¿Alguien tiene alguna duda de que es competencia del Código Penal? ¿O que a su vez esté en otra norma, pero que es competencia nacional? Esto está discutido. Algunas provincias hasta han regulado delitos electorales en materia electoral. Yo, personalmente, creo que no es así y creo que es competencia del Gobierno federal. No así las que son sanciones y contravenciones administrativas electorales.

Por último, también, es importante cómo impacta el Gobierno federal cuando reguló los documentos habilitantes para votar. Ustedes saben que hoy votamos con el DNI tarjeta. ¿Y cómo hacemos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuando nuestro viejo Código Electoral establecía que permitía la incorporación al padrón de gente que no estaba? Fiscales, Comando Electoral. Era la vieja libreta, se ponía el sellito. ¿Qué sellito vamos a poner en un DNI tarjeta? Tuvimos que adaptarnos a la norma del Gobierno federal. ¿Y qué problema hay? Por supuesto, se adapta, se hace. También, impacta la jurisprudencia de la Corte Federal.

No nos quedemos con esto. Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también han hecho innovaciones e impactan en el Gobierno federal de manera fecunda. Por ejemplo, la urna cartón se utilizó por primera vez en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Eran cajas de madera que se despintaban y se pintaban. Los delegados judiciales, con la presidencia del Dr. Casás en 2007, se mantenían; luego del año 2013, con la presidencia del Dr. Lozano, tenemos designados funcionarios judiciales en cada local de comicios, asegurando a quién se le da la urna, que no haya faltante de boletas, colaborando con los apoderados. El distrito se caracteriza por un pleno ejercicio democrático. Y así está plasmado —me adelanto— en la ley que aprobó la reforma política. Nadie está observando jamás un proceso electoral ni la ausencia de boletas.

También tenemos la utilización de procesos electrónicos. En el año 2013 oficializamos candidaturas por vía electrónica. Tenemos padrón mixto antes de que lo haya reconocido el Gobierno federal. Lo novedoso, recientemente, del Tribunal Superior de Justicia, como Tribunal Electoral en una serie de acciones declarativas de inconstitucionalidad, declaró inconstitucional tres incisos del Código Electoral, de aplicación en la Ciudad de Buenos Aires, que inhabilitaba el voto a los condenados. Tres delitos: juego, deserción calificada, delitos dolosos de menos de tres años. No se metió con las inhabilidades del Código Penal, porque es incompetente para hacer una simple inhabilidad inconstitucional. Fundamento ya del Siglo XIX, cuestiones de indignidad para negar el derecho al voto, parece que es algo que está fuera del sentido común y, por cierto, fundado en este maravilloso bloque de juridicidad que gobierna a esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por lo tanto, es un



derecho humano fundamental el derecho al voto de los condenados, y fundado también como un derecho *pro homine*. También, debo recordar que la Fiscalía General, y a través de algunos inconvenientes que tuvimos en las votaciones por el tema de los distritos y las comunas en esta primera división de comunas, admitió, pretorianamente, la posibilidad de la mediación penal en materia de delitos electorales. Algo que estaba vedado, y podía hacer que mucha gente tuviera que cumplir prisión efectiva de condena, porque no podían hacer probation, porque ya estaban imputados en otra causa.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires tiene legitimación activa para defender los intereses colectivos en materia de delitos electorales. Creo que es trascendente y no quería dejarlo pasar por alto.

Vamos entrando al tema que nos preocupa. Caso paradigmático que tiene que ver con lo que estoy diciendo, con lo que se viene. La provincia de Santa Fe tenía algunos inconvenientes por la ley de lemas. ¿Qué generó eso? La consagración de las PASO. O sea que las PASO, las Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias, fueron nacidas, pergeñadas, integradas en un Gobierno provincial, que fueron sabiamente tomadas en cuenta por el Gobierno federal por la ley famosa de democratización de la representación política de transparencia y de ética electoral del Gobierno federal.

Ese reconocimiento, a nivel federal de algo que fue plasmado en una provincia, impactó en la Ciudad de Buenos Aires y no hablo de la ley de reforma política. En pleno proceso del año electoral 2013 una alianza, UNEN, cuando todavía nosotros estábamos desarrollando acciones declarativas y otras acciones que no tenían nada que ver con el proceso electoral, se nos presentó sin cronograma electoral una alianza, estableciendo que iban a prorratear y a adjudicar sus candidaturas de acuerdo al resultado de las PASO. O sea, en los hechos se nos aplicó las PASO. Su participación política en las primarias federales determinó cómo se integraban las listas para cargos locales. Nadie objetó eso, se cumplió.

También pasó con la campaña electoral. Partidos políticos de estado provisorio que pueden participar en la Ciudad de Buenos Aires se les aplicó el fomento estatal del Gobierno federal en una audiencia conciliatoria que se hizo con la Cámara Nacional Electoral con el señor Director Electoral de la Nación.

Como ven, los impactos son recíprocos, son dinámicos, son porosos.

Esto generó que nuestros legisladores sancionaran la Ley 4894. Se le suele decir reforma política. Yo, realmente, no creo que sea una reforma política. No se afecta el Capítulo Electoral, no es una ley orgánica de partidos políticos sino que son técnicas de herramientas del sistema electoral.

Básicamente, son dos anexos. Lo más trascendente, lo que creo yo es más problemático en lo que tiene que ver con las Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias: el Tribunal no guarda similitud con lo que establece la ley federal, sabiamente, pero tiene dos diferencias. Guarda la posibilidad de que el Ejecutivo convoque la fecha, no está predeterminada como la ley federal y el tema es cómo se integra la fórmula para Jefe de Gobierno. Es una fórmula abierta. Es interesante. Es sabia. El tema es cómo se la reglamenta. Dice que el que gane de esa agrupación política va a elegir dentro de las cuarenta y ocho horas al vice, y dice que la prohibición es que no puede haber participado esa persona elegida en otra agrupación política, que ha sido candidato. Además, dice que puede ser vetado o, de alguna manera, puede ser rechazado si en un plazo que no está determinado la autoridad máxima del partido no lo avala.

La verdad es que tengo millones de preocupaciones, y no por valiente, no las voy a asumir, pero sí voy a decir algunas cositas.

Por lo pronto, está claro que no puede ser elegido, en principio, aquél que participó en otra agrupación, en otra primaria. Por otro lado, la pregunta que me hago es ¿podrán los partidos políticos, cuya autoridad máxima es el Congreso o la Convención, en cuarenta y ocho horas congregarse y oponerse a quien eligen? Y si lo hacen, ¿es una facultad discrecional? ¿Hay función revisora de lo que se hace? Y si lo motiva, dice “no, por tal razón ética” ¿Es revisable? Son pequeñas preguntas. Si alguna duda tenemos en cuanto a la interpretación de lo que resulte, creo que tenemos que tener muy en claro que otra innovación de estas PASO es que expresamente veda las colectoras, las adhesiones y las alianzas posteriores a la realización de las PASO.

Hay otras reformas más que impone esta ley de PASO. Por ejemplo, las juntas electorales partidarias tienen el ejercicio privado de funciones públicas para invalidar las oficializaciones. A diferencia de la Nación, le da amplias facultades al TSJ en su artículo 26 para realizar esas comisiones con aplicativos. Hay umbrales para pasar a las generales. No hay un viso electoral para atribuir las bancas. Nadie se puede agregar al padrón, que es muy importante. Y las listas tienen que tener adherentes, pero se usa el término “adherente” para la candidata, no para los términos que otros se imaginan, que fue fruto de lo que se utiliza a nivel federal, que no está en la ley reglamentaria federal. Y ahora el tema de boleta única.

En su momento, cuando estuve en la reforma política en la Ciudad de Buenos Aires, dije que más allá del sistema que se utilice lo importante es la capacitación, formación, difusión, la confianza que tiene nuestra ciudadanía en el instrumento de la herramienta. La boleta única tiene grandes virtudes, pero en su momento dije “ojo, cada vez que cerramos una puerta se abren otras ventanas”. Y con la boleta única, hay que estar alertas.

¿Cuáles son los alertas que nos da la boleta única? En primer lugar, al momento de efectuar el escrutinio de mesa, ustedes se imaginan lo difícil que es para una autoridad de mesa contar las boletas y plasmarlas en un acta. Acá van a tener que hacerlo, en las PASO, con una infinidad de cargos. O sea, van a tardar mucho tiempo y van a tener que tener mucha asistencia para que esto salga bien. Con lo cual estamos ideando pasar de los 450 electores a 350, si vota el 50 por ciento estaríamos en condiciones para ayudar con los delegados judiciales, la integración, el cómputo y cómo se vuelca esa información en las actas.

Y el otro problema crucial es cómo plasmamos la oferta electoral en una boleta. Yo no sé cómo va a ser la reglamentación, creo que el diseño de la boleta es competencia del TSJ. Pero si nos ponemos en una situación como la de Santa Fe, porque esta boleta única sigue el sistema cordobés, o sea, es una boleta única para todas las categorías. En Santa Fe es una boleta única por categoría. El tema es que en Córdoba no tienen PASO. Una situación como la que les estoy diciendo no existe en ninguna parte del mundo. En cambio, si nosotros utilizamos la boleta única con la cantidad de Juntas Comunes que se pueden representar en esa puja interna de las PASO, ¿cómo hacemos para representarlo en una hoja? En Santa Fe, pese a que es por categoría, la ley dice que es en una hoja. ¿Qué hacen? Es una en tres, la parten al medio y tienen candidatos del lado izquierdo y del lado derecho. Nosotros no podemos hacerlo, porque tenemos las tres categorías. Parecería ser que de acuerdo a la oferta electoral, hoy por hoy, relativamente, y la única experiencia que a mí me consta, es hacer un cuadernillo de boleta única. Sería un cuadernillo de boleta única donde se mostraría la oferta electoral y se respetaría esa voluntad del legislador de implementación de boleta única, porque no tenemos la prohibición.



Esta única experiencia del cuadernillo o del librito se ha dado en una única oportunidad en el año 2000 o 2003 en Colombia. Yo estoy tratando de comunicarme con el cónsul.

La realidad es que tal como están las cosas, los inconvenientes de los escrutinios, el tema de la oferta electoral, más temprano que tarde, yo creo que va a venir la ayuda tecnológica. No tengo dudas que eso viene de la mano. Pareciera ser que ese es el camino.

Para no abrumarlos. Desafíos: funcionalidad de la boleta única, usabilidad de la boleta única. ¿Quién está en condiciones en Argentina de ver la usabilidad y la funcionalidad de la boleta única? Las universidades, las ONG. ¿Cómo sabemos que el diseño de esa boleta única impacta o no en el voto del electorado? En la provincia de Córdoba, como fue diseñada la boleta, mucha gente votaba, por ejemplo, a de la Sota, a su carita y pensó que estaba votando la lista completa y no estaba votando lista completa. Y fue voto en blanco para la categoría en legislador y alguien sumó ese voto.

Segundo punto, escrutinio de mesa. Vamos a implementar el voto a los condenados. Tenemos que empezar a idear el voto a distancia presencial. Hoy en día en México se están cuestionando cómo hacen para votar 4.000.000 de mexicanos en los Estados Unidos y lo están haciendo. Creo que los señores legisladores deberían evaluar también un fondo permanente para los partidos políticos. No tiene que estar en momento de proceso electoral. Creo que los partidos políticos –y así lo dice la Constitución Nacional y la de la Ciudad de Buenos Aires– son la fuente legítima de representación política y deben tener un fondo permanente para desempeñar libremente su actividad.

Otro tema importante y creo que María Elena me va a acompañar: es fundamental que en la currícula de las escuelas primarias y secundarias de la Ciudad de Buenos Aires se hable de estos temas y que hagan simulacros de autoridad de mesa y concienticen la obligación que tienen como ciudadanos o futuros ciudadanos con derechos políticos, y hacerles saber cuáles son los derechos, porque la Constitución a los niños y a los adolescentes les reconoce derechos.

Como conclusión, y por cierto, no abarco toda la problemática, en opinión mía el bloque de juricidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o sea, la Constitución Nacional, los pactos internacionales, nuestra Constitución, leyes reglamentarias y la actividad pretoriana del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad nos están haciendo transitar un sendero seguro, fecundo, inclusivo, con derechos y garantías progresivas, no regresivas y sin incurrir en categorías sospechosas. Ustedes dirán, muchos de ustedes no son abogados, ¿de qué está hablando? Señores, estos dos institutos que yo les estoy comentando y tiene que ver con el techo de cristal del que hablaba María Elena, rompe con la presunción de legitimidad o los privilegios posicionales que tiene la Administración como autoridad frente a los particulares. Son herramientas útiles para lograr la denominada igualdad y sobre todo, en mi opinión, reafirmar, reasumir y confirmar la confianza ciudadana en las instituciones democráticas. Gracias por su atención.

Intervención de María Rosa Muñoz

1. Introducción

Este año celebramos el aniversario de la Reforma de la Constitución de la Nación del año 1994 que, entre otras cosas, consagró importantes herramientas de participación ciudadana, tales como:

a. La iniciativa legislativa: que es la posibilidad de que las personas puedan presentar iniciativas de ley, sin ser Diputados o Senadores del Congreso de la Nación; dichas iniciativas de ley, deberán estar avaladas por una cantidad de firmas.

b. La consulta popular: que es un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual se convoca al pueblo para que decida acerca de algún aspecto de vital importancia.

Mediante estos mecanismos de participación ciudadana, se otorga a los ciudadanos una herramienta que determina que el ejercicio de la democracia no se limita a emitir un voto cada dos años o cuatro años, sino que los representantes del pueblo, antes de tomar decisiones importantes, pueden consultar a la ciudadanía.

Así, a modo de ejemplo a nivel provincial de la utilización de estas herramientas de participación ciudadana, se encuentra la Comunidad de Esquel, que el 23 de marzo de 2003 votó por el “NO” al proyecto de la firma “Meridian Gold”, que pretendía instalar una mina de oro en esa localidad chubutense.

Respecto de la iniciativa popular, consistente en otorgar al proyecto estado parlamentario a través de la recolección de firmas, podemos informar un procedimiento que existe en el ámbito de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires mediante el cual si un vecino o una Asociación Civil presenta un Proyecto de Ley (no tiene estado parlamentario) se le hace saber del mismo a todos los Diputados para que lo suscriban –obviamente, si es de su interés– y a partir de ese momento, la Legislatura le tiene que dar tratamiento.

El uso de estas herramientas de participación tiene una potencialidad enorme en relación a las nuevas tecnologías –por ejemplo el uso de redes sociales, teléfonos móviles, etc.– pudiendo utilizarse para que el ciudadano opine, participe de la “cosa pública”, y también controle.

Por último, cabe destacar que la reforma del año 1994 consagró a los partidos políticos como herramientas fundamentales de la República.

Este punto es de vital importancia atento a que el fortalecimiento de los partidos políticos hace al fortalecimiento de la República, cuestión que se complementa en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires con la sanción de la ley que establece las Elecciones Internas Obligatorias de los Partidos Políticos y la boleta única.

Entre los puntos a destacar de estos instrumentos normativos, cabe mencionar:

- Los electores independientes pueden participar de la selección de los candidatos, dotando a los mismos de mayor legitimidad, siendo obligatoria su participación tanto para los electores como para las agrupaciones políticas, fortaleciendo el funcionamiento interno de los partidos políticos y generando un vínculo más estrecho entre los mismos y la ciudadanía.

- Respeto por las minorías, atento a que se establece la fórmula proporcional D'Hondt para la integración de las listas de candidatos a diputados y miembros de las Juntas Comunales, entre otras cosas.

Asimismo, con relación a la boleta única, cabe destacar:

Se garantiza la presencia de toda la oferta electoral en igualdad de condiciones, ya que no son más los partidos sino el Estado quien se encarga de la provisión de boletas. Se evita la sustracción y ocultamiento de boletas durante el acto electoral, dado que las boletas no se colocan en un cuarto oscuro al alcance de cualquier elector, sino que son entregadas una a una en mano al elector correspondiente por parte de la autoridad de mesa.

Favorece a los partidos más chicos, que ya no deben afrontar los importantes costos económicos para imprimir sus boletas.

Se colabora con el cuidado del medio ambiente.



2. El paquete de derechos políticos en la Constitución de la CABA

Tras muchos años de discusión, el Convencional Constituyente le otorgó a la Ciudad un status jurídico distinto al que tenía antes de la reforma.

Es que antes de la reforma, los porteños no elegíamos a nuestros representantes, no teníamos justicia propia y mucho menos legislación propia sancionada por un cuerpo legislativo propio elegido por la gente. No teníamos ninguna autonomía del Poder Ejecutivo Nacional.

Eso cambió en el año 1994 con nuestra actual Constitución Nacional en la que a la Ciudad se le dio un status jurídico que los abogados y juristas consideran *sui generis*; porque se interpreta que la Ciudad no es una provincia ni tampoco un municipio.

El artículo 129 de la Constitución Nacional, entonces, otorgó a la Ciudad facultad de gobernarse, de legislar y de tener jurisdicción.

Se le otorgaron a la Ciudad los tres poderes básicos que debe contener un Estado de derecho. Se permitió por primera vez que los porteños elijamos a nuestros gobernantes, y se abrió la puerta para que pudiéramos legislar sobre nuestra vida y que sean jueces de la Ciudad los que juzguen a nuestros vecinos.

En el año 1996, se sancionó la Constitución de nuestra ciudad, pues cómo podía ser que siendo una Ciudad Autónoma, con poderes de gobierno bien delimitados, no tuviéramos nuestra propia Constitución.

Nuestra Constitución, y esto hay que decirlo, es una Constitución absolutamente moderna para su época y aún sigue siéndolo. Le da especial importancia a los derechos de los ciudadanos y, entre ellos, la Constitución dedica varios de sus artículos a los derechos políticos y de participación ciudadana. Ello en los artículos, 61/67; 69; 82; 103 y 130.

Sí, 11 artículos de la Constitución de la Ciudad abordan los derechos de los porteños en materia política y electoral y, aun así, los vecinos no gozan de ellos en su totalidad.

3. ¿Qué dice la Constitución sobre los derechos políticos de los porteños?

El artículo 61, por ejemplo, dice que los ciudadanos tienen derecho a asociarse en partidos políticos.

Los partidos políticos son para la Constitución —y creo que todos estamos de acuerdo en esto— canales de expresión de voluntad popular e instrumentos de participación, formulación de la política e integración de gobierno.

El mismo artículo garantiza su libre creación y su organización democrática, la representación interna de las minorías, su competencia para postular candidatos, el acceso a la información y la difusión de sus ideas.

Miren si será importante el artículo 61 que hasta dice que la Ciudad contribuye a su sostenimiento mediante un fondo partidario permanente y que los partidos políticos destinan parte de los fondos públicos que reciben a actividades de capacitación e investigación.

Aquí viene el primer problema del artículo 61, porque dice que la ley establece los límites de gasto y duración de las campañas electorales. Durante el desarrollo de éstas el gobierno se abstiene de realizar propaganda institucional que tienda a inducir el voto.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué ley es la que establece los límites de gasto?; en la CABA no existe NINGUNA LEY de partidos políticos. Hay actualmente en tratamiento un proyecto.

El artículo 62 dice que la Ciudad garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes

a la ciudadanía y que el sufragio es libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo. Aquí se le da derecho a los extranjeros residentes, que también gozan de este derecho, con las obligaciones correlativas, en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos empadronados en este distrito, en los términos que establece la ley.

Esa ley existe en nuestra ciudad. La del Registro de electores extranjeros. Su número es 334 y fue modificada por la Ley 4515. Sobre el cumplimiento de estas leyes estoy haciendo pedidos de informes desde la Legislatura dirigidos al Poder Ejecutivo.

El artículo 63 dice que tanto la Legislatura, el Poder Ejecutivo como las Comunas pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la Ciudad o zonal, con la presencia de los funcionarios competentes. También debe convocarse a audiencia pública y este procedimiento (las audiencias públicas) es obligatorio antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales o, ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos.

Este artículo pondera la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas que afectan la vida de los ciudadanos. Otra herramienta más dada por el constituyente a los porteños para poder participar activamente en la vida política de la Ciudad.

El artículo 64 le da al electorado de la Ciudad iniciativa para la presentación de proyectos de ley, para lo cual se debe contar con la firma del uno y medio por ciento del padrón electoral. Una vez ingresados a la Legislatura, seguirán el trámite de sanción de las leyes previsto por la Constitución.

El artículo 65 estipula el procedimiento de *referendum* obligatorio y vinculante destinado a la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general.

El artículo 66 dice que la Legislatura, el Gobernador o la autoridad de la Comuna pueden convocar, dentro de sus ámbitos territoriales, a consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias, y por voto NO OBLIGATORIO. Se trata de otras herramientas para dotar a los porteños de plena participación política en las decisiones de gobierno.

El artículo 67 incluyó un derecho para el electorado, que consiste en requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño. Esto, lógicamente, consiste en un proceso que debe cumplir muchísimos requisitos, por la gravedad que significa, y debe tener la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad o de la Comuna correspondiente, y no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que restaren menos de seis meses para la expiración del mismo. Este proceso lo completa el TSJ que debe comprobar los extremos señalados y convocar a *referendum* de revocación dentro de los noventa días de presentada la petición. Es de participación obligatoria y tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta por ciento de los inscriptos. Y esta, no es cualquier herramienta de participación ciudadana, ni ningún derecho político menor, pues representa ni más ni menos que la facultad de los vecinos de revocarle el mandato dado a los representantes electos por voto directo.

El artículo 69 es de vital importancia, y más a veinte años de la Convención Nacional Constituyente, pues refiere que los diputados se eligen por el voto directo y que una ley sancionada con mayoría de los dos tercios de los miembros de la Legislatura debe establecer el régimen electoral.

El artículo tiene dos cosas fundamentales en esta reforma política que hoy estamos debatiendo en nuestras instituciones; en primer lugar, porque siguiendo al artículo 129 de la Constitución Nacional, que otorgó a la Ciudad facultades de gobierno autónomo, legislación y jurisdicción



propias (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial propios, dándole la tan ansiada autonomía), se agrega la facultad de la Ciudad de dictarse su propio Código Electoral.

No puede pasarse por alto que el artículo 82, inciso 2, refiere que es facultad exclusiva de la Legislatura sancionar el Código Electoral y la Ley de Partidos Políticos de la CABA.

Y por si fuera poco, la misma Constitución local en su artículo 103 le prohíbe expresamente al Poder Ejecutivo de turno emitir disposiciones de carácter legislativo en materia electoral o el régimen de los partidos políticos.

El artículo 113 (último párrafo) de la Constitución local pone en cabeza del TSJ la materia electoral y de partidos políticos. Una ley podrá crear un tribunal electoral, en cuyo caso el Tribunal Superior actuará por vía de apelación.

Se incluye para la Ciudad la creación de sus propios tribunales electorales.

El artículo 130, por último, expresa que los miembros de las Juntas Comunales, igual que los Legisladores y el Jefe de Gobierno, deben ser electos por medio de voto directo. Esto significa que se pone en cabeza de los vecinos.

4. PASO, Voto electrónico y boleta única en la CABA

Como hice mención al comienzo de mi alocución, la Ciudad sancionó la Ley 4894, que tiene dos anexos que voy a proceder a explicar más pormenorizadamente. El anexo I trata sobre las PASO en la CABA y el Anexo II, sobre boleta única y “tecnologías electrónicas”.

En cuanto a las PASO, el anexo de la Ley dice que TODAS las agrupaciones políticas que intervienen en la elección de autoridades de la Ciudad en forma obligatoria deben seleccionar sus candidatos/as mediante elecciones primarias, en un solo acto electivo, con voto secreto y obligatorio. Incluso, cuando se presentare una sola lista de precandidatos/as para una determinada categoría. Esta es la elección que se conoce como “primaria” y es abierta, simultánea y obligatoria.

Igual que para las elecciones generales de la CABA, es el Jefe de Gobierno el que convoca, y tienen que hacerse entre 65 y 120 días corridos de las elecciones generales de la CABA. Cada partido presenta sus candidatos de acuerdo a su estatuto y/o carta orgánica. Y lógicamente, el padrón electoral de las PASO es el mismo que para las elecciones generales, al igual que el lugar de votación.

Respecto de la campaña, no se puede iniciar hasta treinta (30) días corridos antes de la elección, y la publicidad electoral audiovisual no podrá iniciarse hasta los veinte (20) días anteriores a dicho acto. Y tanto la campaña como la publicidad electoral terminan cuarenta y ocho (48) horas antes de la fecha del comicio.

El procedimiento, y esto es muy importante, dice el anexo de la ley que “se regirá por la misma normativa que rija para las elecciones generales”.

La pregunta es, ¿cuál es la ley que rige las elecciones generales en esta Ciudad en la que, como vimos, su propia Constitución —e incluso la Constitución Nacional— le otorga a sus habitantes un amplio paquete de derechos políticos?

La respuesta es: como aún la Ciudad no tiene un Código Electoral propio, nos rige el Código Electoral de la Nación. Y cabe preguntarse, ¿eso es propio de una Ciudad Autónoma? ¿Es propio de una Ciudad a la que la propia Constitución Nacional le otorga facultades de gobierno, de legislación y de jurisdicción? Pareciera obvio que no. Porque, si aún a 20 años de la Convención Constituyente Nacional y a 18 años de la sanción de la Constitución de esta Ciudad, no contamos con un régimen electoral propio, no se está cumpliendo el

mandato constitucional y configura una deuda esencial a tener en cuenta para avanzar en la reforma política.

Las PASO son de mucha importancia pues determinan quiénes van a poder participar en las elecciones generales, restringiendo la posibilidad de ser candidato a quienes no hubieran obtenido al menos el 1,5% de los votos.

Por último, se menciona y se hace hincapié en los gastos de campaña para las PASO, que no pueden ser de más del 50% del límite de gastos de campaña para las elecciones generales, y las listas de cada una de las agrupaciones políticas tendrán el mismo límite de gastos, los que en su conjunto no podrán superar lo establecido y los aportes del GCBA serán del 50% del que les corresponda a cada agrupación política por aporte de campaña para las elecciones generales. También, se introdujo en esta Ciudad, por medio del Anexo II de la Ley 4894, el sistema de boleta única para elecciones de precandidatos/as y candidatos/as a cargos electivos locales para todos los cargos públicos electivos locales de la Ciudad, así como para los procedimientos de participación ciudadana consagradas en los artículos 65, 66 y 67 de la Constitución de la Ciudad.

La boleta única, de acuerdo al texto de la ley, tiene que incluir a todas las categorías, claramente distinguidas, para las que se realiza la elección.

La vamos a dividir en espacios, franjas o columnas para cada agrupación política que cuente con listas de precandidatos/as o candidatos/as oficializadas y tendrán que tener individualizado: a) el nombre de la agrupación política; b) la sigla, monograma, logotipo, escudo, símbolo, emblema o distintivo y el número de identificación de la agrupación política; c) la categoría de cargos a cubrir; d) para el caso de Jefe/a de Gobierno y Vicejefe/a de Gobierno, nombre, apellido y fotografía color del precandidato/a o candidato/a; e) para el caso de la lista de Diputados/as, nombre y apellido de al menos los tres (3) primeros precandidatos/as o candidatos titulares y fotografía color del primer precandidato/a o candidato/a titular; f) para el caso de la lista de Miembros de la Junta Comunal, nombre y apellido de al menos los tres (3) primeros precandidatos/as o candidatos/as titulares y la identificación de la Comuna por la cual se postulan.

Respecto de la boleta única, también se contemplará la confección para personas no videntes en material transparente y alfabeto Braille, con ranuras sobre los casilleros, para que las personas no videntes puedan ejercer su opción electoral colocándolas sobre la boleta única. Incluso se prevé un reproductor de sonido por cada centro de votación, con una grabación para guiar a los electores no videntes que desconozcan el alfabeto Braille.

5. Proyectos referentes a mecanismos de participación ciudadana

Actualmente se encuentran a estudio de los legisladores de la Ciudad algunos proyectos de ley cuyo objeto consiste en dotar a los ciudadanos de mecanismos de participación ciudadana, fomentando la utilización de herramientas informáticas y que son de mi autoría. El primero de ellos estipula que todos los proyectos de ley tienen que estar "On Line", y se debe dar la posibilidad a los ciudadanos para que emitan su opinión sobre cada proyecto mediante la web.

Por otro lado, se encuentra en estudio un proyecto de ley para que todas las Audiencias Públicas se transmitan por el Canal de la Ciudad y por "Internet".

Por último, se está estudiando un proyecto de ley para determinar que la recolección de firmas para la presentación de proyectos de ley por parte de los ciudadanos pueda ser en forma digital (este proyecto está en estudio).



El fundamento de estas iniciativas es dotar a los ciudadanos del conocimiento de las temáticas relevantes que se abordan en la Legislatura de la Ciudad, a fin de ampliar los márgenes de transparencia, flexibilidad y rigurosidad a lo largo de todo el proceso.

Ello, toda vez que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece el principio de la democracia participativa y la forma republicana de gobierno, como así también, armonizar la idea de pensar una ciudad moderna, con prácticas democráticas y transparentes, como lo es la de hacer públicos y abiertos a los vecinos de la Ciudad los actos relacionados con la legislación.

6. A modo de cierre

Esto configura parte de esa reforma política que queremos impulsar, pero no la completa. No hasta tanto gocemos de nuestro propio Código Electoral y Ley de Partidos Políticos.

El otorgamiento de autonomía en una cláusula constitucional. El dotar de un amplio catálogo de derechos políticos a los ciudadanos y la utilización de mecanismos de mayor inclusión ciudadana para fomentar la participación en la vida democrática configuran aspectos de una reforma política que en la década del 90 era necesaria, pero sobre la que debemos continuar profundizando.

Debemos profundizarla dándonos nuestros marcos legales propios en nuestro propio Código Electoral, en nuestra propia Ley de Partidos Políticos. Contar con un marco legal que incluya un régimen propio para las elecciones Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias, como así también, la inclusión de procedimientos más modernos y sencillos, como el de boleta única, constituyen avances, pero insisto, no completan el catálogo de derechos políticos con que se ha dotado a los porteños.

Es en este sentido en que debemos orientar los esfuerzos y el trabajo; en dar efectivamente a los porteños las herramientas que le proveyó el constituyente local y plasmó en la Constitución del año 1996.

Gracias por escucharme, un saludo afectuoso a todos los presentes.

Intervención de Cristian Ritondo

Muchísimas gracias a la Defensoría por la invitación.

La verdad es que la reforma del 94 fue, para mí sin duda, la reforma más importante de este siglo, porque trajo consigo para algunos el Pacto de Olivos, para otros el Acuerdo de Coincidencias Básicas, pero sí trajo elementos importantes pedidos por sectores de la población y de la renovación política, que era uno de los motivos esenciales. El acortamiento del mandato presidencial fue un elemento sustancial; el voto directo a Presidente y la doble vuelta, el ballottage, incorporado en la Constitución –recordemos que antes votábamos con colegio de electores–; el senador por la minoría y la elección directa a los senadores; y la posibilidad de haber incorporado a la Ciudad con su autonomía.

La Ciudad tiene deudas con la reforma política. Sin duda, tener un Código Electoral propio y tener un código de financiamiento de partidos políticos es una deuda que tenemos los legisladores con la Ciudad, y que se tiene desde el momento mismo que se reconoce la autonomía, que tiene una discusión que es muy profunda. La boleta única ha sido un pequeño avance. Sin embargo, creo en el sistema de voto electrónico. A mí me tocó ser veedor por la República Argentina en la primera elección que se hizo en forma global en Brasil, donde Lula fue electo presidente. Me tocó ver la primera experiencia en Paraguay.

Me tocó, también, como viceministro del Interior ser veedor en varios lugares y ver el voto electrónico, y cuando se dice “voto electrónico” no solamente hay un sistema, hay varios, que tienen que ver con la idiosincrasia de cada uno de los pueblos.

Nosotros vivimos una situación privilegiada, como decía María Rosa, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es aquella que durante las elecciones se roban las boletas, faltan fiscales, faltan presidentes. La Ciudad de Buenos Aires tiene una gran participación política, participación de presidentes de mesa, de fiscales casi siempre de más de un partido político. Con lo cual, tiene custodiado, si se quiere, su resultado electoral. Porque, cualquier reforma que nosotros nos estamos planteando trata de garantizar la voluntad del elector en lo que es el resultado electoral. Lo que tenemos que intentar en el medio es legislar para que esto sea así, y transparentar y buscar la forma para que le sea más fácil al elector, para que le sea más fácil al presidente para su recuento y para que lo que se vote, se cuente.

Con lo cual, encontramos en la boleta única una forma de avance en el sistema electoral en la Ciudad de Buenos Aires, pero que tiene pendiente su código electoral, que tiene pendiente, sin lugar a duda, su código de financiamiento, con todas las discusiones que tiene un código de financiamiento. Hay quienes dicen que el Estado debe sostener todos los financiamientos de los partidos políticos y de las campañas electorales; hay algunos que pensamos que puede haber participación con límites de privados. Con la lógica de la discusión que debe saldar la Ciudad, creo que tenemos muchísimas cosas que todavía valen la pena discutir.

También, rescatar que el Tribunal Superior ha sido siempre un elemento conciliador de la política en la Ciudad de Buenos Aires y cuando digo conciliador están estos ejemplos que daba, el de marcar posición, con el mayor de los sentidos comunes, y aportar al sistema electoral de la Ciudad de Buenos Aires, con esta carencia de no tener un código electoral, poder aportarle resoluciones que pueden ser conflicto en otros distritos, pero que en la Ciudad no lo son.

Recuerdo cuando en 2001 –crisis absoluta– se aprobó la ley de internas abiertas en el Congreso de la Nación, que después fue suspendida por una ley en 2004, por el ex Presidente Néstor Kirchner, que después fueron nuevamente incorporadas. Hay que destacar que la reforma de 1994 pudo mantener un sistema republicano, con presidentes en 2001, porque en otros períodos habríamos, seguramente, terminado distinto. En 1994 quedó claro en una constitución cómo era el sistema en el cual, si un presidente renunciaba, quién lo sucedía, cómo se elegía y quién sucedía al vicepresidente si renunciaba. Tuvimos el contexto necesario para una salida institucional de la Argentina en su peor crisis y esto también fue el resultado de esa reforma de 1994.

En 2002, cuando se plantea todo este proceso, fue una discusión más que por la participación, por la contención de los partidos políticos. Recuerdo que en ese momento se discutió hasta la posibilidad de instalar la ley de lemas nacionales, hubo proyectos que se presentaron con este esquema. Y lo que hoy tenemos como una visión es que las PASO a nivel nacional han servido para ordenar tanto a las internas de los partidos políticos como a las preferencias a la hora de ir a elección.

Cuando hicimos las PASO en la Ciudad de Buenos Aires, se hace con una misma lógica de mayor participación, de ordenamiento. Quedan cosas por resolver. Se está trabajando en la reglamentación con muy poco tiempo, porque las reglas de juego, cuando es en lo electoral, deben ser reglas de juego claras y con mucha anticipación.

Yo no sé si no entraremos en una discusión que parece que nadie la quiere dar en voz alta, pero que se está dando, si hay unificación o no de elecciones. Yo soy partidario, en lo personal, no hablo ni como legislador del Pro ni como Vicepresidente de la Legislatura,



de que no haya unificación. Es mi posición personal, porque creo que los avances que hemos hecho en esta reforma política hay que madurarlos, hay que emproljarlos como la boleta única, pero que son válidos y sirven para la Ciudad de Buenos Aires. Y me parece que quienes queremos dar la discusión sobre la jefatura de gobierno y sobre la Ciudad y las comunas, no es la misma discusión que tenemos que dar con la presidencial y con los diputados nacionales. Contrario a esto, hay quienes dicen “capaz que votamos seis veces”. Hay muchos que dieron la vida por votar una vez en la Argentina, que votemos seis veces no va a ser tan desgraciado.

Seguramente, lo tendré que debatir hacia adentro de mi partido, manteniendo y sosteniendo lo que estoy diciendo y aprovechar las reformas políticas que se hicieron en la Ciudad.

Y festejar que más allá de que en 1994 quedaba esta división de quienes decían “este maldito Pacto de Olivos”, y aquellos que decían “las Coincidencias Básicas”, creo que fue una reforma que tendrá sus lados no del todo positivos, porque después la reelección la pudieron usar otros. Aquello que fue castigado en su momento, les sirvió a otros para luego tener reelección. Sin duda, eso nos dio un marco institucional en la Argentina para haber incluido, entre otras cosas, todos los pactos de derechos humanos, incorporarlos, dar un salto de calidad en la Constitución. Para mí fue la reforma política por excelencia, por lo menos, en este siglo.

Muchas gracias por esta oportunidad a la Defensoría y a todos ustedes.

NECESIDAD OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA DE UNA NUEVA REFORMA

PROFUNDIZAR EL FEDERALISMO: DEUDAS Y LOGROS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1994. COPARTICIPACION FEDERAL. RECURSOS NATURALES

Intervención de Héctor Recalde

Muchísimas gracias por la invitación. Voy a ser sumamente breve, porque además de ser un Diputado de la Nación, soy Presidente de la Comisión de Legislación de Trabajo y se está por tratar ahora un tema que es muy sensible para los trabajadores, como es la expropiación de la confitería El Molino. Yo tenía muy preparado lo que iba a decir. Me había traído un documento histórico, el oficial de ese momento, cuando se promulga la reforma de la Constitución Nacional del 94.

Ya el año pasado cuando se hablaba de la re-reelección, pensaba, más allá de esto, me parecía oportuna una nueva reforma de la Constitución. Fundamentalmente, por un hecho histórico que fue la Constitución de 1949, que fue derogada por un bando. Entonces, el contenido que tenían algunos artículos en aquel momento, como el 39, el 40, obviamente, el 37, me parecía adecuado por el correr de los tiempos.

Leía el otro día en un diario de circulación nacional toda una actitud de menosprecio hacia la reforma de 1949, y yo me recordaba de la reforma de 1957, que toma la proscripción de un movimiento político partidario mayoritario, pero el contenido del artículo 14 nuevo o 14 bis, como se suele llamar, realmente fue muy útil.

Esta reforma de 1994 tiene cuestiones que —a mi criterio— son de avanzada. Y voy a citar una que normalmente no la escucho, que es el inciso 19) del artículo 75. Es decir, el progreso, justicia social, etc. Hoy un tema que está muy en boga en la discusión. El artículo 42 tiene que ver con el paquete de leyes que se está debatiendo en este momento.



Yo creo que sería oportuna la necesidad de una reforma constitucional, porque hay algunas imprecisiones. Por ejemplo, del artículo 42 estuve releendo el debate que hubo en 1994 y el debate es muy rico. Creo que se quedaron cortos tal vez con la redacción, la incorporación de los tratados internacionales, se queda corto en la interpretación. Realmente, la evolución de la sociedad obliga a que uno trate de llevar a la letra del derecho positivo con avances y retrocesos esa evolución, sobre todo en un momento muy especial del mundo. Ya en el año 2008 creía que la crisis que había en el mundo no solamente era económica y financiera sino de reacomodamiento de poder político mundial. Y lo que está sucediendo ahora, que nos afecta a los argentinos, con los fallos que se acaban de dictar por el Poder Judicial, quiero decir, la justicia de Estados Unidos de Norteamérica, da la sensación de necesidad de avanzar en la soberanía nacional. No es posible que un poder de un Estado extranjero invada nuestra soberanía nacional. Estos son temas que hay que analizar para ver cómo se pueden incluir en la Constitución. Obviamente, el tema de leyes como el artículo 1º, el Código Civil y Comercial de la Nación, que consagra la posibilidad de ceder jurisdicción nacional y algunas otras normas más.

El Dr. Zaffaroni planteaba hace poco la necesidad de legislar sobre algunos delitos que tienen que ver con la especulación financiera internacional. Si pudiéramos introducir algunos de estos principios en una Constitución Nacional en una reforma sería muy importante.

Perdonen la síntesis extrema, pero se demoró el inicio, y yo tengo que cumplir, si no el pueblo argentino me va a revocar el mandato como diputado.

Intervención de Osvaldo Casás

En primer lugar, quiero agradecer esta invitación a participar como expositor de esta actividad que me formulara el Dr. Alejandro Amor. Para mí es un motivo de particular alegría estar aquí, en un momento en que el doctor Amor inicia una gestión exitosa en su primer mandato de cinco años como Defensor del Pueblo de la Ciudad, que espero se proyecte en un segundo mandato, aún más exitoso.

Por razones de tiempo, prácticamente voy a enunciar solamente los títulos de la exposición que había preparado.

El primer aspecto que quiero abordar es el de la insuficiencia crónica de las finanzas de los Estados locales –provincias– en la Argentina, insuficiencia que también se manifiesta en las finanzas de la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este es un tema que se remonta en el tiempo prácticamente a los dos siglos de vida independiente de nuestra Nación. Juan Bautista Alberdi, al año de sancionarse la Constitución de 1853 –momento en que aún seguía residiendo en la Ciudad de Valparaíso de la República de Chile–, escribió un libro magnífico, bajo el título: *El Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. En dicha obra afirmaba que era manifiesto que no podía haber gobierno gratis, y que tampoco debía haberlo por ser el más caro de todos los gobiernos. Según tal afirmación, el Tesoro y el Gobierno eran dos hechos que se presuponían mutuamente. Transpolando los conceptos, es igualmente válido sostener, en el orden local, que sin tesoros provinciales suficientes, no hay autonomía ni federalismo posible.

Esta misma idea ha sido reiterada recientemente por un importante catedrático europeo por el que siento un particular afecto personal, el doctor Víctor Uckmar, profesor emérito de la

Universidad de Génova y doctor honoris causa de la Universidad de Buenos Aires, a quien la casa de altos estudios porteña le brindó tal reconocimiento por la incesante defensa de los intereses argentinos en oportunidad de la declaración del *default* en el año 2002, y ante el reclamo de varias decenas de miles de pequeños ahorristas italianos, al dar cuenta que los bancos de su país habían desplazado de sus carteras abundantes títulos de la deuda Argentina hacia sus clientes –indicándoles que era una inversión ventajosa–, al contar con información privilegiada sobre la suspensión de la acreditación de los siguientes tramos de la ayuda financiera comprometida por el Fondo Monetario Internacional, a los efectos del blindaje.

El profesor Víctor Uckmar en las XXIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario que tuvieron lugar en la ciudad de Córdoba de nuestra República, en el año 2006, al comentar la última reforma a la Constitución Italiana, inicialmente sancionada en el año 1947, reforma por la cual se desplazaron distintas competencias hacia las regiones, sostuvo enfáticamente: “el federalismo es federalismo fiscal o no es federalismo”, lo que se compadece con la idea de que sin suficiencia de los tesoros de los Gobierno locales, difícilmente pueda existir autonomía y federalismo verdadero.

Un segundo aspecto que me parece útil remarcar es que desde la organización institucional de la República Argentina con la sanción de la Constitución de 1853, si bien se predicó como forma de Estado la fórmula federal, se puso especial atención en fortalecer el Tesoro Nacional, incluso a expensas de las rentas públicas provinciales. Así, en los debates brindados en la Asamblea Constituyente celebrada durante el mes de abril de 1853, para consensuar el texto con que habría de sancionarse nuestra Carta Magna, se convirtió en una controversia central el resolver la nacionalización de los derechos sobre el comercio exterior según lo proponía la Comisión Redactora, a pesar de no haber concurrido los diputados de la provincia de Buenos Aires, y de no estar comprometida la Aduana porteña. Así, el Diputado Manuel Leiva de la provincia de Santa Fe defendió los derechos de importación y exportación como ingresos locales, por lo que representaban para dicha provincia los recursos de las aduanas de los puertos fluviales, cosa que se repetía, en menor medida, con relación a las provincias de Entre Ríos y Corrientes. La tensión pudo atemperarse, más allá de que de todos modos la redacción del artículo 4º de la Constitución sobre el Tesoro Nacional no fuera votado de forma unánime, frente a la propuesta sugerida por el Diputado, también por la provincia de Santa Fe, Juan Francisco Seguí, quien propició reformular una de las atribuciones del Congreso de otorgar adelantos reintegrables a las provincias que los requirieran, anotando los importes en el Libro de la Deuda, al dar a tales transferencias el carácter de aportes no reintegrables, lo que llevó a concebir la facultad legislativa en los siguientes términos: “Acordar subsidios del Tesoro Nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios”, cláusula que a la fecha subsiste residenciada en el artículo 75 inciso 9 de nuestra Ley Fundamental, reafirmando el principio de solidaridad federal.

Luego de las Batallas de Cepeda y de Pavón, y como consecuencia del Pacto de San José de Flores, se incorporó a la Confederación la provincia de Buenos Aires, previa revisión de la Constitución de 1853 por una Convención de la apuntada provincia, cuyas propuestas debían ser luego validadas por una Convención Nacional *ad hoc*. Fue entonces que la Convención del Estado de Buenos Aires propuso introducir una limitación temporal a la utilización como recursos nacionales de los derechos de exportación, los que podrían ser utilizados en favor del Tesoro Nacional hasta el año 1866, para adecuar el cuadro rentístico argentino al diseño federal de la Constitución de los Estados Unidos de América, en donde la Unión no dispone



de los derechos de exportación. La cláusula, finalmente, fue consagrada en tal sentido en la Convención *ad hoc* de Santa Fe, en 1860, con el único agregado que después de dicha fecha –el año 1866– no podrían subsistir, tampoco, como recursos provinciales.

Lo cierto es que durante la Presidencia de Bartolomé Mitre al frente de los destinos de la Nación –primer presidente inicialmente de facto, al haber derrocado al Presidente constitucional que era Santiago Derqui, más allá de que luego fue convalidado como mandatario *de iure*–, embarcada la República Argentina en la Guerra de la Triple Alianza contra el Paraguay –triste episodio severamente cuestionado por Juan Bautista Alberdi en su obra *El Crimen de la Guerra*–, impulsó una reforma constitucional para convertir definitivamente en nacionales, y sin limitaciones de tiempo, a los derechos de exportación, ya que, si bien los mismos no eran en términos recaudatorios significativos, todos los ingresos públicos son el nervio que sostiene el músculo de la guerra, facilitando la victoria en el emprendimiento bélico. Así las cosas, mediante una Convención Reformadora convocada al efecto y que sesionara en el año 1866, se les volvió a asignar a los derechos de exportación la condición de recursos permanentes del Tesoro Nacional.

Cabe destacar, que si se hubiera mantenido vigente el texto resultante de la Reforma Constitucional de 1860, indudablemente, no hubiéramos vivido los conflictos entre el Gobierno y el campo que en su momento se afrontaron en nuestro país con motivo de las retenciones cambiarias móviles a las exportaciones primarias, instituidas por la Resolución 125/2008 del Ministerio de Economía. Hoy es claro que las retenciones cambiarias deben ser creadas por ley, en tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación les ha reconocido, tal cual efectivamente la tienen, naturaleza tributaria, lo que hace jugar para el ejercicio de la potestad tributaria normativa la regla de *nullum tributum sine lege* (causa: *Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo*, Registro del Alto Tribunal letra C, n° 486, libro XLIII, sentencia del 15 de abril del corriente año).

Este tema me lleva a formular tres sucintos matices:

- a) Que comparto el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en mérito del cual las retenciones cambiarias a las exportaciones, como los recargos de igual naturaleza a las importaciones, tienen sustancialmente carácter tributario y deben ser instituidos por ley.
- b) Que estimo que respecto de las retenciones cambiarias se ha generado una polémica con posicionamientos sin matices (para algunos, son en todos los casos malas y desalientan la producción; mientras que para otros, son una verdadera panacea). Adopto al respecto una postura intermedia, al entender que son útiles en tanto sean moderadas y no produzcan efectos confiscatorios, ya que absorben en casos de bruscas devaluaciones de nuestra moneda parte de los beneficios extraordinarios de los sectores exportadores y, por otro lado, amortiguan el impacto que puede tener la modificación del tipo de cambio en el aumento de los precios de los bienes exportables en el mercado interior, sobre todo, respecto de aquellos productos que conforman la canasta básica alimentaria.
- c) Que las retenciones cambiarias a las exportaciones resienten sensiblemente las economías regionales y, consiguientemente, las rentas de las provincias, al verse debilitada la potencialidad recaudatoria de los impuestos locales, como era hace un siglo la contribución directa (híbrido de la contribución territorial, hoy reconvertida en impuesto inmobiliario; y los impuestos de patentes, que abrieron el camino al Impuesto a las Actividades Lucrativas, hoy sustituido por el Impuesto sobre los Ingresos Brutos).

A este respecto, una demostración de que algunos fenómenos, alegatos y formulaciones no son nuevos, y simplemente a veces hemos olvidado que ya se plantearon, son los conceptos

vertidos en el año 1866 en el periódico *El Nacional* –no el diario matutino *La Nación*, fundado, casualmente, por Bartolomé Mitre, quien impulsaba la reforma constitucional para que los derechos de exportación fueran ininterrumpida y definitivamente nacionales–, por los editorialistas Carlos D’Amico y Eduardo Wilde, quienes se expresaban en los siguientes términos: “La imprudente Reforma Constitucional se embanderaba con el plan del Gobierno, que intentaba llevar al país a un sistema unitario”. Agregaban, asimismo, “Los derechos de exportación impuestos por el poder nacional centralizan los recursos financieros en dicha esfera, debilitando a las provincias y convirtiendo a las autoridades centrales en distribuidoras de la limosna que tienen que arrojar hacia los gobiernos locales todos los años para que puedan vivir”. Proseguían: “Así hemos visto que las provincias en estos años de reconstrucción han tenido sus presupuestos en déficit, viéndose obligadas a solicitar al Congreso algunos pesos para vivir una existencia miserable. Y el gran limosnero no siempre ha descornado los cordones de su bolsa, no siempre los ha descornado sin exigir otras cesiones que no hubiera conseguido de otro modo”. Concluían alertando sobre la necesidad de defender el sistema federal y evitar la centralización del poder ya que, de no ser así, “Más valdría ir francamente al sistema unitario, matar de una vez a las provincias, haciendo de ellas intendencias de la Nación”. Tengamos en cuenta que estas afirmaciones fueron verdaderas hace prácticamente ciento cincuenta años.

Un tercer aspecto que me parece útil transitar, continuando con este breve recorrido de la historia, es el que ayuda a comprender que la creación de los más importantes impuestos en términos recaudatorios que fueron conformando el sistema tributario argentino estuvieron llamados, exclusiva y únicamente, a fortalecer el Tesoro Nacional. Así, en el año 1891, se sancionaron con carácter transitorio los Impuestos Internos Nacionales –en concurrencia con los impuestos internos provinciales–, así denominados para contrastarlos con los de importación y exportación que se consideraban impuestos externos, los que adquirieron carácter definitivo en el año 1894 luego de un profundo debate parlamentario sobre la distribución de las competencias tributarias en la Constitución Nacional. La concurrencia de estos gravámenes nacionales y provinciales a los consumos específicos se mantuvo hasta el año 1934, ya que a partir del 1º de enero de 1935 comenzó a regir la Ley 12139 de Unificación de Impuestos Internos –con la estructura y modalidad de ley-convenio–, que vino a convertirse en la primera ley de coparticipación, mediante la cual las provincias resignaban sus facultades de imposición sobre la materia, para recibir una parte del producido recaudatorio.

En el año 1931 apareció en el orden nacional el Impuesto a las Transacciones, que se transformó en el año 1935 en el Impuesto a las Ventas, sustituido finalmente a partir del año 1975 por el actual Impuesto al Valor Agregado (impuestos todos ellos genéricos a los consumos, los primeros monofásicos y el último plurifásico, no acumulativo).

En el año 1932 tuvo nacimiento como recurso del Tesoro de la Nación el Impuesto a los Réditos, convertido a partir del año 1974 en el actual Impuesto a las Ganancias.

Sucesivamente, también aparecen otra vasta gama de impuestos nacionales como el Impuesto a los Combustibles y Lubricantes (año 1932), el Impuesto a los Beneficios Extraordinarios (año 1943), el Impuesto a las Ganancias Eventuales (año 1946), el Impuesto al Patrimonio (año 1972), el Impuesto a los Capitales (año 1974), el Impuesto a los Premios, Juegos y Concursos Deportivos (año 1991), el Monotributo (año 1998), el Impuesto a los Créditos y Débitos en Cuenta Corriente Bancaria (año 2001), el tributo conocido como Cargos Específicos (año 2006), y muchos otros, que fueron cambiando las modalidades y denominación de los antes enumerados y que es imposible resumir aquí.



A ello, cabe agregar tres recursos de los cuales ha podido disponer prácticamente en solitario y discrecionalmente el Estado central.

a) Por un lado, los aportes y contribuciones al Régimen de Seguridad Social, en donde en el año 1949 se inicia el proceso sistemático de colocación de títulos en las Cajas Previsionales para ingresar tales fondos al Tesoro Nacional, a lo que se suma más recientemente, en el año 2008, la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un régimen único con la transferencia de las cuentas de capitalización individual de los afiliados al Régimen de Capitalización canalizados por las AFJP, lo que representó, a esa fecha, un importe aproximado de veinticinco mil millones de dólares que pasaron a incorporarse a los recursos del Gobierno central.

b) Más allá del proceso de desendeudamiento externo que se ha producido en estos últimos años, hay que tomar en cuenta las posibilidades dispares de acceder al crédito que tienen la Nación y las provincias fuera de las fronteras del país. Ello es claramente manifiesto, sin perjuicio de la eventualidad teórica de que disponen los Gobiernos locales de recurrir a tal medio de financiamiento con conocimiento del Congreso de la Nación (Art. 124 CN).

c) El arbitrio de generar medios de pago con el papel moneda lo tiene solamente el Gobierno Central mediante la emisión, sobre todo después de la salida del “Régimen de Convertibilidad”, lo que transforma a dicho instrumento, sustancialmente, en un impuesto a los activos monetarios, al recortar el poder adquisitivo de los tenedores de efectivo como consecuencia de la pérdida de poder de compra del circulante. Todo ello sin desconocer el proceso de saneamiento que ha importado la casi total eliminación de las cuasi monedas a las que recurrieron distintas provincias, fundamentalmente después de la declaración del *default* del año 2002, atento a la brusca caída de la recaudación de los impuestos locales. Un cuarto aspecto, que está presente en el esquema de mi exposición, y que no podré desarrollar con la extensión que merece, es que el reclamo de la autonomía porteña y de la suficiencia financiera de la Ciudad, no es diferente al reclamo que en su hora formularon los caudillos de las provincias argentinas de sentar las bases de un genuino régimen federal. A este respecto estoy convencido que es un falso paradigma el de contraponer los intereses de los porteños con el de los provincianos. En lo personal, siendo porteño y estando orgulloso de serlo, me atrevo a sostener que me siento más federal que algunos hombres del interior devenidos en autoridades nacionales, que desde fines del siglo XIX hasta el presente han intentado disciplinar a los Gobiernos locales sentados sobre el Tesoro Nacional.

Citaba el catedrático Juan Antonio González Calderón a este respecto la opinión de Hamilton en “El Federalista o la Nueva Constitución” cuando señalaba que: “tener acción sobre la subsistencia, importa tenerla sobre la voluntad”; agregando el profesor argentino como reflexión de cierre el interrogante: “¿Pueden alcanzar plenitud de goce las autonomías provinciales que angustiosamente sobrellevan las erogaciones más elementales y necesarias de sus presupuestos administrativos?”.

Y mi sentimiento federal lo he afirmado al comprobar, más de una vez, las insuficiencias y falencias financieras de las provincias y el disciplinamiento que se ha pretendido lograr a través de la distribución discrecional de magros recursos nacionales. Ello ocurrió durante los diez años, en la década de los años noventa del siglo pasado, cuando me tocó desempeñarme como Asesor Jurídico de la Comisión Federal de Impuestos, órgano de control y aplicación de la actual Ley de Coparticipación tributaria.

No me cabe duda que actores protagonistas desde la Presidencia de la Nación de la República, más allá de haber nacido en las provincias, por sus ideas, propuestas, como por su acción,

fueron decididamente unitarios, a pesar de que se le puedan reconocer a algunos de ellos, en otro orden, variados aciertos, valores y virtudes. Dentro de los que integran el apuntado colectivo, y remontándome en el tiempo para evitar herir susceptibilidades de algunos de los presentes, sospechase de mi imparcialidad, o adjudicarme intencionalidad política, me permito consignar unos pocos nombres. Son ellos los de Domingo Faustino Sarmiento, Nicolás Avellaneda, Julio Argentino Roca, Miguel Juárez Celman, José Evaristo Uriburu, José Figueroa Alcorta. Todos hombres del interior, que sentados sobre la Caja Nacional, han sido los más unitarios de todos los declarados unitarios, trátese de porteños o de provincianos. En este aspecto, corresponde hacer al menos dos consideraciones.

a) La autonomía importa que los vecinos de una jurisdicción política puedan decidir lo que en la tradición colonial, a pesar del centralismo borbónico, se reconocía como del resorte de las autoridades locales, esto es, “el gobierno de propios”. En tal sentido, no se comprende por qué, como resultado de la Ley 24588, mal llamada “Ley de Garantías de los Intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires”, se producen diversos cercenamientos en diferentes áreas. En materia jurisdiccional –en lo referente a la permanencia en la órbita nacional de la justicia ordinaria–; en lo relativo a la seguridad y protección de las personas y bienes –reteniendo en el plano nacional la Policía Federal y no transfiriendo los efectivos y recursos correspondientes a la Superintendencia Metropolitana–; como tampoco el mantenimiento en tal jurisdicción del Registro de la Propiedad Inmueble –instrumento estratégico para el cobro de los variados tributos sobre tal tipo de bienes– y/o de la Inspección General de Justicia, a lo que cabe sumar el Puerto de Buenos Aires. Así entonces, nuestros reclamos de autonomía no son muy diferentes a los que en el siglo XIX agitaron los caudillos provinciales, cuando desde la Argentina interior reclamaban la adopción de la forma de Estado federal.

b) Se ha instalado, intencional y maliciosamente, la idea de que el reclamo de más recursos de la renta federal –léase de la masa coparticipable–, que formula la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo será a expensas de los ingresos de las provincias, cuando en realidad debe serlo con cargo del contingente de la Nación. Ello no ofrece dudas ante los enunciados precisos y terminantes fruto de la Reforma Constitucional de 1994, en particular los que lucen en el artículo 75, inciso 2, quinto párrafo, cuando se establece: “No habrá transferencia de competencias, servicios y funciones sin la respectiva reasignación de recursos aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso”.

El quinto aspecto que habré de tratar muy brevemente es el de situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires frente al régimen de coparticipación tributaria, lo que me obliga a realizar varias puntualizaciones.

a) No se justifica que la coparticipación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea objeto de un tratamiento discriminatorio y diferente al de las 23 (veintitrés) provincias que se integran en el régimen. Es injustificable degradarla sobre el inexacto argumento de que todas las provincias fueron signatarias de la Constitución originaria de 1853, a diferencia de la Ciudad de Buenos Aires. La realidad nos muestra que al Congreso Constituyente de 1853 concurrieron diputados de trece provincias, con la inasistencia de la provincia de Buenos Aires, y que nueve de las actuales veintitrés provincias son resultado de una creación legal y no constitucional, porque fueron en su origen territorios nacionales. A ello se suma que la Ciudad de Buenos Aires, al menos en el texto primigenio de 1853 tuvo expreso reconocimiento constitucional como Capital de la República en el entonces artículo 3º. Dicho dispositivo se modificó en



1860 cuando pasó a predicar: “Las autoridades que ejercen el Gobierno federal, residen en la Ciudad que se declare Capital de la República por una ley especial del Congreso, previa sesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse”, lo que abrió el camino para la tardía sanción de la Ley 1029 del año 1880, por la cual el Municipio de la Ciudad de Buenos Aires fue declarado Capital de la República.

Por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires tiene sobrados títulos histórico-políticos. Cabe recordar que registra en su haber la epopeya de la Reconquista y el rechazo de la Segunda Invasión Inglesa. También acredita a su favor haber alumbrado el proceso con que se inició el camino hacia la independencia a través de los Cabildos Abiertos del 22 y del 25 de mayo de 1810. Tampoco puede olvidarse que fue la Aduana de Buenos Aires, actuando como una incipiente aduana nacional, la que suministró los recursos indispensables para alistar y armar los ejércitos que dieron batalla a los realistas en el norte argentino, y liberaron a los pueblos de Chile y del Perú.

Además, la Ciudad de Buenos Aires como Capital eligió senadores –Cámara que reviste como foro federal en nuestro Congreso–, igual que las catorce provincias originarias (Art. 46 CN, texto histórico); y reunió Junta Electoral para los comicios de Presidente y Vicepresidente, como también ocurría en las iniciales catorce provincias (Art. 81 CN, texto histórico). En este último aspecto, ello fue así hasta la Reforma Constitucional de 1994, que instituyó la elección directa de los dos integrantes del Poder Ejecutivo.

En la Argentina no es admisible que a los Estados subnacionales miembros de la Federación se los discrimine, como si hubiera hijos e hijastros; hermanos y hermanastros.

b) Incluso la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires fue tomada en cuenta como una jurisdicción más partícipe en distintos anteproyectos, proyectos y leyes de coparticipación, con anterioridad a la creación de las nuevas provincias que revistaron inicialmente como territorios nacionales. En materia de anteproyectos, ello ocurrió en los elaborados por José Manuel Ahumada (a cargo de la Administración General de Impuestos Internos dependiente del Ministerio de Hacienda de la Nación), elaborados en los años 1916 y 1921. Sobre todo, a texto expreso, en el del año 1921, en el cual en los fundamentos de respaldo de la iniciativa, se le asignaba, en un cuadro de proyecciones, a la Capital Federal una estimación de recursos a recibir para el año 1922 de aproximadamente diez millones y medio de pesos, contra cien millones de la Nación, trece millones setecientos mil de la provincia de Buenos Aires y muy por encima de las provincias que se le aproximaban, como la de Santa Fe, que no llegaba a los seis millones de pesos y Córdoba a los cinco millones de pesos.

En igual tónica también se registraron diversos proyectos legislativos, entre los cuales se destaca el del constitucionalista y diputado Dr. Juan Antonio González Calderón del año 1923, por el cual se establecía que el treinta por ciento de la recaudación correspondería a las jurisdicciones locales –Municipalidad de la Capital y a los Gobiernos de Provincia–, y se repartiría en proporción a la población respectiva de cada una de ellas.

En materia de leyes de distribución –que no revistaron como leyes-convenio, y por las cuales la Nación cedió parte del producido recaudatorio unilateralmente–, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires participó en pie de igualdad con las provincias, tanto en la referente al Impuesto Nacional a las Ventas, sancionado por la Ley 12143 (año 1935); como en la de prórroga de Impuesto a los Réditos, sancionada por la Ley 12147 (año 1935).

Ya en la Ley 12956 de Coparticipación, vigente a partir del 1º de enero de 1947 –que coparticipaba los Impuestos a los Réditos, a las Ventas, a las Ganancias Eventuales y a los Beneficios Extraordinarios–, se ubicaba a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos

Aires, en una situación casi equivalente a la de las provincias al momento de la distribución secundaria. Por la Ley 14788 de Coparticipación (año 1959) cuya masa se conformaba con la recaudación de los Impuestos a los Réditos, a las Ventas, a las Ganancias Eventuales y a los Beneficios Extraordinarios, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires pasó a recibir un 6% del producido total de los gravámenes incluidos en su régimen, importe que debía ser atendido por la Nación, detrayéndolo de la asignación que se le fijaba a ésta en la distribución primaria.

En sentido concordante a las leyes reseñadas, y atendiendo a la necesidad de otorgar suficiencia financiera a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires al momento de distribuir la renta federal, se expidieron las más calificadas figuras de la doctrina nacional en materia de Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Tal el caso del profesor Dino Jarach, quien plasmó su criterio al elaborar y fundar su Anteproyecto de Ley de Coparticipación para el Consejo Federal de Inversiones en el año 1996. Hizo lo propio el destacado publicista Carlos María Giuliani Fonrouge, acompañado en tal ocasión por su discípula la Dra. Susana Camila Navarrine, todo ello, incluso, antes de la Reforma Constitucional de 1994, alegando estos últimos dos autores, entre otras cosas, que representaba un antecedente relevante la participación que le había cabido a la Municipalidad de Buenos Aires en la elaboración de instrumentos del hoy denominado derecho intrafederal, al trazar los lineamientos, tanto en el Convenio Bilateral para evitar la Doble Imposición entre la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires respecto del Impuesto a las Actividades Lucrativas, suscripto el 28 de mayo de 1953, como en el Primer Convenio Multilateral del 24 de agosto de 1953, al igual que los que lo sucedieron.

El sexto aspecto es la situación actual en materia de coparticipación conjugando por un lado, las disposiciones de la Ley 23548, llamadas a regir originariamente por los ejercicios 1988 y 1989 –Régimen Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales entre la Nación y las Provincias (denominación que surge del Art. 1º de la ley)– y que se ha convertido, a través de su prórroga sucesiva por falta de sanción de un régimen sustitutivo (Art. 15), en el más permanente y dilatado de todos los sistemas que se hayan aplicado en nuestro país en materia de coparticipación; y por el otro, las disposiciones constitucionales que regulan el mecanismo de coordinación financiera en el artículo 75, inciso 2, párrafos segundo a sexto, y disposición transitoria sexta, por la cual se establece la necesidad de alumbrar un nuevo régimen en la materia antes de la finalización del año 1996.

La Ley 23548 ha dispuesto en el artículo 8º: “La Nación, de la parte que le corresponde conforme a esta ley, entregará a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio Nacional de la Tierra del Fuego una participación compatible con los niveles históricos, la que no podrá ser inferior en términos constantes a la suma transferida en 1987”.

En los hechos, la Ley 23548 tuvo como molde conceptual la Ley 20221 (que rigió a partir del año 1973). En ella, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires tenía asignado dentro del contingente nacional un 1,8% del total de la masa coparticipable; mientras que al Territorio Nacional de Tierra del Fuego se le adjudicaba el 0,2% sobre igual base.

Al no contener previsiones porcentuales ni numéricas sobre la asignación para Buenos Aires –antes como municipio, hoy como Ciudad Autónoma–, y referirse en forma genérica a que la participación debía ser compatible con los niveles históricos y no inferior, en términos constantes, a la suma transferida en 1987, la Ciudad recibió durante un largo período un importe congelado de ciento cincuenta y siete millones de pesos anuales.

Lo cierto es que en el año 2003 –momento en el cual la Presidencia de la Nación la ejercía el Dr. Eduardo Alberto Duhalde, y la Jefatura de Gobierno de la Ciudad, el Dr.



Aníbal Ibarra—, como resultado de las gestiones efectuadas ante las autoridades nacionales por las locales, se logró la sanción del Decreto 705/03 por el cual nuestra jurisdicción pasó a percibir el 1,4% del total de la recaudación del sistema. De todos modos, hay un marcado retraso, ya que el 1,4% es menor que la participación fijada en el año 1973 para la vieja municipalidad del 1,8% cuando todavía no se habían transferido, entre otras cosas, numerosos establecimientos educativos y más de treinta hospitales nacionales, como tampoco se habían asumido los costos de la organización autonómica, resultando al mismo tiempo desigualitaria y discriminatoria, ya que el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, devenido en provincia, luego de la sanción de la Ley 23548, logró un incremento sustantivo del 250%, ya que de tener asignado el 0,2% por la Ley 20221, hoy recibe el 0,7%.

Para ir cerrando esta breve reseña quiero señalar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a pesar de su población, y que una parte de ella —más del 10%— padece situaciones de indigencia, vulnerabilidad, emergencia habitacional o pobreza —lo que la obliga a reforzar las erogaciones con fines sociales—, recibe en la distribución de la renta federal por coparticipación menos que la mayoría de las provincias argentinas, y también se ve discriminada en otros variados regímenes distribuidores en los que nada se le acredita. Las únicas que están por debajo de la Ciudad en el índice repartidor a secas, y sin computar otras transferencias federales, son las provincias del Chubut y del Neuquén, de La Pampa, La Rioja, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

Entiendo que las disposiciones de la Constitución Nacional según la Reforma Constitucional de 1994 son lo suficientemente claras, en el sentido de que la Ciudad de Buenos Aires tiene que recibir mayores transferencias que las que se le acreditan, si se tienen en cuenta “las competencias, servicios y funciones” que se miden por el número de habitantes de la jurisdicción (criterio devolutivo); independientemente de que el régimen también apunte a ser “equitativo y solidario” (criterio redistributivo).

Es que la Ciudad tiene que asistir en sus hospitales públicos numerosos pacientes, incluso, los que provienen de otras provincias, a los que se suman los que recibe de países vecinos, tengan o no radicación efectiva en nuestro país. Las escuelas de las áreas periféricas o lindantes con la provincia de Buenos Aires, sobre todo en la instrucción secundaria, tienen una fuerte matrícula de la apuntada provincia.

También está a cargo de su Tesoro otorgar subsidios y ayudas a las personas vulnerables en situación de calle, sin indagar si son o no porteñas.

Es cierto que la Ciudad tiene sus límites en el Río de la Plata, el Riachuelo y la Avenida General Paz, pero no puede efectuar discriminaciones, frente a la demanda de prestación de los servicios sociales básicos, ya que aspira, además de ser Capital de la República, a cobijar con su atención, no sólo a los porteños, sino a los habitantes de toda la Argentina, por genuinas razones de solidaridad federal, y al hacerlo así, no puede dejarse de tomar en cuenta estas realidades al momento de la distribución de la renta federal.

Carlos Santiago Nino realizó hace ya varias décadas una investigación publicada bajo el título: “Un país al margen de la ley - Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino”, yo diría que en el estado actual, por incumplimiento del dictado de la nueva Ley de Coparticipación que debió sancionarse antes de la finalización del año 1996, junto con la violación, por acción o por omisión, de otros muchos preceptos constitucionales, estamos en condiciones de afirmar que vivimos hoy en “un país al margen de la Constitución”.

Es que aquí hay razones económicas que no pueden desconocerse al fijar los porcentajes de la distribución de la renta federal. Como alguna vez lo dejé escrito, la Ciudad de Buenos Aires

participa en el producto bruto jurisdiccional generando el 22,66% del total país (sobre la base de datos para el año 2010), y recibe, tan sólo, el 1,4% de la masa coparticipable de la Ley 23548, que no es el único mecanismo por el cual se asignan recursos desde la Nación a los gobiernos subnacionales, a lo que cabe añadir que en los restantes está prácticamente ausente.

Por otro lado, si bien los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuentan con el producto bruto interno per cápita más elevado, comparado con el de las restantes veintitrés jurisdicciones locales, lo cierto es que el Gobierno porteño, en términos de correspondencia fiscal, recauda entre el 85 y 90% del total de los gastos que eroga, situación inédita si se la compara con cualquiera de las provincias, lo que le impide incrementar aún más la presión fiscal en el orden local, sobre todo teniendo en cuenta que, en algunos casos, ya se está produciendo una deslocalización de los hechos y bases imponibles que venían siendo gravados por la Ciudad, a través del patentamiento de rodados en otras demarcaciones para pagar un impuesto menor por la radicación de los vehículos o alterando el lugar de celebración de los contratos, para afrontar un menor impacto en el Impuesto de Sellos.

Para finalizar, estoy seguro que el tema del federalismo financiero argentino no es solamente una asignatura pendiente de los partidos políticos y de nuestro Congreso, que no ha dado los pasos necesarios para sancionar la nueva Ley de Coparticipación, sino que también demuestra la falta de voluntad de transitar el camino hacia una solución efectiva de parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En sus estrados hay una infinidad de causas promovidas por las provincias con reclamos al Gobierno Nacional, pero fundamentalmente hay una que debería ser abordada y resuelta en términos perentorios, y es la que versa sobre el incumplimiento con el piso de garantía que ha establecido la Ley 23548 de Coparticipación en favor de las haciendas locales, a través de sus artículos 7º y 20, al establecer que no puede distribuirse menos a las provincias que el 34% del total de los ingresos nacionales, sean ellos coparticipables o no coparticipables. Lo cierto es que las fuentes más calificadas, independientemente de los números que se coloquen en el multiplicador y en el divisor, concluyen en que las asignaciones a las provincias están muy por debajo de ese porcentaje, lo que conspira a que pueda hacerse realidad el federalismo financiero, presupuesto del federalismo político, afectando de tal modo a todas las provincias y también a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un fallo sobre este tema, muy posiblemente, podría actuar como revulsivo para que se inicie el debate de una Ley de Coparticipación, dentro de las coordenadas que ha fijado la Reforma Constitucional de 1994, como lo fuera el pronunciamiento del Tribunal cimero respecto de los poderes implícitos de la Nación y los poderes concurrentes en materia de gravámenes a los consumos específicos –o impuestos internos–, en la causa *Sociedad anónima Mataldi Simón Limitada contra la Provincia de Buenos Aires, por repetición de pago de impuestos* –Fallos: 149:260–, sentencia del 28 de septiembre de 1927, que abrió el camino para el dictado de la Ley 12139 –de Unificación de Impuestos Internos y primera Ley de Coparticipación de la Argentina–, que comenzaría a regir el 1º de enero de 1935.

En conclusión, el federalismo financiero permite efectivamente desconcentrar el poder y de tal modo contribuye, como la forma republicana, mediante el mecanismo del juego de frenos y contrapesos, a evitar los excesos de un presidencialismo desbordado. Todo ello me invita a recordar el famoso *dictum* de Lord Acton cuando dijo: “El poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente”. Esto nos marca la urgente necesidad de descentralizar el poder y hacer realidad el federalismo, para bien de todos los argentinos. Nada más y muchas gracias.



Intervención de Horacio Corti

Muchas gracias a la Defensoría del Pueblo por haberme invitado. Y al haberme invitado a mí, institucionalmente al Ministerio Público de la Defensa.

Igualmente, me puso en una situación muy difícil, porque hablar sobre el federalismo y la coparticipación tributaria después del Dr. Casás es una tarea muy difícil de realizar. Muy modestamente y de forma muy breve, me gustaría señalar dos o tres aspectos de la reforma constitucional.

En primer lugar, es sabido que lo que ha hecho la reforma constitucional es constitucionar la coparticipación, que es un mecanismo que ha surgido de la práctica jurídico-política argentina y lo que han hecho los reformadores del año 94 es incorporarla expresamente al texto constitucional, dándole a su vez una regulación específica surgida de la propia Convención Constituyente, modificándose el ex artículo 67, que es el actual 75 inciso 2, que tiene a su vez varios párrafos donde se regula con excesivo detalle la ley convenio de coparticipación.

Pero me gustaría señalar, complementariamente, que la reforma constitucional –como ya se dijo– reformó muy intensamente el ex artículo 67, actualmente 75, introduciendo un sinnúmero de institutos en ese artículo. Ha hecho otra reforma vinculada a las finanzas públicas muy importante, que es la redacción del actual inciso 8, artículo 75. Ese inciso 8 regula otra institución financiera, que es la institución presupuestaria. Ahí se dice que es atribución del Congreso fijar anualmente el presupuesto general. Y agrega una expresión muy sencilla, muy técnica a la vez; dice que es conforme a las pautas que establece el tercer párrafo del inciso 2 de ese mismo artículo. ¿Qué es lo que está diciendo a través de esta técnica jurídica de una revisión? Que cada vez que se establezca o se fije la ley anual de presupuesto debe hacerse conforme a unas pautas –a mí entender “pautas” es equivalente a un término más técnico que es “principios”–, es decir, a los principios constitucionales que están establecidos en ese artículo 75, justamente, cuando se regula la Ley Convenio de Coparticipación. Incorporó la ley convenio y dijo que la ley convenio debe responder a una serie de principios que allí mismo se establecen. Y el inciso 8 dispone que, cada vez que tiene que dictarse la ley de presupuesto, debe hacerse conforme a estos principios.

Y de aquí me gustaría señalar dos o tres conclusiones que, generalmente, yo trato de difundir, porque creo que son muy importantes.

Por un lado, es algo muy esencial que se establezca claramente que la ley de presupuesto no es una decisión, absolutamente, discrecional del sistema político, sino que es una decisión que tiene un aspecto discrecional como toda decisión política, sin embargo, el orden constitucional incluye una regulación expresa y a esa regulación debe adecuarse el legislador cada vez que rija la ley de presupuesto.

En segundo lugar, creo que algo muy importante que establece esta revisión y si uno ve esos principios que están ahí mencionados, que en general –a mi entender– están vinculados a los tradicionales principios constitucionales tributarios, aquello que se está enfatizando es la unidad de la hacienda pública o la unidad de las finanzas públicas. Una unidad constitucional basada en principios o de acuerdo al tradicional vocabulario del artículo 4º, la unidad del Tesoro que sostiene al Estado. Como dije, acertadamente, el Dr. Casás, recordando a Alberdi, “Sin Tesoro, no hay Estado “. El Tesoro es uno de los ejes de la Constitución, práctica misma del Estado y otra forma de decir eso es el Tesoro en su unidad es un elemento esencial para la soberanía del Estado. Como se señaló anteriormente, el concepto de soberanía y de soberanía nacional son conceptos claves de nuestro Estado y de nuestro sistema constitucional.

Y no es ocioso vincular las finanzas públicas a la soberanía nacional. ¿Por qué digo esto? Porque hay ámbitos en el derecho público en donde aún resulta significativo distinguir ciertos actos del Estado, que manifiestan el ejercicio de la soberanía y otros actos, que en contraposición se denominan actos de gestión y actos de imperio. Esa distinción, que en muchos ámbitos del derecho público se ha ido diluyendo a lo largo de toda la historia del derecho administrativo y derecho público del siglo XX, aún permanece en ciertos ámbitos jurídicos, por ejemplo, al tratar y al regularse y en la doctrina respecto de la inmunidad del Estado. De forma tal que es un lugar común de las diferentes regulaciones internacionales. Así, de la ley inglesa o de la ley norteamericana de que puede haber una prórroga de jurisdicción en materia de actos estatales de gestión, no sucede lo mismo con aquellos que expresan la soberanía del Estado. Entonces, si seguimos el argumento, si uno ve que la hacienda pública hace a la soberanía del Estado, es claro que respecto a las instituciones concretas que plasman esa soberanía no corresponde la prórroga de jurisdicción. Esto sucede con las decisiones que impactan en el presupuesto, con las decisiones tributarias y sucede lo mismo con las decisiones relativas al crédito público.

¿Por qué señalo esto? Porque hoy parece ser un lugar común que las operaciones de crédito público y, más aún, algo que no es una operación de crédito público sino la decisión estatal soberana de reorganizar todo el régimen general del crédito público, por ejemplo, a través de la renegociación de los propios títulos públicos, son actos de gestión. Y como son actos de gestión pueden ser evaluados por un juez que no es argentino, sino que es un juez que forma parte de un Poder Judicial de otro Estado y donde, como vemos, el juez, como el juez Griesa, no sólo está evaluando un título público en particular sino aquello que está evaluando es la totalidad de una política pública argentina basada centralmente en las finanzas públicas que hace a la unidad financiera y que hace a la soberanía del Estado. Es algo totalmente contrario a nuestro sistema constitucional, es totalmente contrario a la propia doctrina jurídica sobre la inmunidad; jurisdicción que rige en los diferentes países y que de manera muy sensata ya lo han dicho diferentes órganos jurisdiccionales de otros Estados con anterioridad, que rechazaron demandas de bonistas, en un caso italiano, en un caso español, diciendo que la prórroga no puede jugar cuando está en juego la política de un Estado. No quiero dar muchas referencias, pero eso sucedió con la audiencia provincial de Madrid en el año 2007 y ha sucedido también con la Corte Suprema de Casación por la misma época. Dos tribunales muy diferentes entre sí, de formación jurídica muy diferente entre sí y que han señalado esta situación y era lo que, de alguna forma, jurídicamente obvia, debiera haber decidido el juez Griesa en Estados Unidos.

Entonces, unidad de la hacienda pública que está claramente expresado en el artículo 75 en la relación de los incisos 2 y 8, justamente, cuando se regula la Ley Convenio de Coparticipación. Y, brevemente, otro comentario sobre cuáles son estos principios. Se habla de dos términos muy importantes. Uno es el de equidad y el otro es el de solidaridad. Y también deben regir las asignaciones presupuestarias; es decir que las asignaciones presupuestarias tienen que responder a la equidad. Tal como nos ha enseñado el Dr. Casás y, creo que anteriormente, Dino Jarach, sólo en el término equidad hay una complejidad jurisprudencial y, obviamente, de antemano, toda una historia interpretativa, filosófica hasta el día de hoy. Pero es claro que, yendo a lo específico, financiero en materia tributaria, el término equidad ha recibido dos especificaciones. Como cuestión no justiciable, entonces, es lo discrecional del Estado, que los jueces no pueden tratar. Significado que sería absurdo que estuviese expresado en este ámbito. Y otra significación, que para mí es mucho más razonable y es la que se



refiere a la no afectación de los derechos individuales. Hoy diríamos, a todo el movimiento de los Derechos humanos surgidos en la Argentina en los años setenta en pos de la lucha contra la dictadura, nosotros hablamos hoy en un sentido simbólico, mucho más profundo de derechos humanos.

En consecuencia, lo que viene a decir la Constitución es que el sistema de coparticipación y el sistema presupuestario tienen que ser compatibles con el sistema de los derechos humanos. A su vez, las personas eventualmente afectadas pueden plantear esta discusión ante los jueces. Me gustaría señalar una situación muy, pero muy local. Algo que nos sucede y que me sucede –y hablo en mi función de titular de la defensa pública–, como ustedes saben y como ha señalado el Dr. Casás, la Ciudad de Buenos Aires tiene una grave emergencia habitacional. Pero no sólo emergencia habitacional en el sentido de que tenemos villas, asentamientos, hogares con hacinamiento, las diferentes categorías que figuran en el sistema estadístico nacional, sino que tenemos personas que, literalmente, viven en la calle; es decir, personas que, según la expresión un poco sofisticada, están en situación de calle. Esto significa que viven en las calles de nuestra ciudad. Y sucede que al menos parte de nuestro Poder Judicial nos dice que cuando nosotros litigamos no podemos poner en juego una discusión presupuestaria. El Gobierno de la Ciudad, al defenderse, sostiene que se pone en crisis el sistema financiero si atiende a estas personas. Por ejemplo, si luego de vencer diez meses el plazo del Decreto 690, uno lo continúa o situaciones semejantes. Sin embargo, a diferencia de cualquier otra cuestión jurídica y de cualquier otro planteo de un actor, en ningún caso el Gobierno de la Ciudad ha hecho una prueba empírica que significara darle la razón a esta persona o, por un cálculo estadístico, a todas las personas que están en equivalente situación y reclaman judicial o administrativamente. Efectivamente, se va a poner en crisis el sistema de las finanzas públicas. Que es lo que le pediría uno a cualquier actor, que efectivamente pruebe la situación que uno alega. Y es claro que no lo puede probar el propio Gobierno de la Ciudad. Si cuando uno hace un estudio empírico de la ejecución presupuestaria, ve que de forma sistemática, año tras año, no se ejecuta o se subejecuta casi totalmente, el presupuesto destinado a la cuestión de la vivienda. No se puede probar judicialmente porque es algo falso empíricamente de la realidad presupuestaria de todos los días. A su vez, tampoco prueba que es algo que uno podría decir que por darle o asegurarle tal derecho a tal persona, uno está dejando de financiar el derecho de otra persona que, evidentemente, está en peor situación como una madre, una persona que tiene niños, y además prueba que tampoco pudo dar. Con lo cual, ¿qué les quiero decir? Hay personas que prueban que están en la calle y yo creo que ninguna persona se va a poner a sí mismo en la situación calle y vivir en la calle para pedir un subsidio, porque es algo bastante inverosímil y, sin embargo, es por una cuestión presupuestaria que hoy está en la calle. Es algo interesante que tiene que ver con las finanzas públicas y nos muestra dos situaciones subjetivas como muy contrapuestas y simultáneas. Tenemos sujetos que hoy reclaman, tenedores de títulos norteamericanos, ante un juez norteamericano, que ha condenado a la Argentina, y eventualmente se puede poner en crisis todo nuestro sistema. Tenemos un individuo que es mucho más igual que nosotros, porque tiene muchos más derechos que todos los que tenemos nosotros acá y si a la vez tenemos personas que están litigando ante el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que tiene muchos menos derechos que nosotros, y en ambos casos está en cuestión este asunto de la unidad financiera del Estado. En algo esencial que ha dispuesto la Constitución Nacional, si uno considera que estas son estructuras de

la forma republicana del gobierno, esto se transmite a todas las constituciones y a todo el pensamiento constitucional de los ámbitos locales. En ese sentido, como se dijo antes, yo creo que más que una reforma constitucional, se trata más de desarrollar, de acuerdo a ciertos valores, aquella Constitución que ya tenemos.

Y, finalmente, la cuestión de inmunidad de jurisdicción es algo que es tradicional de nuestro sistema constitucional, está implícito en esa idea de los principios del derecho público, que ya se mencionaba en ese artículo de la Constitución y que tiene que ver, a su vez, con todo nuestro pensamiento internacional y con toda nuestra doctrina jurídica-internacional, una serie de juristas y políticos que han pensado y que uno puede decir que están incorporados como la mejor doctrina, la mejor interpretación de la Constitución. Muchas gracias.

Intervención de Miguel Alegre

Muchas gracias a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la invitación formulada. Valoro mucho esta invitación por el hecho de venir a reflexionar junto a los porteños respecto de un tema central y actual, como es la vigencia de nuestra Constitución. Y también resalto y agradezco participar en esta mesa de tan importantes panelistas, estudiosos y especialistas en el tema y créanme que estoy en un hermoso dilema. Estamos constreñidos por el tiempo y con un provinciano del interior profundo de nuestra Nación, que se expresa con lentitud. Bueno, voy a tratar de romper este estigma. Estuvimos en Santa Fe más de cien convencionales constituyentes, convocados por el gobierno provincial y el municipio de la ciudad de Santa Fe. Sabemos que Santa Fe es cuna de nuestras constituciones y de nuestra organización nacional. Y al pisar tierra santafesina, uno respira historia. El objetivo de la convocatoria, fue evaluar el desarrollo de la aplicación de la Constitución reformada. Más allá de las anécdotas al volver a reencontrarnos después de veinte años con muchos de ellos, que fue sumamente grato, lo importante fue el análisis y evaluación crítica del cumplimiento respecto de la Constitución sancionada, y obviamente fue particularmente importante escuchar a los constituyentes reconocidos en el estudio y especialización en la rama del constitucionalismo argentino, como son García Lema, Antonio María Hernández, Paixao, Hitters, el actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia Dr. Maqueda, el Dr. Rosatti, que en la actualidad es el Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Constitucional, entre otros notables especialistas en el estudio del derecho constitucional, y que han formado parte de la reforma. Como conclusión del encuentro se puede mencionar que hubo dos o tres puntos en los cuales todos estuvimos de acuerdo. En primer lugar, que la reforma de la Constitución realizada en el año 1994 fue la única o la de mayor legitimación que han conocido nuestras constituciones, por varios motivos: a la Convención Constituyente concurrieron y participaron los 24 distritos o provincias; porque en las anteriores Convenciones Constituyentes en su redacción han participado exclusivamente algunos sectores políticos de la vida nacional. Así, en la Constitución del 49 la supremacía fue del peronismo y en la del 57, del antiperonismo. En la Convención Constituyente del año 94 los disensos fueron importantes, ha participado la totalidad del espectro político, y la Constitución reformada fue jurada por la totalidad de los convencionales.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay que reconocer que la mayor responsabilidad y peso en el desarrollo y el resultado de la Convención recayó en las dos expresiones políticas mayoritarias del país: el peronismo y el radicalismo, signatarias, ambas expresiones políticas, de un



acuerdo previo que se dio en denominar Pacto de Olivos, algunos denominándola así en forma peyorativa, aunque con el transcurso del tiempo y en una mirada retrospectiva, ese Pacto de Olivos suena como una hermosa melodía al oído de quienes sentimos la democracia como forma de vida a través de acuerdos y consensos.

En segundo lugar, fue unánime la opinión de que no hay motivos para impulsar hoy reforma alguna a su texto, aunque debemos reconocer que existe un importante incumplimiento a la manda constitucional por falta de la sanción de leyes que debieron estar hace mucho sancionadas. Según el constituyente y estudioso del constitucionalismo argentino, Antonio María Hernández, dijo en la oportunidad de reunirnos en Santa Fe, que luego de un prolijo estudio y análisis estableció que se estarían debiendo veintitrés leyes para dar por cumplida la reforma de la Constitución. Coincidiendo en más o en menos con este número, no podemos soslayar la importancia, sobre todo, de una de ellas como es la Ley de Coparticipación Federal. Los doctores Casás y Corti, que me precedieron en el uso de la palabra, han desarrollado minuciosamente esta temática y con quienes comparto sus fundamentos. Tan importante es el tema de la coparticipación federal que lamentablemente hoy la inexistencia de una ley en tal sentido permite que las provincias sean destinatarias de verdaderos destratos inequitativos por parte de la Nación.

Hay una asimetría tremenda en nuestro país. La Nación Argentina reconoce y tiene enormes diferencias según su ubicación territorial. Provincias y zonas donde hay riquezas por un lado y concentración de población, y por el otro hay otros territorios distintos, donde encontramos prácticamente dieciocho provincias empobrecidas y con poca densidad poblacional. Esta es la realidad de un país territorialmente enorme y potencialmente rico económicamente, que concentra esta riqueza y esta población en un territorio relativamente menor, en perjuicio de otro extenso, con marcada desigualdad. Esta es la realidad del norte grande y del sur argentino.

Un dato que aparece como botón de muestra, pero que pinta una realidad lacerante, es por ejemplo que muchas zonas de la Argentina, en particular del norte, carecen de servicios esenciales como es el gas en red, debiendo en pleno siglo XXI abastecerse de ese fluido esencial en garrafas.

Permítanme analizar ahora un tema que considero no menor a la hora de hablar de la reforma Constitucional del 94, como es la importancia del Pacto de Olivos. Este acuerdo debemos reconocer nació con una mala prensa de sectores interesados, también con la opinión contraria de quienes participando de sectores internos de los partidos mayoritarios, no pudieron o no quisieron intervenir en ese consenso. Sin embargo, importantes autores y estudiosos del derecho constitucional argentino nos enseñan que este acuerdo de voluntades, fue el disparador y posibilitó la reforma y posteriormente la sanción de la nueva Constitución Nacional. Estos mismos autores coinciden en destacar la importancia que tuvo el Pacto de Olivos al inscribirla dentro de lo que el Preámbulo de nuestra Constitución alude como pactos preexistentes. Reconocen en él un verdadero acto pre constituyente.

Quiero extraer, rápidamente, tres cuestiones. Una es la importancia del Pacto de Olivos. Nació, reitero, con la mala prensa, nació con opinión contraria de quienes no participan por cuestiones políticas internas de los dos grupos mayoritarios. Y tuvimos que enfrentar esa situación. Sin embargo, autores y estudiosos importantes del derecho constitucional argentino nos enseñan que este acuerdo de voluntades, que se llamó el Núcleo de Coincidencias Básicas en la Constitución, este sistema cerrojo que llamaron otros porque se votaba todo junto el temario dentro del Núcleo de Coincidencias, lo cierto es que

esto posibilitó la reforma. Este fue el dato que sirvió de disparador a la realización de la Convención Constituyente y, posteriormente, de la Constitución Nacional vigente.

Dicen autores importantes del constitucionalismo argentino que, por la importancia que tiene y por la forma en que condicionó la Constitución, se inscribe dentro de lo que en el Preámbulo de nuestra Constitución son los pactos preexistentes; o sea, le da ese carácter. Más allá de su verosimilitud, analogía, etc., fue un verdadero acto pre constituyente.

Pegoraro y Zulcovsky, en el trabajo titulado *El juego anidado de la reforma constitucional argentina*, dicen que los pactos preexistentes en el Preámbulo han sido fuente instrumental a través de la cual se llegó al acto constituyente, asumiendo que el Pacto de Olivos cumplió de manera análoga ese rol instrumental para la reforma de 1994; pues de modo equivalente el pacto celebrado entre el justicialismo y el radicalismo condicionó, algo más que colateralmente, el poder constituyente originario. Este mismo criterio fue el que expuso el miembro informante en el Congreso de la Nación y que, también, recoge la Corte Suprema en el caso *Ortiz Almonacid* en el año 99.

El federalismo en la historia argentina es un tema permanente, es un tema reiterativo. Decía que el federalismo es como la novia imaginaria para los argentinos por quien derramamos ríos de tinta con poesías, tratando de convencerla de que se plasme definitivamente entre nosotros. No hay caso. Creo que cada vez esta hermosa dama se aleja más de nosotros. Hoy estamos en el punto más distante de esta relación.

Quiero reflexionar sobre dos puntos que tienen directa incidencia en el federalismo argentino. Por una parte, relacionado a la modificación del sistema electoral, introducido por la Constitución en la reforma del 94, para elegir Presidente y vice. Recordemos que fue el Colegio Electoral el sistema que nos rigió hasta ese año. Muchos han dicho que era un sistema anacrónico, que no representaba la voluntad genuina del pueblo argentino porque era una elección del segundo grado, y porque el ciudadano no votaba directamente a quien lo iba a representar, o porque se distorsionaba su voluntad, etc.

Lo cierto es que se cambió el sistema, fuimos al voto directo, por distrito único con *ballotage*. Es que era una música extremadamente linda para el oído de quienes nos gusta la democracia como sistema de vida. Votar directamente, al Presidente y vice era ejercitar un derecho propio del ciudadano argentino. Lo cierto es que este cambio produjo efectos no queridos dentro del federalismo argentino, produjo una marcada distorsión en el sistema electoral, en el que a partir de entonces, cinco distritos del país: Capital Federal, provincia de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe y Mendoza, teniendo en cuenta sus florecientes economías y por su importante densidad poblacional, definiendo el resultado de cada elección, deciden ellos el Presidente y vice, que resultarían ganadores en la contienda electoral, quedando fuera sin posibilidad de gravitar en ese sentido, dieciocho provincias de las llamadas provincias “periféricas”.

Lo expuesto queda evidenciado cuando los candidatos a Presidente y vice en campaña sólo visitan esos distritos y no la totalidad del país, con lo cual se impide que vastas zonas del territorio nacional integren los compromisos que nacen a partir de las campañas electorales, quedando fuera la posibilidad de obtener compromisos en inversiones públicas y una mejor distribución de los recursos.

El Colegio Electoral posibilitaba que esas zonas de escasa densidad poblacional tuvieran alguna cuota de compensación. Hay curiosidades. Por ejemplo, la provincia de Buenos Aires a pesar de tener aproximadamente el 37% del padrón electoral, tenía sólo un 23% de la representación del Colegio. Mientras que en el otro extremo, Tierra del Fuego con sólo el



0,2% del padrón nacional se alzaba con el 2,3% de electores del Colegio Electoral. Este era el criterio de equilibrio que impusieron los constituyentes originarios que establecieron este sistema de Colegio Electoral. De tal suerte que estas provincias que están alejadas de los centros de poder puedan acercarse un poco más a él, permitiendo que estas enormes zonas o grupos de provincias empobrecidas, puedan sentarse a la mesa donde se discuten políticas de Estado y, sobre todo, una más justa distribución de las riquezas del país. Se comparta o no lo expuesto, este es un tema a resolver. No propicio la vuelta al Colegio Electoral, porque sigo sosteniendo que como una forma de fortalecer la democracia hay que mantener este sistema de elección directa. De todas maneras, hay que dar solución a todas estas asimetrías, y creo que no es a través de una modificación de la Constitución Nacional sino a través de otros resortes que podría ser muy bien uno de ellos la ley de coparticipación federal.

El otro tema central sobre el cual me permito reflexionar es precisamente lo relativo a la falta de una ley de coparticipación federal. No voy a volver a repetir el análisis de esta cuestión, que con mucha envidia han abordado los doctores Casás y Corti, cuyas opiniones comparto. Para completar alguna información, destaco que en el año 1993, por ejemplo, la Nación retenía el 49,4% y giraba a las provincias el 50,6. Actualmente, analizado el presupuesto nacional del año 2014, la Nación se queda con el 74% del presupuesto de los fondos coparticipables, y remite a la totalidad de las provincias argentinas sólo el 26%. Por lo expuesto, estoy convencido que a la provincia de Corrientes se le impedirá nuevamente el acceso a una distribución justa y equitativa de los fondos de coparticipación, con lo que ello implica: una nueva postergación de inversiones que hagan realidad la dignidad de su gente. Tan grave y extrema es la situación que plantea la falta de una ley de coparticipación federal, redactada en términos justos y equitativos que evite tan marcada asimetría, que mi provincia (Corrientes), como otras jurisdicciones del país, han iniciado acciones judiciales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reclamando las sumas adeudadas. Sin embargo, la situación creada en la materia y la discrecionalidad en el manejo de los fondos hace que termine desistiendo de esas acciones judiciales para poder acceder a algún porcentaje de distribución de esas riquezas que a la postre nos pertenecen a todos los argentinos.

Finalmente, quería reflexionar sobre el tema del acuerdo entre radicalismo y peronismo o Pacto de Olivos o como se prefiera nombrar, porque tuvo y tiene trascendencia en la evaluación de lo realizado y de lo que falta hacer. No tengo dudas que dicho acuerdo fue transparente y legítimo, llevado adelante por los sectores mayoritarios de la vida política argentina. Fue legítimo que un sector pretendiera la reelección de su candidato, y fue absolutamente legítimo que otros quisieran la incorporación de institutos, de nuevos derechos en el texto constitucional. Fue un acuerdo político que sólo excluyó a sectores minoritarios, algunos de ultraderecha y otros que, respondiendo a intereses de internas partidarias, no aceptaron la situación creada. La Constitución reformada en 1994 puede hoy lucir la incorporación de un cúmulo de derechos que protegen a la persona humana, colocando a la Nación Argentina dentro de los países que tienen una Constitución Nacional vigente de las más avanzadas del mundo.

El acuerdo político denominado Pacto de Olivos tiene tres etapas: la etapa pre Constituyente, la Convención Constituyente propiamente dicha, y la post Constituyente. Se han cumplido dos etapas con satisfacción. Nos queda la tercera, gran deuda, y está referida al cumplimiento de los mandatos constitucionales, vale decir, a la sanción de todas las leyes que la propia Constitución señaló debían sancionarse. Son cerca de veintitrés leyes reglamentarias, que debe el Congreso de la Nación sancionar con premura para cumplir con la manda constitucional. Desde la ley de coparticipación federal, pasando por otro sinnúmero de normas que son esenciales para que esta Constitución tenga el pleno ejercicio de todos los derechos ciudadanos.

Me animo a dar un paso más. No es sólo el incumplimiento por parte del Congreso de la Nación. Creo que la responsabilidad última descansa en la dirigencia política de los sectores que han suscripto el Acuerdo o Pacto de Olivos, en especial los mayoritarios: Unión Cívica Radical y Partido Justicialista. Este acuerdo está incumplido si no se completa la obra, y la obra se completa sancionando todas las leyes que hacen operativa la reforma de la Constitución. Debemos reconocerlo sin avergonzarnos. Aquellos niveles de consensos alcanzados en la reforma del 94 se cambiaron por profundas confrontaciones entre la dirigencia política. Esta práctica nos aleja si pretendemos cumplir con la Constitución Nacional reformada en el año 1994. Empero, es más grave aún, nos coloca en mayor distancia de construir un país en el que podamos vivir con dignidad los 40 millones de argentinos y las futuras generaciones. Nada más, muchas gracias.

Intervención de Andrés Gil Domínguez

Muchas gracias. Para mí es un gran gusto. Quiero agradecer al Dr. Alejandro Amor y al Dr. Raúl Gustavo Ferreyra la invitación cursada.

Para mí es un poco problemático poder desarrollar integralmente las ideas, porque tenemos poco tiempo y, fundamentalmente, porque cuando a un simple constitucionalista lo invitan a hablar sobre tributarismo fiscal con Casás y Corti es como que te digan entrá a armar juego con Neymar y Messi. Así que voy a tratar de jugar un poquito de Pedro, de Alex Sánchez o de Guardiola, tocando un poco.

Cuando uno piensa en el federalismo argentino, el federalismo argentino tuvo varias posibilidades de desarrollarse y varias concreciones históricas. El primer federalismo argentino o uno de los primeros intentos de federalismo latinoamericano es el que propuso Artigas en la Asamblea del año XIII. Era un federalismo confederativo, un federalismo con una fuerte presencia de las provincias, un federalismo que preveía el derecho a secesión y un federalismo donde ya se contemplaba que la capital no tenía que ser la Ciudad de Buenos Aires; por eso lo echaron a Artigas. Este federalismo fue retomado por la obra de Dorrego y así terminó Dorrego. Y cuando Alberdi pensó en las bases, la construcción, la organización del poder y la incorporación de un federalismo a tono y a consecuencia con esa idea que tenía Alberdi, quizás tomada y compartida con Simón Bolívar y con Bello, de construir una división de poderes con frenos, contrapesos y donde el Presidente o presidenta tuviese un mayor peso, un presidencialismo fuerte. Porque Alberdi decía hay que construir un presidencialismo donde tengamos un monarca vestido de Presidente. Lo que proponía Alberdi era un federalismo unitario y centralista, parece un oxímoron, pero era un federalismo fuertemente centralista. La Constitución de 1853 en algunos aspectos sigue a Alberdi y en otros aspectos se aleja de Alberdi. Y, fundamentalmente, donde se aleja es en el actual artículo 75 inciso 18, donde, ¿para qué se organiza el federalismo? Para aspirar al adelanto y progreso de las provincias y, entre otras cosas, se hablaba en esa época de desarrollar los trenes. Fíjense que si faltan leyes de desarrollo desde 1994, tenemos omisiones de desarrollo estructural desde 1853, por lo menos, con los trenes. Parece que falta. “Patilla” los liquidó a todos.

En 1860 la Convención Constituyente o el cierre del período constituyente originario, de alguna manera, profundiza el alejamiento del federalismo centralista y apuesta a un federalismo político pleno. Un intento de desarrollo político pleno. Por lo menos desde



la textualidad. Entre otras cosas, se elimina esto de que el Congreso iba a revisar a las constituciones provinciales para ver si se adecuaban o no se adecuaban. A partir de ese momento, el desarrollo del federalismo argentino tuvo la concepción centralista de quien ocupó el poder. Porque hoy se habló de una gran característica: han habido en nuestro país unitarios unitarios, federales unitarios, demócratas unitarios y dictadores unitarios. Difícilmente hemos tenido a alguien, realmente, con sentido federal.

Entonces, el desarrollo —a partir de ese momento en adelante— histórico del federalismo no estuvo centrado tanto en la discusión económica, porque sí las provincias podían tener problemas, pero podían generar sus propios recursos y cuando no alcanzaban estos recursos pedían auxilio al Estado federal. La discusión, entonces, del desarrollo del federalismo, estuvo centrada en el desarrollo político del federalismo. Y las herramientas para interdictar ese desarrollo político durante ese momento histórico, siglos XIX y XX, fueron las intervenciones federales; pero no ha habido una discusión acabada o profunda sobre la otra cara —como muy bien expresó Casás— que es la generación de recursos. Es un federalismo genuino, es un alto nivel de capacidad política autonómica y la generación de los recursos que puedan satisfacer esta capacidad de desarrollo autonómico. Y entrado en el siglo XX, con la mira puesta en la plena satisfacción del sistema de derechos, porque ya la cláusula de progreso nos planteaba con otro lenguaje, con un lenguaje más del siglo XIX, para qué era el federalismo. El federalismo era para satisfacer los derechos de aquellos que habitaban en las provincias y quién mejor que el que gobierna una provincia para que satisfaga directamente a aquellos que habitan en las provincias y no el Estado federal.

Entonces, ese desarrollo de la autonomía política del federalismo con sus grandes discusiones y debates en términos de descentralizar más el poder y reconocer la autonomía provincial es un largo debate que hasta llegó a la Corte Suprema de Justicia. A principios del siglo XX también el centralismo se dio cuenta de que había otra cara menos visible hasta ese momento, que era la captación de los recursos. Y se olvidó de la guerra civil que tuvo el pueblo argentino por la discusión de los impuestos externos por la exportación y la importación, por el manejo de la aduana y centró los ojos en los recursos que generaban las provincias. Y así se generó una práctica de captación de esos recursos que fue aumentando en el tiempo y que se disfrazó eufemísticamente del título de coparticipación federal. Esto es un papá Estado bueno que recauda todo y después filantrópicamente distribuye la torta. Con esta problemática llegamos a la reforma de 1994. Con la problemática de cómo volver a un federalismo real y cómo evitar las distorsiones del centralismo o unitarismo hacia aquellos ejes del federalismo. Entonces, la Convención Nacional Constituyente tenía la posibilidad de organizar el poder de una manera distinta, en términos de lo institucional y en términos de lo económico en relación al federalismo.

Yo voy a permitirme disentir, respetuosamente. A mí me parece que el Pacto de Olivos, en términos deliberativos ideológicos, fue un pacto oscuro, a espaldas de la sociedad, poco discutido, de cúpulas contradictorias y que la parte cerrada que no se podía discutir era todo o nada, y tuvo la posibilidad histórica de organizar el poder para satisfacer los derechos, nos ha dado los peores resultados en estos veinte años por una pésima técnica de ingeniería constitucional. Y pasa con los DNU, y pasa con la composición del Consejo de la Magistratura, y pasa con la resolución de las relaciones económicas entre las provincias y el Estado federal. Si alguien me dice que era imposible, yo se lo respeto. Solamente, siempre digo que dos años después en la Biblioteca Nacional se sancionó una Constitución, que todos esos vicios los modificó, que desde la perspectiva de ingeniería constitucional funciona distinto.

Entonces, el Pacto de Olivos, la reforma de 1994, planteó algunas cuestiones positivas en términos de desarrollar la autonomía política del federalismo, la autonomía municipal, aunque en la provincia de Buenos Aires todavía estamos esperando que reforme su Constitución y la establezca, pero sigue siendo una Constitución provincial centralista y unitaria. Estableció la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, le dio a este nuevo sujeto de la relación federal una impronta política normativa simbólica muy importante. Estableció las regiones con la idea de configurar el desarrollo económico y social. La posibilidad de que las provincias celebren convenios internacionales, siempre y cuando no afecte el crédito público, que sea el Estado el que te diga que sí o que no cuando vos te quieras autofinanciar. Estableció que el dominio de los recursos naturales es originario de las provincias.

¡Bárbaro! Uno diría: un cierre espectacular. Ahora, el problema es el 75 inciso 2. Porque aquello que era discutido de paraconstitucional o inconstitucional o afectación de la vitalidad del federalismo era la coparticipación federal, ¿qué hizo?, se constitucionalizó con una fórmula que es de pésima ingeniería constitucional, porque es de casi imposible concreción política. Primero, porque no participa la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Segundo, porque hay un mecanismo complejo con mayorías agravadas y con ratificación posterior de todas las provincias. Está en cero, porque por más que esto se hiciera, nada garantiza que después se vaya a cumplir.

En este esquema, uno piensa menos mal que en esa época no se discutía mucho de la corrupción, porque si no también se hubiera constitucionalizado, porque si en realidad esto que era la gran afrenta del centralismo al federalismo se constitucionaliza, en vez de volver a la doble fuente o un sistema parecido de doble fuente de generación, distribución y goce de recursos propios por parte de las provincias, se concreta algo que es o se establece algo de imposible concreción. Tal vez en dos años nos juntemos y celebremos un congreso de veinte años del no dictado de la ley de coparticipación federal. Faltan dos años.

Algunos datos para finalizar. En el año 2003, Naciones Unidas presentó un trabajo donde se evaluaban varios índices de la Argentina, en general. En el 2003 sólo en cinco de las veinticuatro jurisdicciones del país se genera el 85% del Producto Bruto Interno, menos del 2% de la inversión privada de las quinientas grandes empresas del país se canaliza hacia las provincias más rezagadas. El 65% de las exportaciones corresponden exclusivamente a tres provincias: Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba. Y viene diciendo hace años Molina Hernández dentro del radio de 500 kilómetros a partir de la Capital Federal, nos encontramos con que el 80% de la riqueza está allí y el 20% restante se asienta en el resto del país.

Efectos políticos, algunos. Económicos, ninguno. Sociales, devastadores. Y que posibilitan que desde el centralismo, esté quien esté, cuando hay que discutir, por ejemplo, la nueva ley de hidrocarburos, a pesar del 124 y a pesar de la titularidad de los recursos naturales por parte de las provincias, es un proyecto centralista donde el Estado federal tiene la máxima, la última y toda la palabra.

A modo de síntesis, después de veinte años, yo a mis amigos convencionales constituyentes siempre les digo, yo no voy a discutir los porqués de ustedes en cuanto a la confección de las normas de la organización del poder en la Convención Nacional Constituyente, porque sería una impertinencia. Yo no estuve, no sé qué pudieron hacer. Uno cree que podría haber hecho otra cosa, pero eso es indiscutible. Ahora, yo puedo discutir que a veinte años de la reforma constitucional, en ciertos temas, en vez de haber atenuado el presidencialismo, incrementado o acentuado el federalismo, los efectos son totalmente distintos.

Y, para terminar, frente a la propuesta reforma constitucional, oportunidad, no creo que sea oportuna, necesaria, sí. Conveniencia, me aterroriza. Muchas gracias.



DEUDAS Y LOGROS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1994.

¿LIDERAZGO CONSTITUCIONAL DEL ÓRGANO PRESIDENCIAL A DEBATE?

Intervención de Rodolfo Barra

Muchas gracias a los organizadores por esta oportunidad de compartir este momento con ustedes y con el Dr. Gil Lavedra. Para mí es un gran honor tenerlo a mi derecha y compartir con él sus opiniones y sus comentarios.

Estamos recordando estos veinte años de la reforma constitucional de 1994. No debemos hacer mucha retórica para ir concretamente a los temas que nos interesan, pero sí simplemente señalar que tuvo dos aspectos muy positivos. El primero es su origen, porque partió de un gran consenso entre los partidos mayoritarios, que representaban en ese momento la mayor parte del pueblo argentino. Este consenso de origen (de origen y de ejercicio, por el clima de consenso vivido durante el desarrollo de la Convención) no fue muy común en nuestra historia, sobre todo en nuestra historia constitucional. Ni siquiera en la Constitución de 1853, de excelente composición y, gracias a Dios, todavía vigente, pero fue también el triunfo de una parte sobre otra, para no decir todo lo demás que ocurrió en nuestro país. En el caso de 1994 no fue así, porque fue fruto del consenso, fruto de la cualidad y la calidad de estadistas, de dos grandes Presidentes argentinos (el Dr. Alfonsín y el Dr. Menem). Luego, durante el desarrollo de la Convención, esta fue modelo en cuanto al trato de los distintos convencionales, la armonía y el respeto con que se trabajó. La Constitución fue votada por unanimidad, lo que también es algo muy valioso para destacar. También la reforma de 1994 tiene aspectos muy, muy importantes en su contenido. Es un rediseño de muchas cuestiones, sobre todo en materia del equilibrio entre poderes, el sistema

de controles y balances, que fue no modificado —se mantiene la sustancia de lo que fue el diseño de los padres fundadores—, pero sí tocado, retocado, adecuado conforme con la práctica de 150 años, otorgándole una estructura bastante original que todavía requiere de tiempo, de práctica, a pesar de que ya pasaron veinte años y —al revés de lo que dice el tango— veinte años es bastante, por lo menos es suficiente; ya deberíamos estar aplicando todas normas, pero no pasa eso porque los argentinos tenemos, entre tantos defectos —tenemos también muchas virtudes—, el de que no somos muy afectos a cumplir con las normas.

El gran punto de este rediseño reside en la incorporación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, que ha modificado en el texto constitucional el papel del Presidente. De manera que la conducción superior de la estructura o sector gubernamental que depende del Poder Ejecutivo queda como en dos niveles: uno es un nivel de conducción superior y otro es el nivel de la jefatura de la administración pública. La conducción superior le corresponde al presidente, que está así desligado de la tarea de ejercer de manera permanente, constante, esta compleja actividad que es la administración, y puede entonces cumplir con este papel tan especial que le da el artículo 99, inciso 1º, cuando lo califica de jefe supremo de la Nación. Esta calificación no se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos, que tiene un presidencialismo sin retórica, fuertísimo; en definitiva, el Presidente de los Estados Unidos debe ser, junto con el Papa, la persona más importante del mundo. Ellos no necesitan la retórica, nosotros tenemos más esta costumbre. Entonces, jefe supremo de la Nación, Jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país, según lo define el citado 99.1. Fíjense ustedes que sobre la misma materia, la “administración general del país”, la Constitución contempla dos órganos con dos funciones: uno, el órgano presidente, que es responsable político de esa materia, la administración general del país, y el otro, el órgano Jefe de Gabinete de Ministros, que es el que ejerce la administración general del país, de acuerdo con el artículo 100, apartado 1º. Uno es el responsable político ante toda la Nación, otro es el que lo ejerce, sin perjuicio de su, también, responsabilidad política, aunque está limitada al Congreso.

El jefe de Gabinete es el único ministro nominado por la Constitución. La cantidad de ministerios y sus competencias están encomendadas —ustedes lo saben muy bien— al Congreso. El jefe de Gabinete, en cambio, es un ministro que no puede faltar en la ley de ministerios. En la ley de ministerios puede faltar el Ministerio de Economía, pero el que no puede faltar es el ministro jefe de Gabinete. Y sus competencias están en el artículo 100 de la Constitución, no está encomendado al Congreso establecerlas. Él es el jefe del resto de los ministros. Esto puede ser discutible; hay un dictamen muy temprano de la Procuración del Tesoro Nacional —en ese momento era Procurador del Tesoro el muy buen jurista Rodolfo Díaz, también convencional constitucional— con el que, sin embargo, no estoy de acuerdo, ya que en ese dictamen se dice que es un ministro como otros. Si bien el artículo 100, en su inicio dice “el jefe de ministros y los demás ministros”, lo que puede dar lugar a aquella interpretación que critico, sin embargo, el nombre “Jefe de Gabinete de Ministros”, la incorporación constitucional —está en la Constitución, es un órgano de la Constitución—, sus competencias y sobre todo la encomienda que le hace la Constitución de ejercer la administración general, indica que es el órgano donde se concentra toda la actividad de la administración pública.

La administración general del país es el ámbito del Gobierno federal, que la Constitución y la ley (especialmente la de ministerios) otorga en competencia a los ministerios y otros



entes en ellos incardinados. Pero en realidad, toda ella —es la expresión genérica del Art. 100— se encuentra encomendada al jefe de Gabinete. La Constitución concentra en él toda la competencia administrativa, sin perjuicio de que luego, la ley de ministerios distribuye la misma competencia en las porciones de competencia que otorga a cada uno de los ministros. Así, el jefe de Gabinete es el órgano de concentración de todas las competencias administrativas que el Congreso pueda establecer. Es decir, él tiene la prerrogativa de avocación, en la medida en que no haya una norma que lo prohíba —y si hay alguna norma que lo haga, deberíamos revisar su validez constitucional—, sobre las competencias de cualquiera de los ministros, precisamente por ejercer la administración general del país.

El Presidente, en cambio, es el jefe supremo de la Nación. Es difícil saber bien qué han querido decir nuestros constituyentes de 1853 con esta expresión. Quizás fue una afirmación política frente al caudillismo: mostrarles a estos caudillos de provincia que había una autoridad central que era más que ellos, en cierto sentido. Recordemos que todavía no estaba tan cimentada la unión nacional. De todas maneras, si hoy comparamos esa Constitución con textos como la Constitución de España, o la Constitución Italiana, una monarquía, otra república, el rey o el Presidente —en el caso de la república—, cumplen el rol de jefes supremos de la Nación. “La Corona Española encarna la nación” dice algo así la Constitución del 78 y, de alguna manera, el texto constitucional de 1948 de Italia indica lo mismo para el Presidente de la república.

En nuestra Constitución, el Presidente es también el Jefe de Gobierno, y acá hay que hacer una salvedad, porque el gobierno en nuestro texto constitucional se encuentra formado por los tres poderes. Aunque nosotros normalmente decimos —equivocadamente— “gobierno del Presidente Alfonsín”, “gobierno del Presidente Kirchner”, en realidad, tendríamos que decir, como hacen los norteamericanos, la “administración de Alfonsín”, la “administración de Kirchner”. El Gobierno, así lo establece la Constitución, está dividido en los tres poderes. Por eso, aunque en realidad no se trata de una “jefatura”, el Presidente por su calidad de jefe supremo de la Nación, mantiene sobre todo el Gobierno el impulso de conducción, el *indirizzo* del que hablan los italianos. Esta es figura destacada del Presidente en un sistema como el nuestro, o en un sistema como el de los Estados Unidos.

Con respecto a la administración, el Presidente guarda nada más que su responsabilidad política. No es una responsabilidad jurídica, es sólo política; yo creo que sobre todo frente al pueblo, en caso de una mala administración o mala gestión administrativa. En cambio, el jefe de Gabinete tiene —como lo dice la Constitución— responsabilidad política ante al Congreso. ¿Cómo ejerce el Congreso esta facultad? La Constitución prevé un mecanismo muy fuerte. El jefe de Gabinete está obligado a ir una vez por mes, de manera sucesiva a cada una de las Cámaras, a exponer ante ellas. Puede ser también sujeto a una moción de censura por parte del Congreso, que es ya una advertencia que por elevación va al Presidente, porque el Presidente es el responsable de que ese señor jefe de Gabinete esté en ese puesto. A diferencia de los sistemas parlamentaristas, en nuestro sistema, el jefe de Gabinete es un ministro del Presidente, al que designa como a los otros ministros, por su exclusiva voluntad. Distinto es en Estados Unidos, por ejemplo, donde los “ministros secretarios” requieren, para su designación, de la conformidad del Senado.

Además de la facultad de censura que tiene el Congreso sobre el jefe de Gabinete, éste puede ser también removido sin causa. Aquí la Constitución de 1994 hizo una importante aclaración, aunque no expresa, porque el jefe de Gabinete puede ser sometido al llamado juicio político, que en realidad es un juicio de responsabilidad, que es con causa y con

proceso de tipo judicial, o bien a la remoción —del artículo 101— sin causa, por la exclusiva voluntad de una mayoría calificada por parte del Congreso. Es decir, el jefe de Gabinete puede ser sometido a responder ante el Congreso. Es el único ministro que puede ser removido por el Congreso sin causa, sin juicio, sin necesidad de *impeachment*.

Piensen ustedes, desde un punto de vista práctico, como podría ser esto. Digo podría, porque en veinte años no se aplicó demasiado. De acuerdo con el artículo 85 de la Constitución —y este ha sido también un gran logro de la reforma del 94—, el control externo del sector público nacional, es decir, de toda la administración pública —incluidas las empresas con propiedad del Estado nacional— está en manos del Poder Legislativo. El Congreso, sin embargo hace a veces cosas “locas” —perdonen que use esta expresión—, como en el caso de YPF, que está exenta de la aplicación de la ley de administración financiera, lo que contradice esta norma constitucional. Entonces, decíamos que este control externo, en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros, operativos, la gestión de la administración pública de todo el sector público nacional, le corresponde al Congreso. Esta tarea la puede hacer de oficio y a su sola voluntad o a través de la Auditoría General de la Nación, salvo en lo que se refiere al estudio de la cuenta de inversión, que requiere obligatoriamente la intervención de la Auditoría. El Congreso recibe los informes de la Auditoría, a través de la Comisión Bicameral Revisora de Cuentas. Estos informes que son normalmente muy sustanciosos, muy buenos, y no tienen que ver con la política, ni tampoco con la corrupción, porque la Auditoría no es un fiscal, sino es un control de auditoría y de gestión, además de legal y financiero, etc. La Comisión Bicameral debería hacer un informe para las Cámaras y las Cámaras pedirle cuentas al jefe de Gabinete cuando va mensualmente a hablar con ellas. Como resultado de ello, eventualmente, con posibilidad de censura y remoción.

Yo no sé qué hace la Comisión Bicameral con aquellos informes. No sé si alguna vez el jefe de Gabinete ha sido preguntado sobre la base de estos informes de auditoría. Sin embargo este es un punto importantísimo de la reforma, es un poco la columna vertebral del sistema de control y de este rediseño de los *checks and balances* que ha hecho la reforma del 94. En el sistema de separación de poderes que resulta de la reforma de 1994, no solamente están presentes las funciones legislativa, administrativa y judicial. Creo que es posible aislar también en la Constitución la “función presidencial”, porque el Presidente tiene variadas competencias que nada tienen que ver con la administración general del país, en el sentido mencionado más arriba. El Presidente participa de la formación de las leyes —esto no es una actividad administrativa—; por supuesto que las competencias cuasi legislativas que tiene a través del decreto de necesidad y urgencia no son una actividad administrativa; indultar y computar penas no lo es; nombrar y remover embajadores y ministros no lo es; hacer las aperturas de las sesiones ordinarias del Congreso no lo es; prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso, nombrar jueces, etc., no son funciones administrativas; es otra actividad, otra competencia, encarnada en una especie de función —no vamos a detenernos a hablar de esto ahora porque sería un poco largo—, que ahora es posible distinguirla frente a la función administrativa atribuida al jefe de Gabinete. El Presidente también, por supuesto, hace cumplir las leyes, pero el jefe de Gabinete es el que por las leyes y sometido a la ley tiene que administrar.

Se ha hablado mucho —hoy leía una declaración de Carlos Corach, que tuvo también en la Convención Constituyente un papel destacadísimo como jefe de la Comisión Redactora— de esta tendencia al “híper-presidencialismo”. Creo que el espíritu con que fue sancionada la ley declarativa de la necesidad de la reforma y luego concretada esa reforma constitucional



en el sentido de limitar el presidencialismo, fue cumplido en el texto de la misma. Si bien, por ejemplo, el Presidente tiene la posibilidad de dictar decretos de necesidad y urgencia, por lo pronto, la Constitución le dice en qué casos esto no puede hacerlo; y segundo, lo somete a un sistema de revisión por el Congreso de manera inmediata, obligatoria, que puede también anular el DNU en caso de que este no sólo sea inconstitucional en su contenido, sino por resultar, a juicio de los legisladores, un exceso en la atribución constitucional, o simplemente por no estar de acuerdo con lo decidido.

Por otra parte, cuando el 99, inciso 3º dice que el jefe de Gabinete es el que lleva el decreto de necesidad y urgencia al Congreso, no está pensando en un cadete o un mensajero, está pensando en que es ministro-responsable, va a explicar el decreto, se va a hacer, precisamente, responsable del DNU. Otra vez aquí, el artículo 101 habilita a que, si el Congreso se cansa por el abuso de los DNU, puede aprobar una moción de censura y puede también remover al jefe de Gabinete. La reforma delimitó el instituto de los DNU que ya existía en nuestra práctica constitucional, aunque era abierto e indefinido: se aplicaba y se practicaba sin mayores controles. Definió el sistema de la delegación legislativa con una prohibición general y excepciones, que le ha permitido a la Corte, por ejemplo, definir con toda claridad —a pesar de que la reforma no lo dice tan expresamente— que no puede haber delegación legislativa en materia tributaria. Definió el sistema de la promulgación parcial de las leyes, que también se practicaba antes: había veto parcial y, por lo tanto, promulgación parcial, pero ahora le puso condiciones y lo somete, como con los DNU, nuevamente al control del Congreso. Lo que pasa es que el Congreso no ejerce sus competencias, pero ese es un problema de los legisladores y nuestro, que los elegimos, no del texto constitucional. El Presidente tiene, entonces, competencias para impulsar el gobierno general del país, para cumplir con ese papel es jefe supremo de la Nación y Jefe de Gobierno en el sentido de impulsor, conductor. Por eso, aunque lo hace a través de jefe de Gabinete, él también es responsable político de la recaudación y distribución, por la vía de la coparticipación, de los impuestos. Lo que ocurre es que la coparticipación tampoco se cumple, porque hoy, por una vía o por otra, no se respeta ni siquiera el piso mínimo de la ley de coparticipación federal. Esto también es algo que el Congreso no vigila, no controla, no dice nada, a pesar de que está observado por la Auditoría General de la Nación.

Por ello, a diferencia de los que hablan de “hiper-presidencialismo”, yo creo que, en la práctica, estamos ante un “hipo-parlamentarismo”, “hipo-congresismo”, porque los legisladores no quieren cumplir con su rol, y el poder no admite vacíos; el poder tiene que ejercerse, y la comunidad así lo exige. Si el Congreso no cumple con su parte, alguien lo va a hacer, y seguro, porque el diseño constitucional así lo permite, va a ser el Presidente. Creo que la práctica tendrá que ir modificando estos vicios.

Nada más porque queremos escuchar al Dr. Gil Lavedra. Muchas gracias.

Intervención de Ricardo Gil Lavedra

Muchas gracias. También quiero, en primer lugar, agradecer a la Defensoría del Pueblo por haber tenido la iniciativa de hacer este encuentro para conmemorar los veinte años de vigencia de la enmienda constitucional. Les agradezco también la posibilidad de compartir este panel con Rodolfo Barra, que también fue ministro de Justicia en la época en que se hizo la reforma, y con quien tengo mucho gusto en intercambiar puntos de vista.

Se nos ha pedido que echemos una mirada acerca del que –yo creo– es uno de los temas neurálgicos, cruciales, del sistema político, que es la cuestión del presidencialismo. Yo les debo adelantar que tengo una mirada un tanto escéptica respecto de esta cuestión. Por cierto, trataré de explicarles por qué veo que es un tema para nosotros, para los argentinos, muy complejo de dilucidar. Digo complejo de dilucidar, porque ocurre que el presidencialismo presenta una cierta tensión. Por un lado, se le reprocha que no cumpla los ideales de deliberación pública, que le falta carácter republicano, porque concentra en exceso el poder, etc. Pero, por el otro, a veces se les reprocha a los Presidentes ser ineficaces, ineficientes, no gobernar, que no pueden llevar adelante su plan. Esta tensión, producida por estas dos miradas respecto de la institución, no es tan sencilla de resolver, y creo yo que la reforma de 1994, que trató de dar pasos sinceros en esa dirección, en tratar de buscar una síntesis entre un Presidente republicano, pero que a la vez fuera eficaz, hasta el presente por lo menos, no ha dado resultados.

Como ustedes saben, la Constitución Argentina y todas las latinoamericanas que se sancionaron en el siglo XIX tomaron en ese momento, como modelo, la Constitución de Estados Unidos del siglo anterior, que había establecido por primera vez, apartándose de la tradición continental, en la cual el poder reposaba en las repúblicas monárquicas, un Presidente muy fuerte, dentro de un sistema de equilibrio y balance de los poderes. La discusión acerca de si el presidencialismo era el sistema más conveniente dentro de la conformación de la estructura del sistema político se fue desarrollando, muy intensamente, a partir de la recuperación democrática en el año 1983. Hay un antecedente previo, en el año 1974, es decir, durante la presidencia de Perón, cuando se llamó a una ronda de consultas entre los partidos políticos, para discutir la posibilidad de cambiar el régimen presidencial por un sistema parlamentario, proyecto que se frustró con la muerte de Perón. Como ustedes saben, en los sistemas parlamentarios, todo el poder reside en el Parlamento, y el gobierno es del Parlamento, que es el que designa quién se hará cargo de la jefatura de gobierno, un primer ministro, pero que pertenece al Parlamento. Y la jefatura del Estado la tiene un rey, la tiene un Presidente, que tiene funciones, más o menos importantes, según el caso de que se trate. Pero el gobierno está a cargo del Parlamento, a través de este primer ministro. Cuando cambian las preferencias populares, y cambia la composición del Parlamento, cambia el gobierno. El gobierno tiene que ser, entonces, fruto de los acuerdos entre los distintos partidos políticos, para poder formar las mayorías necesarias y poder gobernar.

En el presidencialismo, hay una fuente de legitimidad dual; por un lado, el Congreso y, por el otro, el Presidente, ambos votados por el pueblo. Hay una separación estricta entre los poderes del Estado y, en consecuencia, este sistema trae aparejado algunas situaciones que –según las ciencias políticas– se pueden presentar. Por ejemplo, en el caso de que el Presidente esté en minoría parlamentaria, pueden producirse bloqueos, en los cuales el Presidente no puede llevar adelante su plan de gobierno porque el Congreso se lo bloquea. En el sentido contrario, sucede también que en momentos de crisis, el presidencialismo no tiene fusible, en consecuencia, la crisis lo arrastra al Presidente, precisamente porque no hay nadie que pueda poner el pecho ante los acontecimientos. Es así que toda situación de crisis se lleva por delante al Presidente. Se le critica también que el presidencialismo es un sistema de lo que se denomina de suma cero, es decir, el que gana la presidencia ganó todo, y el que pierde, al desierto. Por lo tanto, es un sistema que no favorece la cooperación, al contrario, estimula la confrontación, porque el que perdió trata de que al Presidente le



vaya mal, para poder ganar el premio mayor la próxima elección. De esta forma, el poder no se distribuye de ninguna manera. Una cuarta característica es la personalización del poder; el Presidente concentra sobre sí tal cantidad de decisiones y de facultades, que trae aparejada ineficiencia en la toma de decisiones, porque las toma uno solo. Otra es la posibilidad de cooptación, cuando uno coopta al Poder Ejecutivo, coopta al Gobierno entero. Por supuesto, que esto de ninguna manera se condice con una democracia basada en la deliberación, en la búsqueda de consensos.

A estas características, cuando en la década del 70 y del 80 se comienza a estudiar el presidencialismo, se le agregó, de parte de un español, que era profesor de la Universidad de Yale que había estudiado mucho el tema, Juan Linz, que los presidencialismos habían sido muy frágiles e inestables y que –por ello– las democracias presidenciales no habían podido subsistir. Recuerden que en esa época, todos los países latinoamericanos tuvieron, entre las décadas del 60 y del 80 –salvo Venezuela–, dictaduras militares. Y muchos de ellos habían tenido irrupciones anteriores. Él mismo, y otros estudiosos, distinguen al presidencialismo norteamericano, diciendo que el de Estados Unidos era el único presidencialismo exitoso y estable en el mundo. Lo cierto es que todos estos debates sobre presidencialismo llevaron a que en la década del 80 se discutiera mucho en la región sobre la conveniencia de mantener o no este sistema.

Durante la administración del Presidente Alfonsín –ustedes recordarán–, se creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, para emitir un dictamen fundamentalmente destinado a ver cuál era el mejor sistema político. Las conclusiones de este dictamen llevaron a tratar de ir hacia un sistema mixto, más similar al francés –que es un semipresidencialismo– en el cual, sin salir de la figura del Presidente, se desconcentra la jefatura de gobierno en un primer ministro, responsable frente al Congreso. Recordarán, también, que en esa década del 80, una vez que salió a la luz el dictamen del Consejo de la Consolidación de la Democracia, el Presidente Alfonsín trató de buscar acuerdos con las otras fuerzas políticas para llevar adelante la reforma. En aquel momento, cuando ya expiraba su presidencia, se llegó a varios acuerdos. También se hizo una ronda de consultas en el Ministerio del Interior. Hubo varios pronunciamientos de gobernadores justicialistas que estaban de acuerdo en la necesidad de la reforma, aunque poniendo mayor acento en las cuestiones federales. No compartían plenamente el salir del presidencialismo, pero de todos modos, en aquel momento, el justicialismo pregonaba la figura de un ministro coordinador, que pudiera aliviar tareas al Presidente, coordinando el gabinete, etc., sin avanzar mucho más allá y sin darle la posibilidad de la jefatura de gobierno. Estas conversaciones, o estos intentos de acuerdo, se frustraron. Sobrevinieron luego las elecciones de 1989 con el ascenso del Presidente Menem al gobierno del país.

La reforma del 94 es explicable por un motivo exclusivamente político. Esto fue así porque las reformas constitucionales no son producto de laboratorio, no son producto de gabinete. Se materializan y se llevan a cabo por intereses crudos, por intereses políticos, y es razonable que así sea. En el caso concreto de la reforma de 1994 –que fue una enmienda bastante amplia, no fue una simple reforma– tuvo como motor principal la reelección presidencial. El Presidente Menem aspiraba a la posibilidad de ser reelecto otro período. Y para esto, obviamente, pujó políticamente, incluso el Congreso sancionó una ley reglamentando cuál era la mayoría necesaria para declarar la necesidad de la reforma; se llamó a una consulta popular para que la gente opinara si era necesaria o no la reforma constitucional.

En ese contexto es que sobreviene el denominado Pacto de Olivos. Sinceramente, creo que la reforma del 94 tiene un enorme mérito y una legitimidad inocultable, es decir, es una reforma absolutamente legítima, de las cuales en la Argentina pocas veces se ha tenido, por más que el consenso que la llevó haya sido un consenso no totalmente voluntario, sino que haya sido un consenso forzado; porque en términos políticos fue reelección contra, es decir, reelección por un lado a cambio de introducir algunos cambios en el sistema político. ¿Qué cambios? Obviamente, los que el radicalismo venía persiguiendo desde la década de los ochenta y tenían que ver con la posibilidad de atenuación del presidencialismo. Por esa razón, en esa reforma del noventa y cuatro se vuelve a las conversaciones que se habían mantenido en el año ochenta y ocho. Y muchos de los acuerdos a los que se había llegado reaparecieron nuevamente en la enmienda del noventa y cuatro. Por supuesto que la reforma fue mucho más que eso, y por supuesto que hay muchísimos otros temas en los cuales hubo consenso entre las fuerzas políticas para poder llevarlos a cabo.

También tengan en cuenta que muchas de las propuestas que hacían los gobernadores justicialistas anteriormente se plasmaron en esa enmienda del noventa y cuatro: la propiedad de los recursos naturales, la coparticipación federal, la posibilidad de establecer regiones con un sentido económico, etc. Es decir que muchas de las discusiones previas se llevaron al noventa y cuatro. Pero, ¿qué ocurrió con el sistema político?, ¿qué ocurrió con esta mentada atenuación del presidencialismo, que fue uno de los objetivos centrales de la reforma? Y tan centrales eran, que la reelección presidencial cobraba sentido si el sistema presidencial se flexibilizaba. Es decir, si se introducían elementos parlamentarios en el sistema, no importaba ya que el Presidente pudiera ser reelecto una vez, que fue lo que se dispuso en el texto legal, que pudiera tener un mandato más corto, de cuatro años, con una reelección, y luego, pudiendo repetirla con intervalo de un período. Fíjense hasta qué punto era decisiva la cuestión de la atenuación del presidencialismo, que era la que posibilitaba precisamente la aspiración política que llevaba adelante la reforma.

Rodolfo Barra describió muy bien las características que tiene en el texto constitucional el jefe de Gabinete. La reforma apuntó a la introducción de esta figura, para tratar de desconcentrar de alguna manera las facultades del Presidente; a constitucionalizar el ejercicio de las facultades legislativas que el Presidente hacía sin que estuvieran dispuestas en la Constitución —me estoy refiriendo a los decretos de necesidad y urgencia, a la delegación legislativa y a la promulgación parcial de las leyes—, y a otras cosas que generalmente sí han tenido mayor éxito, por ejemplo, en materia de designaciones judiciales, la creación del Consejo de la Magistratura en vez de la nominación exclusivamente política que existía en el texto de 1853. Hasta ese momento el Presidente nominaba a su arbitrio el candidato a ser juez ante el Senado. Se introdujo el Consejo de la Magistratura, en el cual se seleccionaba por idoneidad y a través de concursos públicos, en un órgano plural como es el Consejo de la Magistratura, que a su vez elevaba una terna, y ahí si el Presidente, dentro de la terna, podía nominar a quien quisiera, pero sobre una cierta base de idoneidad. Eso, sin duda, es una disminución de facultades del Presidente. También, por supuesto, lo que ocurrió acá, en la Ciudad de Buenos Aires, con el artículo 129, por el cual Buenos Aires pasó a ser una ciudad autónoma. Esto también significó una pérdida importante del Presidente, que hasta ese momento era quien designaba al jefe administrativo de la Capital.

Rodolfo Barra describió bien la reforma del jefe de Gabinete. Por supuesto que la intención del constituyente fue que el jefe de Gabinete fuera el jefe administrativo, que tuviera a su cargo la administración y ejerciera como tal su rol; que fuera el puente entre el Presidente



y el Congreso con estas concurrencias mensuales que la Constitución dispone; que si se emite un decreto de necesidad y urgencia, fuera personalmente a defenderlo; un órgano responsable político frente al Congreso, si bien con mayorías calificadas, pero que lo podía remover. En fin, todas estas intenciones que tuvo el constituyente del noventa y cuatro, como la necesidad de que el jefe de Gabinete tuviera que acompañar con su firma algunos proyectos, la necesidad de que se constituyera un Gabinete en el cual algunas decisiones, como los decretos de necesidad y urgencia, tuvieran que ser suscritos por todos, tendían a crear un presidencialismo más limitado y tratar de que hubiera también, de parte del Congreso, cierta recuperación de su rol.

Ahora bien, luego de veinte años de vigencia de la Constitución, ¿tuvieron éxito estas intenciones, estos propósitos del constituyente? Sinceramente, ninguno podría decir que esto se ha visto coronado con el éxito; al contrario: el jefe de Gabinete ha sido una figura descolorida en muchos casos, una suerte de secretario general del Presidente un poco más jerarquizado —esto depende también de la personalidad del propio Jefe de Gabinete— que no cumplió nunca su rol. Fíjense que ni aún en la crisis institucional más grave de estos últimos veinte años, como fue la de 2001, el jefe de Gabinete cumplió su papel de fusible, no sirvió para nada, cayó el Presidente, que es la consecuencia que tiene todo el sistema presidencial, no el jefe de Gabinete. En el caso de las facultades legislativas que el constituyente quiso limitar, al contrario, se las potenció, porque los gobernantes tomaron lo que era a favor y excluyeron lo que les podía significar algún estorbo por el ejercicio de esta facultad. La ley reglamentaria del control del Congreso sobre estos instrumentos, sinceramente, es muy mala y desvirtúa el texto constitucional; el jefe de Gabinete no va al Congreso, no cumple su manda de ir periódicamente, ha pasado años sin ir al Congreso. Por cierto, las mayorías del Presidente en el Congreso han eludido todo tipo de control.

Y por eso continuamos en lo que se denomina híper presidencialismo, una concentración absoluta de facultades en el Presidente que desborda sobre los otros poderes, sobre el Congreso y, en muchos casos, también sobre la Justicia. Fíjense que es la tendencia general de los híper presidencialismos, ir por los otros dos poderes, Congreso, escribanía y tribunales dependientes. Esa ha sido la tendencia a la que naturalmente se llega cuando se concentra tal cantidad de facultades.

Si ustedes me preguntaran a mí: ¿y ahora qué, cómo debe seguirse? Por supuesto la respuesta obvia es decir: tenemos que cumplir la ley, tenemos que tener Presidentes republicanos, tenemos que tratar que las finalidades de la enmienda del 94 se cumplan, y que puedan realizarse de esa manera. Ahora bien, ¿es posible? Siempre sobrevuela la cuestión de que un Presidente republicano, respetuoso de la deliberación, de las facultades del Congreso, que someta al Congreso todas estas cosas que fuimos mencionando, ¿sería un Presidente eficaz? ¿Podría llevar adelante el mandato popular?

Yo creo que todas estas dudas, estas tribulaciones, solamente pueden disiparse discutiendo sinceramente si no es que tenemos un problema estructural en nuestro sistema político, si verdaderamente estas fórmulas mixtas sirven, o si tendremos que volver a plantearnos el presidencialismo. El presidencialismo nació, tal como está planteado en la Constitución de 1953, como un sistema para gobernar, si se tienen las mayorías. Y en ese caso, habrá que tener los instrumentos para que el Presidente siempre pueda tener mayorías y pueda gobernar. Ahora bien, todas estas aspiraciones republicanas, parecerían ser más propias de otro tipo de sistemas, en los cuales habrá que darle mayor prevalencia al Parlamento, por sobre la institución presidencial.

Para terminar, el primer compromiso es, obviamente, con la Constitución vigente, tratar de cumplir sinceramente sus mandatos. Muchas gracias.



CONCLUSIONES

Palabras de Raúl Gustavo Ferreyra

Amigos y amigas, ciudadanos y servidores públicos, agradezco al Defensor del Pueblo, Alejandro Amor, por la distinción al promover este importantísimo y relevante encuentro, y en particular por haberme elegido, primero para la apertura formal del evento y ahora, para la lectura de las conclusiones.

Voy a dividir la exposición en tres partes: la primera es un planteo y desarrollo de algunas cuestiones metodológicas; la segunda es básicamente la lectura de las conclusiones y la tercera se relaciona específicamente con un comentario final de mi autoría sobre la reforma de 1994.

1.

Deseo destacar que en este encuentro han intervenido, a lo largo de dos jornadas, más de cuarenta expositores; se han llevado adelante más de diez horas de disertación y todo ese material se encuentra oportunamente recogido en las versiones taquigráficas. Aprovecho la ocasión para agradecer, en nombre de todos los participantes y de los organizadores, la dilecta tarea que ha cumplido el cuerpo de taquígrafos durante estas dos jornadas.

En cuanto a la tarea que se ha cumplido, un especial agradecimiento a todos y cada uno de los moderadores. Moderar los paneles no es una tarea sencilla, y en general, por no decir siempre, cuentan con la ingrata tarea de anunciarle al ponente o al disertante que su tiempo ha finalizado, o acaso ya está pronto a cumplirse. Así que muchísimas gracias a todos ellos. Agradezco también a todo el personal de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que ha estimulado y sostenido durante estos dos días estas largas horas de debate y discusión con profundidad sobre las dos décadas de la reforma constitucional.

En particular, quiero hacer una referencia a que formo parte del Comité Organizador de este evento junto con el Dr. Alejandro Amor y las Dras. Nora Cattáneo, Florencia Kravetz, Ivana Rodríguez, Nerina Da Rin y Lina Da Silva, quien también nos ha acompañado. Espero no haber omitido a ninguna persona.

2.

Dado que eran once paneles, me he tomado la libertad de agruparlos en ámbitos. En consecuencia, para adentrarnos a esta segunda parte —la lectura específica de las conclusiones—, dividiré la disertación en tres grupos: 1) aquellos paneles que han tratado el tema de la reforma de 1994, 2) aquellos paneles que se han dedicado al tema de los derechos fundamentales y garantías y 3) aquellos paneles específicamente vinculados a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Considero que este agrupamiento, perteneciente al libre albedrío del disertante, mejorará las posibilidades de comprensión del auditorio.

Cada uno de los relatores ha hecho una paráfrasis de la casi hora y media o dos horas de disertación que duraba cada uno de esos paneles. Por dicha razón, me limitaré a extraer algunas conclusiones, con nombre y apellido, realizadas por cada uno de los relatores.

2.1. Reforma

Comenzamos, entonces, con los paneles sobre reforma, que son tres. Comienzo con la relatoría de Matías Belcastro, que participó en el panel “Necesidad, oportunidad y conveniencia de una nueva reforma. Deudas y logros de la Constitución federal. Liderazgo del órgano presidencial a debate”. Las conclusiones a que ha arribado el relator son las siguientes. Primero, el consenso obtenido para la reforma constitucional de 1994 no fue común, sino “extraordinario”. Segundo, transcurridos veinte años de la reforma, se mantiene la deuda de aplicación del sistema de pesos y contrapesos. La atenuación de la figura presidencial se dio sólo en los “papeles”. Tercero, la reforma del 94 es precedida por cambios políticos; no es producto de un laboratorio. Su motor fue la reelección presidencial, pero tiene mérito por sus legítimas cuestiones inocultables que resolvió. Cuarto, el consenso se dio por la reelección y la consecuente atenuación del presidencialismo; pero en rigor, luego de veinte años, nadie ha visto coronado el éxito de la reforma. Todo lo imaginado en plena reforma de 1994, al respecto, pareciera que ha fracasado, y por eso seguimos frente a un hiperpresidencialismo que desborda en los próximos poderes. Antes de pasar al segundo panel, comparto con el auditorio que la idea sobre el hiperpresidencialismo ha dado vueltas en el día de ayer y en el de hoy, de Norte a Sur y de Este a Oeste, en cada uno de los paneles. Muchísimas gracias, entonces, al relator Matías Belcastro por tan interesante y sesudo trabajo.

Pasamos a otro panel, también vinculado con los aspectos de la reforma constitucional: “Presidencialismo atenuado. El Jefe de Gabinete”. En este caso, la relatoría correspondió a Leandro Abel Martínez, quien concluyó lo siguiente: primero, pese a las buenas intenciones, la figura del jefe de Gabinete no sirvió como fusible frente a las crisis; segundo, la reforma de 1994 fue la que tuvo mayor legitimidad en la historia, ya que fue producto del consenso y no de la imposición; tercero, la Constitución reformada es muy buena y hay que desarrollar los institutos sobre la base de nuestra política.

El auditorio ya se habrá dado cuenta de que la lectura de las conclusiones pertenece a diversos autores, motivo por el cual no hay un encadenamiento argumental, sino que son sujetos y predicados que se concluyen de cada uno de los disertantes.



Finalmente, una cuestión muy interesante, extremado amigo Pablo Corradini: en este panel existió un consenso generalizado en todos los expositores en que no hay que cambiar el sistema de gobierno por uno de sesgo parlamentario, sino corregir los errores del presidencialismo. El tercer panel y el cuarto, ambos vinculados con los aspectos de la reforma, fueron “Necesidad, oportunidad y conveniencia de una nueva reforma” y “Profundizar el federalismo: Deudas y logros de la Constitución de 1994. Coparticipación federal. Recursos naturales”. Adelanto al auditorio –como sabrán– que una de las deudas pendientes de la reforma constitucional de 1994 fue, precisamente, la ley convenio sobre coparticipación que, después de veinte años, todavía no se ha sancionado. Es decir, la columna tributaria, la columna fiscal de la Argentina todavía carece de arquitectura. En este caso, la relatoría corrió por cuenta y orden de Dolores Gandulfo, a quien también felicitamos: ha hecho un magnífico trabajo. Las conclusiones a las que ha arribado son las siguientes. Primero, el centralismo desarrolló una práctica de captar los recursos disfrazados de la coparticipación. Éste fue el desafío de la reforma del 94 frente al federalismo. A veinte años de la reforma, en vez de atenuar el presidencialismo, el centralismo se ha incrementado. Segundo, sin tesoros provinciales, incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no hay autonomía ni federalismo. Hay que descentralizar la caja para que los argentinos vivamos enteramente el federalismo. Tercero, la evolución de la sociedad obliga a que se lleven a la letra del derecho positivo los avances alcanzados. Cuarto, los principios de equidad y solidaridad deben regir en la coparticipación y en las asignaciones presupuestarias.

2.2. Derechos, declaraciones y garantías

Culminadas, entonces, las conclusiones referidas a los temas sobre reforma constitucional, pasamos a los otros paneles vinculados con el sistema de derechos, declaraciones y garantías. Para comenzar, me referiré al panel “Realización del derecho internacional de los derechos humanos: control de convencionalidad”, cuya relatoría fue realizada por María Lorena González Tocci, quien efectuó un gran trabajo. Las cinco conclusiones que emergen de este panel son las siguientes. Primero, se subrayó nítida e inicialmente la trascendencia del derecho de gentes, originalmente instalado en la Constitución federal de 1853. Segundo, se enfatizó la tesis monista, es decir, la conglobación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional. Hubo acuerdo en el panel en la imposibilidad de defender las tesis dualistas o de la doble fuente del orden jurídico. Tercero, se ha insistido en la necesidad de generar un diálogo entre los tribunales nacionales y el tribunal internacional, más específicamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuarto, en este panel se produjo una disquisición muy interesante, relacionada con el hecho del artículo 75, inciso 22 de la Constitución federal de la República Argentina. Es una de las piezas clave, una de las principales normas de nuestra Constitución, que nos ha permitido a nosotros afirmar que la Constitución reformada –como decía nuestro maestro Germán Bidart Campos– es la Constitución de los derechos humanos.

En el día de ayer, uno de los panelistas señaló que no le gustaba la posición normativa que tenía el artículo 75, inciso 22, y que si se trataba de la regla de mayor importancia, por qué no fue consagrada en el artículo 1, 2 o 3 de la Constitución. Me permito añadir que este panelista tendría una pizca de verdad, en el sentido de que los mexicanos, hace muy poco tiempo, han reformado su Constitución y, al jerarquizar el derecho internacional de los derechos humanos, lo han entronizado en el artículo 1; y los alemanes, después del

horror, en 1949, al entronizar la dignidad humana, lo hicieron en el artículo 1. Más allá de este comentario y la pizca de verdad, en rigor, el artículo 75, inciso 22, y el movimiento que dicha dotación normativa genera y su propia dinámica es posiblemente el emblema de la Constitución reformada de 1994. Por último, uno de los expositores planteó las dudas que genera, no sólo la importación del derecho internacional de los derechos humanos, sino la importación de sentencias provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, cómo se llevará adelante el acople entre dos jurisdicciones, en la inteligencia de que los legisladores y los jueces extranjeros obviamente no son elegidos por el cuerpo electoral de la República Argentina.

Observemos una nueva mesa, “Derecho al ambiente sano: artículo 41”, con relatoría de María Belén Montaña. La primera conclusión es que la normativa constitucional del medio ambiente se hizo de una manera declaratoria y genérica. En segundo lugar, se observó que la reforma no concretó detalladamente todas las formulaciones normativas que necesitaba llevar adelante, motivo por el cual trasladó al Congreso —en el tema del ambiente, como en muchos temas más— la necesidad de desarrollar jurídicamente las determinaciones normativas específicas. En este punto se señaló que la tarea del Congreso, a lo largo de veinte años, fue insatisfactoria, por lo que muchas zonas se encuentran insatisfechas por la ausencia de reglaje. En tercer lugar, se subrayó que cada una de las cláusulas ambientales contenidas en la Constitución, especialmente en el siglo XXI, han tenido un interesantísimo desarrollo por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pasamos ahora a la mesa “Derechos de consumidores y usuarios, artículo 42 de la Constitución Federal. El sistema de participación y de control en los entes reguladores”. Muchas gracias a Flavia Goldcher por la riquísima y prontísima tarea que hizo al enviarnos su relatoría. En primer lugar, en este panel se destacó la necesidad del mandato que impone la legislación sobre la determinación de procedimientos eficaces de prevención, especialmente en clave constitucional. En segundo lugar, se observó que, al momento de la reforma, no había fuerza política con poder suficiente para atacar las estructuras de la desigualdad. Esto ha sido —me permito introducir— una observación interesantísima, realizada por una de las panelistas en el día de ayer, porque sin que implique un encadenamiento argumental, está muy vinculada con la próxima afirmación que surge en estas conclusiones, donde se dice —en una tarea que cotidianamente se recoge en la Defensoría del Pueblo— que los contratos que celebramos hoy son, en la gran mayoría, predisuestos, atento a lo cual se debe proteger a la parte más débil, y que no se pueden negociar las cláusulas contractuales. La afirmación anterior, en el sentido que la construcción del artículo 42 no es igualitaria con relación a cada una de las partes, se puede comprobar cotidianamente en las notables quejas que tiene este órgano de control en cuanto a la medicina prepaga, la telefonía celular, en fin, la actividad cotidiana que se hace a través de la contratación predispuesta y genérica. Finalmente, en este panel se destacó también que el derecho del consumidor es más amplio que la Ley de Defensa del Consumidor.

Otra mesa, también vinculada con el sistema de derechos, fue “Artículo 14 bis: operatividad de los derechos incluidos”. Gracias, Gustavo Murano, por la atentísima y selecta recopilación, que nos aventaja porque nos exige básicamente de mayores comentarios. A continuación, las principales conclusiones. En primer lugar, se señaló que la lucha por los derechos de los trabajadores va de la mano de los derechos políticos. Se describió que en la historia hubo diferentes momentos de lucha respecto de los derechos de los trabajadores. A partir de esta conclusión —en el día de ayer— me quedé pensando en ese



famosísimo opúsculo que leímos cuando ambos éramos muy jóvenes. Me refiero a la *Lucha por el derecho*, el libro de Rudolf von Ihering, según el cual lo que describía a los derechos individuales era, precisamente, la lucha antes que cualquier otra cosa, para definir, para distinguir su naturaleza. Así que esta distinción, en relación con los derechos sociales, fue excelentemente captada. En segundo lugar, se marcó que el derecho del trabajo en la Argentina se halla en un nivel muy alto, quizás el más alto de toda Latinoamérica. Por último, se observó que el sector empresario no reconoce el crecimiento del consumo en la sociedad, donde la obra que realiza el asalariado es en su propia vida. No puedo hacer una extrapolación, pero obviamente se estaba refiriendo el disertante a la peregrina división y constante lucha entre patrones y obreros, entre cómo se divide la riqueza comunitaria. Muchísimas gracias, Gustavo, por tan rica relatoría.

Pasamos a un nuevo panel, que fue el vinculado con “Nuevas tecnologías: Derechos Humanos y Hábeas Data. Artículo 43 CN”. Muchísimas gracias a Augusto Carzoglio por este sesudo trabajo. En este panel se indicó, en primer lugar, que el *habeas data* aparece como un equilibrio entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad. Todos recordarán que el *habeas data* es un instituto recogido en el artículo 43, a partir de la reforma constitucional de 1994. En segundo lugar, leeré esta conclusión que en realidad no entendí muy bien, pero que de todos modos cumpla con la tarea de referir. La conclusión dice así: “Menciono que la Argentina, desde el año 2001, se encuentra adecuada a las normas europeas de protección de datos personales”. Al leer esta conclusión, me pregunté si eso era bueno o malo, que nos pareciéramos a los europeos en protección de datos personales. Así que, como no hay una mayor especificación, la leo tal como corresponde. Por último, en este panel volvió a insistirse en una idea que había sido marcada en el panel de consumidores y usuarios, y que tiene que ver con la actividad cotidiana, veinticuatro horas por día, de la Defensoría del Pueblo. Se dijo: se realizó un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad actual y se comenzó hablando de los consumidores, otra vez de insumos tecnológicos en este caso, la problemática de los contratos electrónicos con las particularidades que presentan. La protección del software, que no es ni obra literaria ni artística. Es decir, van varios paneles y ya por tercera vez se vuelve a insistir sobre las nuevas dificultades que plantean estas nuevas relaciones entre usuarios y consumidores mediadas, potenciadas hasta la enésima, por los nuevos medios de comunicación, de los cuales uno de ellos es Internet.

2.3. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Una vez descriptos los paneles vinculados a los derechos, pasamos a los tres y últimos paneles relacionados con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El primero de ellos fue el panel “Defensa de los derechos y rol del Defensor del Pueblo. Ámbito de referencia constitucional y significado democrático”, cuya relatoría estuvo a cargo de Camila Carril. Muchas gracias por tu tarea, también en tiempo y forma. Uno siempre tiene preferencias, y una de las afirmaciones que se hizo acá es de las que más me gustó de todas las que leí hasta ahora. La primera conclusión es que la Defensoría del Pueblo tiene una particularidad: somos todos defensores del pueblo y que hay mucha horizontalidad. Es muy cierto esto en el sentido de que la Defensoría del Pueblo es un órgano, como bien señalaba en la presentación Pablo Corradini, organizado centralmente para la preservación, la promoción y la protección de los derechos humanos. Si bien es cierto que esta tarea se lleva a cabo en una institución, la institucionalidad relacionada con

la defensa de los derechos fundamentales no es asignable a un órgano específico. En otras palabras: o los derechos fundamentales los defendemos todos, o quizá no los defiende nadie. Parece una afirmación muy condensada, muy sensata y muy sesuda.

Al mismo tiempo se afirmó —éste fue un panel de los más optimistas que hubo— que la institución del Defensor del Pueblo en la Argentina es la más vigorosa, trascendente e imperante. Yo abiré a debate porque soy un mero lector, pero sin embargo me pregunto cómo se hará para designar al Defensor del Pueblo nacional, puesto que hace un tiempo está vacante. Entonces, si esta institución fuese tan vigorosa, trascendente, imperante en nuestro continente, los mecanismos de designación deberían ser fluidos y ágiles para dotar a la ciudadanía del correspondiente Defensor del Pueblo.

Por último, se refirió que cuando se habla de la defensa de los derechos humanos en la Constitución, se dirige la mirada hacia el Defensor del Pueblo, pero en cambio esta noción dista de la historia del Defensor del Pueblo europeo. Creo que lo que se quiso decir acá fue lo siguiente: es que la idiosincrasia, la anatomía y los antecedentes históricos del Defensor del Pueblo europeo —siempre estamos mirando a Europa— no tendrían las mismas peculiaridades o características que sí tienen en la República Argentina. Quizá, Pablo, sea momento para que un día dejásemos de mirar tanto a Europa y nos miremos un poco más para adentro.

Otra mesa de debate fue “Traspaso de las competencias penales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Impacto en la Ciudad”. Muchísimas gracias a Sol Blasco por su inteligente y diligente tarea. En primer lugar, en esta mesa se caracterizó al proceso de autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como un proceso en el que era central la disputa de poder. Es una disputa que no ha perdido vigencia. Se han resaltado los logros obtenidos y se ha observado que no podía olvidarse que en la Ciudad regían los edictos en los que la policía aplicaba penas. En segundo lugar, en otra tesis auroral se elogió el funcionamiento del Poder Judicial local. Lo digo sin ironías, porque hubo tesis aurorales. Se propició un cambio en los términos de la discusión al sostener que no era apropiado hablar de transferencia, ya que en realidad se trataba de un recupero de potestades jurisdiccionales. La Ciudad no necesita de una transferencia, porque esas competencias están retenidas. Lo que debiera cesar es la declaración del interés federal. Finalmente, como tercera conclusión de este panel, se insistió en que los desafíos consisten en fortalecer con ingeniería institucional el sistema acusatorio, brindar nuevas formas de solución a las nuevas formas de criminalidad, porque éstas implican —valga la tautología— nuevos desafíos y eliminar los resabios del sistema inquisitivo, principalmente, en los déficit o dificultades que afectan a la víctima.

Paso al último panel, “La Reforma Política en la Ciudad”. La relatoría estuvo a cargo de Gabriel Berau y Manuel Zapico. Allí se señalaron dos aspectos que fueron incorporados por la reforma constitucional: la consulta popular y la iniciativa legislativa, que generan una mayor participación de los ciudadanos en la vida política. En esta mesa se sostuvo que hay que fomentar la difusión de estos derechos. Quiero hacer un comentario muy breve con relación a esto. Si bien es cierto que los mecanismos semidirectos de democracia fueron incorporados a nivel federal en 1994 y a nivel local por la Constitución de nuestra Ciudad en 1996, básicamente no se han utilizado. También se sostuvo que la reforma constitucional mantuvo el federalismo. Sin embargo, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, como nuevo integrante del pacto federal, ha provocado una influencia a nivel federal en los asuntos relacionados con el voto joven, el voto de los extranjeros y el cambio de documento. Finalmente, se sostuvo que uno de los principios de la nueva Constitución fue



su compromiso con la difusión y fortalecimiento de la igualdad de género, algo que también la Ciudad ha realizado en los últimos años. El objetivo fue desarrollar un análisis de las leyes de la Ciudad en las que se establece un plan de igualdad de oportunidades y de trato. Hasta aquí, estimados amigos, he cumplido el papel de ser el lector de las relatorías llevadas adelante por cada uno de los colegas profesionales de la Defensoría del Pueblo.

Tercera parte

Ahora, el comentario final: unas breves palabras de mi propia autoría.

Primero, la Constitución federal del Estado argentino cumple un rol eminentemente procesal; es decir, asegura las elecciones, la vida plena y profunda y exclusivamente democrática sin “derramar sangre”, y que el sujeto o los sujetos que obtengan el triunfo comicial gobiernen en ajustado despliegue.

Segundo, tal como señalé ayer al declarar abierta las sesiones de este encuentro, las constituciones son una suerte de máquina del tiempo que hace que las reglas fijadas por una generación sean respetadas por otras para facilitar u obstaculizar su vida. Cada generación tiene el derecho más extenso de fijar las reglas de la convivencia comunitaria. ¿Acaso no tienen derecho de decidir bajo qué constitución quieren vivir y desarrollarse?

Tercero, la reformabilidad es una parte elemental de nuestra Constitución federal. La reforma constitucional, en cualquier caso, demuestra la buena salud del propio sistema. No pongo en entredicho el paradigma de la rigidez constitucional. Que existan reglas concretas de no modificación, como parece muy razonable, porque la misma idea de Constitución entraña la de límites implícitos, no implica precisamente la rigidez absoluta. Nuestra Constitución contempla el procedimiento de reforma en el artículo 30, y casi todas —por no decir todas— las constituciones de los diferentes Estados del mundo contemplan un proceso de reforma, aunque difieren en la reglamentación. En consecuencia, la reformabilidad es una singularidad, una peculiaridad que afirma la propia supremacía de la Constitución, en lugar de desvirtuarla.

Cuarto, la Constitución reformada de 1994 es, en gran medida, una constitución inactuada, ya sea por deficiencias en la formulación normativa, o por entregar parte del poder constituyente al poder constituido (Congreso). Además, con relación al derecho constitucional del poder, no alteró la anatomía que la precedió. Con la excusa de modernizar el Congreso y transferir atribuciones, todo quedó en forma semejante, o peor —diría el dramaturgo—, porque el Presidente, luego de la reforma, indiscutiblemente tiene más poder, puede ser reelecto y goza de la facultad de legislar. Con todas las letras, la reforma del 94 dejó indemne la concentración del poder. Muestra, además, la ausencia en forma totalmente negativa de la arquitectura de un control racional y eficaz de los poderes constituidos. Las formas aurales de participación democrática, como se ha observado hace unos minutos, no se han realizado, y las elegidas no han bastado para estimular al auditorio ciudadano. Es menester pensar y discutir otras formas de diálogo, con acento en un constitucionalismo de ciudadanos y ciudadanas.

Quinto, la Constitución es la carta de la tolerancia. Para reformar la Constitución no es necesaria la unanimidad; es necesaria la tolerancia de que una mayoría y una minoría transitarán juntas un proceso de reforma. Pese a la reforma de 1994, la Constitución federal atrasa; lo dice el mismo reloj: han pasado veinte años y, frente a determinados enunciados —como fue la atenuación del presidencialismo—, se potenció ese atraso. La cuestión tributaria,

la deuda externa, la socialización del dominio de los recursos naturales son problemas que merecen un enfoque y una discusión actualizada en pleno siglo XXI. Constitucionalizar los derechos es muy importante, pero añadiría como fórmula, en particular para los derechos sociales: “dime de qué fondos públicos dispones en el tesoro, y te diré el desarrollo previsible que puedes adjudicar a los derechos económicos, sociales y culturales de tus ciudadanos”. La formulación normativa –la cima constitucional alcanzada por los derechos económicos, sociales y culturales– se ve afectada ostensiblemente por el impacto del endeudamiento de la Argentina. Resolver con responsabilidad esta cuestión, para nosotros y para nuestra posteridad, constituye significativamente un asunto de entidad mayúscula.

Por último, honrar la vida y ayudar a vivir con honestidad y no hacer daño, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro, son lecciones básicas que el sistema de nuestra Constitución federal recoge y asume. Con la mayor fidelidad de que dispongo, he tratado, en particular en esta última parte y en estas letras, componer aspectos edificantes, y otros no tanto, de la reforma de 1994. Sólo me han guiado dos finalidades: mostrar lo que ha sido este encuentro a través de la relatoría de mis colegas y, si acaso sirve para algo, unas palabras finales.

Gracias por la atención, paciente y cordial.



CIERRE DEL ENCUENTRO POR LOS 20 AÑOS

PALABRAS DE CIERRE A CARGO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, ALEJANDRO AMOR

La verdad que la emoción es muy grande, para muchos de nosotros es muy difícil hablar delante de Estela (de Carlotto). Me gustaría decirle que el otro día la alegría suya fue la alegría de todos nosotros, llenaste de alegría a toda la República Argentina.

En estos días, nos hemos tomado el trabajo de debatir sobre los logros y sobre las deudas que tiene la reforma constitucional, pero fundamentalmente, el valor de lo que fue la lucha por la recuperación de la democracia, y también el valor de haber cerrado una vieja herida de la Argentina, que era el debate entre el peronismo y el antiperonismo, de discutir la Constitución de 1949 y la reforma constitucional de 1957. La verdad que para mí, la reforma de 1994 tuvo el gran valor de tener la aprobación del conjunto de los argentinos. Aún con diferencias, es una Constitución que nos cobija a todos. Probablemente tenga muchas deudas pendientes, muchas cosas todavía por corregir, y tal como dijo Zaffaroni, las constituciones son trajes que tienen que amoldarse a un cuerpo que va creciendo, no son algo eterno que permanece inmóvil en el tiempo, porque los cuerpos cambian, pero la verdad es que si hay algo importante respecto a esta Constitución, es que nos cobija a todos.

Estela, vos para nosotros, sobre todo para los no tan jóvenes, siempre fuiste un gran ejemplo de lucha. La vida es lucha, y la lucha es esperanza. La recuperación de tu nieto es la demostración más clara de que esa lucha vale la pena, y quedó plasmada en aquella esperanza que se hizo realidad. Por eso, creo que ese día es el día de mayor alegría para muchos de nosotros, porque fue tu alegría, pero fue también la alegría de la Argentina. Te agradezco que hayas venido hoy. Alguno puede preguntarse, qué tiene que ver Estela

con discutir la reforma constitucional. Muchísimo, porque los organismos de derechos humanos participaron en la reforma constitucional del año 1994. Estela de Carlotto, junto con otros organismos de derechos humanos, tuvo que ver con la reforma del año 94, como tuvo que ver todo el arco político y todos los demás sectores. Pero también tiene que ver con la demostración de que la vida es lucha, y que siempre hay que darla, que nunca hay que bajar los brazos y que siempre hay que mirar para adelante. Que nunca hay que resignarse, que siempre, para adelante, hay que pelear. Estela es un ejemplo que nos marcó la vida a todos y que la tenemos que tener como un ejemplo a seguir. Gracias Estela, porque nos diste a todos una vida mejor. Muchísimas gracias.

Palabras de la señora Estela de Carlotto

Queridos amigos. Me da un poco de pudor tantas cosas lindas. Yo siempre digo que soy una mujer argentina más que lucha desde un espacio, hace ya treinta y siete años con un dolor muy grande que es el asesinato de nuestros hijos y robo de nuestros nietos, dos generaciones que fueron por esa dictadura cívico militar.

De todas formas, tenemos la democracia en nuestra historia y eso es lo que en el día de hoy y en adelante siempre nos tiene que preocupar para fortalecerla y que se haga efectiva, la dictadura nunca más y para siempre la democracia, que esta democracia de treinta y un años sea eterna. Creo que lo merecemos todos, porque de una manera u otra cada uno en su lugar lucha y convoca a la unidad.

Realmente, estoy viéndolos y veo que de estos actos tan importantes se realizan muchísimos en nuestro país, en toda la extensión de nuestro territorio, sólo que a veces la prensa no los tiene en cuenta, no cuenta lo que se hace de nuevo, porque pone el énfasis en lo malo, en asustarnos, en tergiversar las noticias, en llevarle al lector o al televidente o al que escucha noticias deformadas.

Por suerte, hay un avance enorme en una juventud maravillosa que está luchando por tener su protagonismo, que de hecho lo tiene, y por desterrar esas costumbres de contar la historia oficial y no la que corresponde. Creo que estamos haciendo algo bastante en esto, por eso la Argentina es un país considerado en el mundo entero líder de los avances en todos los órdenes y sobre todo en el tema de los derechos humanos.

Yo creo que tengo que felicitar a ustedes que están hoy acá hablando de una Constitución del 94, donde de alguna manera indirecta las abuelas participamos. En algún momento se nos ofreció ser constituyentes. La verdad es que cuando uno responde no, es porque hay que hacer lo que se sabe hacer. Una abuela es una abuela y para una Constitución se necesita la experiencia de ser experta en temas nacionales, internacionales. Las abuelas somos mujeres comunes que nos juntamos con un dolor y que supimos caminar abriendo ese camino, dando la posibilidad de sumatoria, no de cerrar puertas sino que seamos todos hacedores de estos milagros que parecen los encuentros de nuestros nietos. 115 nietos es el triunfo de todos, no solamente nuestro. Sí, nosotros tenemos la iniciativa, la convicción, la porfía, pero estamos muy acompañadas, últimamente, sobre todo por la sociedad argentina e internacional.

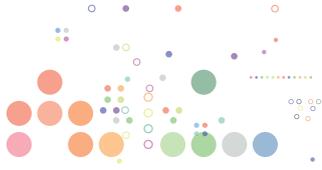
Fíjense que el encuentro de mi nieto Guido, cuando nos reencontramos, aparte de la felicidad familiar y la felicidad institucional, vimos que el pueblo estaba feliz por la buena noticia. Esta señora había buscado 37 años a un nieto que no sabía dónde estaba, cómo se llamaba, en qué condiciones lo iba a encontrar y lo encontré. Ese triunfo parece que



impactó tanto en la sociedad como que el nieto de esta señora era el nieto de todos, no solamente de Argentina sino del mundo. ¿Por qué? Porque hemos recorrido el mundo buscándolos. Yo no buscaba sólo a mi nieto, buscaba a todos. Y voy a seguir, aunque ya encontré al mío, buscando a los que faltan. El mérito no está en que somos distintas a las mujeres de este país, somos iguales. Hay muchas que trabajan mucho y no son conocidas y salvan vidas, buscan fortificar el proceso democrático y no son conocidas, pero están. Y a nosotras nos tocó una tarea trascendente universal, porque ahora con la universalidad de todo en este mundo, lo que pasa acá ofende a cualquier otro país que tenga conciencia de cuando se violan los derechos humanos.

Yo creo que estas reuniones de ayer y de hoy tan exitosas, porque estábamos hablando de la concurrencia de las mesas en las que participaron de todos los partidos, que uno piensa que van a sacar los sables, por suerte, respetuosamente cada uno escuchó y dijo lo suyo, y siempre de estas conducciones de diferentes ideas salen cosas buenas y eso es lo que pregonamos desde Abuelas. Todos vivimos en este país, todos tenemos necesidades en este país y todos tenemos que contribuir para que las desigualdades desaparezcan. Nuestros hijos dieron la vida por la justicia social. Justicia social es que todos tengan acceso a vivir dignamente. No con riqueza, sino con bienestar. Digno. Educación, casa, trabajo, bienestar, ocio, disfrute y eso se está logrando de a poco. Molesta a muchos que no quieren que les toquen el bolsillo, pero hay que mirar bien la cuestión de cómo en paz y armoniosamente ir aflojando esas oposiciones absurdas. Diferentes sí, pero no enemigos. El encuentro de mi nieto y el festejo universal demostró que estamos juntos. Hubo una cosa en común que nos unió, que fue el encuentro de una persona que estaba privada de sus derechos.

Y, después, tenemos el segundo encuentro, la niña 115 que es otro caso, pero parece que el bum de Guido sigue estando presente y yo diría que, en el mejor sentido de la palabra, aprovecharlo para que sea el incentivo para seguir dándonos las manos y llegar a estas jornadas a conclusiones que lleven a reformar lo necesario de la Constitución, porque es cierto que es un traje que se tiene que adaptar a las necesidades emergentes y seguro que vamos a poder disfrutar de una Argentina más libre, más justa y soberana. Este es el deseo, pienso, de todos los argentinos. Es el deseo de esta abuela, que es una mujer común y que les agradece a ustedes mucho.



Defensoría del Pueblo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Sede Defensor: Piedras 574 | C1070AAL
Mesa de entradas: Venezuela 842
Tel.: 4338-4900 (líneas rotativas)
Correo-e: consultas@defensoria.org.ar
Web: www.defensoria.org.ar

 DefensoriaCABA  @DefensoriaCABA

