

REVISTA DE
**INTERÉS
PÚBLICO**

Directora:
DRA. M. CARLOTA UCÍN

Año 2/ N° 3
ISSN 2545-8604

EXTENSIÓN



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

Editor: Adolfo **Brook**

Directora: María Carlota **Ucín**

Consejo Asesor:

ATIENZA, Manuel, Universidad de Alicante, España

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

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

BRINKS, Daniel, University of Texas at Austin, USA

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

GROSMAN, Lucas, Universidad de San Andrés, Argentina

MAURINO, Gustavo, Universidad de Palermo, Argentina

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

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

SABA, Roberto, Universidad de Palermo, Argentina

SANTIAGO, Alfonso, Universidad Austral, Argentina

SOZZO, Gonzalo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

TARUFFO, Michele, Universidad de Girona, España.

Secretaría de redacción:

ABAN BURGOS, Guillermo

GILES, Alejo

KALAFATICH, Caren

MINATTA, Olivia

TIZIO, Gaspar

UCÍN, Francisco J.

Asistente de la Secretaría de redacción:

AZPELICUETA, Paula

Diseño gráfico:

PONTI, Marcelo J.

Periodicidad anual Año 2, N°3

ISSN 2545-8604

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

INDICE

PRESENTACIÓN	5
EXPERIENCIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO	9
-Un hombre sin atributos. Notas sobre el caso de Aníbal C. <i>José María Martocci</i>	11
ARTÍCULOS	31
-La necesaria reformulación del “caso constitucional” para lograr un control de convencionalidad de “incidencia colectiva” <i>Dante Rusconi</i>	33
-El principio pro persona como límite a la discrecionalidad interpretativa <i>Ignacio De Carli</i>	49
-La tutela sindical a la luz de la nueva doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. <i>Adolfo Nicolás Balbín</i>	65
APÉNDICE MULTIMEDIA	87
-El activismo en primera persona <i>María Paula García</i>	89
-Conversando con Sabel <i>Entrevista realizada a Charles Sabel</i>	93



Presentación

Hay algo en estos últimos meses del año que resulta casi inexplicable, sutil. Hay una aceleración en el tiempo, que cualquiera afirmaría que es física y real. Como si la tierra efectivamente modificara su ritmo de rotación. Sin embargo, es muy posible que el tiempo sea sólo una ficción que nos tiene atrapados, rehenes de fechas y vencimientos, corriendo desbocados como si el mundo acabara el día 31 del mes próximo.

La lectura conforma uno de esos espacios que nos rescatan, fundando esferas atemporales y con dinámicas más reposadas, menos inquietas. Recurrimos a la literatura como quien anhela un oasis, buscando belleza y la saciedad de su sed. Pero también, usamos la excusa de leer para pensar, regalo de la razón que tantas veces nos arrebató la rutina apretada de obligaciones. Y un texto siempre tiene hiatos que nos permiten pensar, conectar ideas, abrirnos a nuevas miradas.

La REDIP se ofrece entonces como una pausa, como un espacio abierto al pensamiento, la reflexión y la conversación diacrónica. Invita a lectoras y lectores amables a recorrerla buscando en ella ventanas a la discusión, la que podría continuar a través de los sucesivos números. Así, este espacio gestado al cobijo de la idea de la deliberación y la teorización respecto de la práctica del Litigio de Interés Público, sigue creciendo y enseñándonos de las complejidades del proceso de armado de una revista científica.

Quienes damos vida a esta idea, seguimos convencidos de su valor y tratamos de continuar impulsando la nave hacia la meta. Este año, hemos decidido que era importante cuidar la calidad del producto final y es por esto que hemos reducido la salida de la revista a un número anual. En parte, seguramente, para ser coherentes con la idea del sosiego, del espacio reposado y no vertiginoso. Convencidos de que el diálogo fructífero rehúye al aturdimiento.

Este número cuenta con tres secciones: la de las "Experiencias de Litigio de Interés Público", la de los "Artículos" y el "Apéndice Multimedia". La primera

sección se integra por el trabajo de José María Martocci, quien relata la historia de Aníbal, un hombre a quien el Derecho sustrajo sus atributos, condenándolo a una muerte civil. En el relato de este caso, se desenvuelve el trabajo de la Clínica de Derechos Humanos y Discapacidad de la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS. Pero también se muestra, a lo largo de dichas notas, el modo en que el Estado puede avasallar los derechos más fundamentales de un hombre, cercenando su autonomía y libertad.

El caso es la gesta de un hombre por recuperar su libertad, la que le fue arrebatada cuando desde la pura comprensión de su estado de pobreza recurrió al Estado en busca de ayuda. Martocci desnuda en su texto el dilema que se plantea cuando el propio sistema judicial, encargado de la tutela de los derechos, resulta ser el que los oprime. Pero, además, denuncia que el caso no es aislado, sino que es el "testigo" de un problema estructural. Un estado de cosas que se aparta de los estándares impuestos por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. El caso, planteado por la Clínica desde el enfoque provisto por el Interés Público, recibió respuesta adversa de todas las instancias ordinarias intervinientes. Sin embargo, una reciente decisión de la Suprema Corte bonaerense, echa luz sobre este escenario sombrío. Se abre ahora un nuevo camino procesal, guiado al menos, por un mayor respeto de los derechos fundamentales.

En la sección segunda, se publican los artículos de Dante Rusconi, Ignacio De Carli y Adolfo Nicolás Balbín. En el primero de ellos, titulado: La necesaria reformulación del "caso constitucional" para lograr un control de convencionalidad de "incidencia colectiva", el autor argumenta en favor de la ampliación del control de constitucionalidad, favoreciendo un control de convencionalidad. En este sentido, expone que el "caso constitucional" desborda los límites tradicionalmente reconocidos por la doctrina y jurisprudencia, imponiendo una mirada que permita el resguardo de los derechos de incidencia colectiva. Destaca Rusconi el rol de los actores con legitimación extraordinaria para la defensa de estos derechos y también, la modificación sustantiva de dicho control, ajustándolo a los estándares propios del Derecho convencional de protección de los Derechos Humanos.

En su trabajo titulado: El principio pro persona como límite a la discrecionalidad interpretativa, De Carli sostiene la importancia de una interpretación jurídica guiada por el principio pro persona. Expone que este criterio interpretativo resulta fundamental a los efectos de ceñir la discrecionalidad del aplicador y asegurar la vigencia de los derechos fundamentales. Este principio, orientador del sentido asignado a las normas, operaría en sentido ampliatorio del alcance de normas favorables a los derechos. Y también, aplicaciones más acotadas para aquellas disposiciones que tendieran a restringirlos. Para poner a prueba sus afirmaciones, el autor efectúa un análisis jurisprudencial. Concluye, con cierta preocupación por lo imprevisible de la labor interpretativa de los Máximos

Tribunales, afirmando que la invocación del principio referido por las partes, al menos obligaría a los tribunales a su consideración argumental.

Balbín, por su parte, titula su trabajo: La tutela sindical a la luz de la nueva doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En él explora los alcances del instituto de la exclusión de tutela sindical, en relación con recientes decisiones del Máximo Tribunal local. Destaca en particular, el valor de la tesis que considera que el proceso de exclusión de la garantía gremial no reviste carácter cautelar. En consecuencia, y pese al carácter sumarísimo del proceso, sostiene que resulta fundamental lograr la prueba adecuada de los motivos legítimos traídos como fundamento de la pretensión.

Por último, en la tercera sección apendicular, María Paula García nos relata la experiencia como activista en la defensa del Interés Público a través de la sociedad civil. Y a partir de ello, nos ilustra una vivencia no convencional de la práctica profesional. Su trayectoria profesional, breve como su vida, se muestra sin embargo rica e intensa y puede ser inspiradora para quienes sienten vocación por lo público y creen también, que es posible instrumentar alguna forma de cambio social a través del Derecho.

Además, la REDIP se entrevistó con el Profesor Charles Sabel y la conversación que tuvimos con él aparece reproducida en esta última sección. Este encuentro concreta la idea del diálogo diacrónico, que se desenvuelve en etapas sucesivas, tal como antes lo expusimos. Se vincula así con su texto más reciente, titulado: "El nuevo derecho de interés público: una mirada hacia atrás a la situación en Estados Unidos y hacia adelante a su futuro brillante en otras partes" (publicado en la REDIP N°2, p.92). Pero también tiene ecos de su clásico artículo: "Derechos de desestabilización: el triunfo del Litigio de Interés Público" (en coautoría con Simon y también publicado en la REDIP N°2, p.9).

Pudimos indagar en el punto de vista del Profesor Sabel, respecto del dispar desarrollo de las formas de litigio de reforma estructural en Estados Unidos y la Argentina. De allí surgen diferencias relevantes que permiten una mejor comprensión del funcionamiento del Estado administrativo y el respeto de los derechos. El diálogo rico presupone mutua comprensión, la adecuada identificación de los puntos en común y de las diferencias. Esta conversación navega en esas aguas, porque en el acercamiento mutuo hemos intentado aprender de la experiencia ajena. Dejando de lado prejuicios, el diálogo se desenvuelve hacia su mejor versión, la del enriquecimiento recíproco.

Así, vale la pena la lectura integrada de todas estas piezas, los artículos anteriores del autor y esta conversación. Se impone comprender que lo que sucedía en algún momento de la práctica constitucional norteamericana ha evolucionado y hoy, puede haber perdido aquella utilidad. Sin embargo, dicha práctica puede mostrarse con vida propia y útil en otros contextos. Además, la mirada propia de

ordenamientos más pragmáticos, que asumen que la vigencia de los derechos va más allá de su nomen o su reconocimiento explícito, suena a moraleja que debemos capitalizar. Por último, la mirada del observador neutral, ajeno a nuestra realidad, ilumina aspectos del caso Mendoza que revalorizan el impacto real de esta causa. La introducción de nuevas miradas sobre la importancia de la misma nos sirve de aliento para seguir creyendo en el Derecho y sus vías de progreso.

Ofrecemos entonces a ustedes este número, deseando sea del interés de cada una de nuestras lectoras y lectores. Aguardamos aquí las réplicas, que serán ondas que nos mantengan vibrando para continuar este diálogo que no debe callar.

Por último, y antes de concluir, queremos reconocer y agradecer sinceramente a quienes de manera protagónica han hecho esto posible, las autoras y autores que han colaborado para este número. También, expresar gratitud hacia la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS, en la persona de su Secretario Adolfo Brook, por darnos el espacio para desarrollar esta idea. Apreciamos especialmente la labor concreta de todo el equipo de la Secretaría y en particular de Marcelo Ponti, a cargo de la edición gráfica de la revista.

La Plata, noviembre de 2018.

**María Carlota Ucín
Directora**

Experiencias de litigio de Interés Público



UN HOMBRE SIN ATRIBUTOS

notas sobre el caso de Aníbal C.

por José María Martocci.¹

“El poder de la razón es un poder sangriento”

M. Foucault ²

Síntesis: pese al cambio legal y constitucional producido en materia de discapacidad y salud mental en la Argentina, las prácticas judiciales e institucionales reproducen el modelo médico psiquiátrico derogado. El caso que presento, donde pobreza y salud mental trazan un destino, lo ilustra acabadamente.

Palabras clave: salud mental – insania – capacidad jurídica

Abstract: Notwithstanding Argentina has prompted legal reforms on the old regimes of persons with disabilities, the judiciary and the administration continue to apply the abolished medical model of disability. In this case, I intend to describe how this phenomenon operates in the practice.

Key words: mental health- insanity- legal capacity

I.- Encuentro

Un hombre atraviesa el pasillo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, sube una escalera que lo lleva al área de Extensión, allí pregunta y le indican el espacio que busca. Golpea nuestra puerta sobre el final del pasillo en el segundo piso del viejo e intrincado edificio, y allí nos encuentra.

¹ Abogado UNLP. Director por concurso de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Director del Seminario Intensivo en Derechos Humanos de la misma Casa de estudios.

² Foucault, 2012, p.60.

Es alto, de unos setenta años, tiene una mirada amable y paciente, va vestido con pulcritud, atildado, se expresa con educación, pausadamente. Lleva una carpeta con muchos documentos, letras sobre papeles gastados, sepias.

Pregunta por el espacio de Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Derecho –lo lee de corrido en un papel que desdobra-, le decimos que acaba de abrir la puerta del lugar que busca.

Aquí empieza para nosotros su historia. La contó en el año 2016, un viernes de julio. La narra él mismo en lo que sigue.

II.- Vivir Afuera

Nací el día 3 de octubre de 1945 y soy jubilado. Resido en la ciudad de La Plata, capital de la provincia de Buenos Aires, Argentina.

En mis años laboralmente activos fui enfermero y técnico radiólogo en el Hospital Naval, también tuve distintas “changas”³ a lo largo de mi vida, para luego concluir mi actividad laboral en la empresa Pirelli, donde me jubilé.

En el año 1972 me diagnosticaron un trastorno de ansiedad generalizado, no obstante, el cual he podido desarrollar mi vida con total autonomía todos estos años. Por este motivo me trato desde el año 1989 en el Hospital de Melchor Romero de manera ambulatoria, y por el mismo motivo es que obtuve mi certificado de discapacidad.

A lo largo de estas décadas he desarrollado mi vida con independencia, y luego del retiro anticipado que tuve que realizar de mi actividad laboral, he tenido parejas, me he separado; estudié y estudio la carrera de Medicina en la Universidad Nacional de La Plata, en la que actualmente estoy cursando el 4to año; así como he tenido que litigar por mi jubilación, por la actualización de mis haberes y he resuelto invertir su resultado de manera conveniente abriendo un plazo fijo bancario.

Todo esto valiéndome de mi propio criterio, con capacidad para cuidarme y para velar por mis intereses.

Como digo, en el año 2005, tras negárseme la jubilación por invalidez, lleve adelante un proceso jubilaro. Y más tarde, en el año 2010, procedí a iniciar un juicio por reajustes de haberes. En ambos casos, busqué y contraté abogados para que me representen y defiendan mis derechos.

³ Se refiere a trabajos ocasionales y precarios

Antes de estas circunstancias judiciales -que posibilitaron acceder en el presente a un haber previsional-, no he tenido ingresos suficientes para mantenerme y poder solventar mis gastos elementales.

Es así que, en el año 2007, agobiado por mi situación de pobreza en virtud de la cual mis recursos eran escasos incluso para afrontar el pago de la modesta pensión donde vivía (una habitación sin baño), me acerqué al Palacio de Tribunales de la ciudad de La Plata, solicitando un servicio jurídico que me pudiese ayudar a resolver esta situación. Es así que tomé contacto con la Curaduría Oficial de Alienados (COA) el día 2 de noviembre de ese mismo año 2007.

En este sitio me dijeron que me podían ayudar con mi situación económica, que era lo que realmente necesitaba, pero no me explicaron de modo claro en qué consistía esa ayuda, qué pasos requería, qué condiciones y qué perjuicios podría acarrear.

Esta ayuda consistía en un subsidio reconocido por ley -me dijeron- y es así que a estos efectos una Asistente social concurrió a la pensión en donde vivía para realizarme un Informe Socio Ambiental.

Además de esto, fui entrevistado una vez por una psiquiatra, y una vez más en el Juzgado con una señora que me pedía "perdón por la demora en el otorgamiento del beneficio".

Tiempo más tarde, en mayo del año 2015, me llegó una notificación judicial donde se me decía que me declaraban insano y restringían mis derechos. Allí leí que en virtud de esta sentencia no me puedo casar, ni votar, ni reconocer hijos, ni administrar mis bienes, entre otras libertades.

Al enterarme de esto, recibí dicha notificación y la firmé de puño y letra en disconformidad, ya que no estoy para nada de acuerdo en que se me prive de mis derechos y de poder realizar todos los actos que con plena libertad llevé adelante en estos largos años sin inconveniente alguno.

Por este motivo emprendí el camino de buscar quién pueda ayudarme a entender esta situación y a revertirla.

III.- La maquina Judicial

1.

Aníbal ingresa en el sistema judicial en el año 2008 buscando ayuda económica para paliar su pobreza. Era paciente siquiátrico ambulatorio. Se encontraba gestionando su jubilación, aún sin resultado pese a los años

transcurridos, y carecía por completo de ingresos. Malvivía en una pensión, en una pieza mínima que aún en su modestia no podía pagar. Debía varios meses cuando se decide a buscar ayuda, y encuentra asistencia en la Curaduría Oficial de Alienados (COA)⁴ donde le informan que existe un beneficio reconocido por ley para pacientes siquiátricos.

Se trata de la ley 10.315, que establece “un régimen especial de prestaciones asistenciales destinadas a posibilitar la externación de enfermos mentales internados en establecimientos siquiátricos provinciales...” que también se extiende a pacientes que se encuentren “en régimen ambulatorio a fin de asegurar debidamente la continuidad de su tratamiento psiquiátrico y la subsistencia durante el mismo.” (art. 1ero.).

La ley data del año 1992 y se impone, ya desde su lenguaje, el paradigma médico siquiátrico normalizador que la inspira.

La Curaduría Oficial le hace saber a Aníbal sobre este beneficio, que él acepta sin ser advertido que implicaba la restricción de derechos esenciales.

Veremos que la totalidad del trámite impulsado para el cobro de dicho beneficio legal se hizo, por parte de todos los operadores judiciales, sin ofrecer ninguna información certera de los actos que Aníbal consignaba o suscribía, pero bajo la creencia de que se lo ayudaba. Esto llegará al colmo con la notificación de la sentencia de restricción de derechos, que Aníbal apelará y su defensora oficial, en cambio, consentirá.

2.

Ni la ley citada ni su reglamentación fijan como condición para acceder al beneficio económico, que medie un proceso de insania y curatela; menos aún requiere de su caracterización siquiátrica, restricción de derechos, declaración y asignación judicial de curatela.

De hecho, nada en la ley exige de un procedimiento judicial, sino tan sólo de pasos administrativos a cargo de la Procuración General de la Corte.

Sin embargo, es la resolución 02/2005 del Curador General de Alienados la que dispone el proceso judicial de declaración de insania y curatela como condición para otorgar el beneficio legal. Y es por esto que la Asesora de Incapaces -así su título- impulsó el 9 de abril de 2008 el proceso judicial de “insania-curatela” -así la carátula y objeto del expediente-, que dio inicio al engranaje dirigido a su declaración, previa presentación de Aníbal con su Defensora oficial y de la evaluación médico siquiátrica a través de una junta de profesionales del propio Tribunal competente.

⁴ Organismo oficial que integra la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Pese a que su condición de paciente ambulatorio -reconocida oficialmente por el Hospital Alejandro Korn ni bien iniciado el proceso- alcanzaba para encuadrar el caso en la ley 10.315, junto con el dictamen social que estableciera su falta de trabajo y de ingresos, el sistema judicial promovió un proceso dirigido a cercenar sus derechos y sustituir su voluntad, que lleva hasta el presente más de diez años.

3.

Este proceso tiene como eje vertebral un diagnóstico médico psiquiátrico que se repetirá de ahí en más: Aníbal es portador, según el dictamen de fecha 3 de octubre de 2013, de un "Trastorno Psicótico no especificado".

Para arribar a este diagnóstico se valen de una entrevista de no más de 40 minutos que les permite describir su "estado síquico actual" del siguiente modo:

"Se presenta a la entrevista aseado, prolijo con actitud psíquica activa y conducta procedente. Su atención es fluctuante, volcada principalmente a sus vivencias. No presenta alteraciones en la percepción. Memoria con fallas leves globales. Pensamiento de curso lento que por momentos tiende a la disgregación y al detallismo. Ideas de tinte paranoide megalómanas y autorreferenciales de daño y perjuicio, sin movilización conductual. Adaptado a las normas de convivencia y de rutina. Aplanamiento afectivo. Voluntad descendida. Sueño inducido. Apetito conservado. Sin conciencia de enfermedad. Juicio crítico desviado."

Cuando avanza sobre las "Observaciones médico – legales" señala que:

"Aníbal (...) se auto vale para satisfacer las necesidades mínimas vitales de alimentación y vestimenta y aseo. Mantiene limpia y ordenada su habitación. Sabe leer y escribir. Realiza cálculos algebraicos simples. Conoce el valor del dinero. Realiza compras de alimentos y enceres, manejando por si solo el dinero para uso cotidiano de sus necesidades básicas. Administra el dinero de su pensión para la supervivencia. Viaja solo ..."

Pero advierte que:

"Se encuentra imposibilitado para los "actos de disposición", es decir aquellos que puedan alterar sustancialmente su capital o comprometerlo por largo tiempo; como comprar y vender bienes tales como automóviles o propiedades, o pedir créditos, efectuar donaciones o contratos o manejar grandes sumas de dinero. No puede efectuar actos que importen cambiar su estado civil, contraer matrimonio, reconocer hijos u obligaciones alimentarias. No puede intervenir en juicios. No puede ejercer su derecho a voto, por temática vinculada a su patología." (énfasis en el original)

Entre las premisas y la conclusión no hay ningún nexo, nada que explique el fundamento de la prohibición o de los actos vedados. El sistema judicial supone

que el saber psiquiátrico la tiene, aunque no la exponga, y le asigna a ese saber el poder de “decir la verdad” e intervenir sobre la vida de Aníbal. Esto está internalizado en los operadores, constituye un “habitus” en términos de Pierre Bourdieu, como veremos.

4.

Por su parte, la entrevista fue un paso ritual plasmado en un acta judicial, pero nunca sucedió: Aníbal nos dice que no tuvo contacto con el Juez ni conversación sustancial con algún funcionario con responsabilidad en el tribunal.

La sentencia pronunciada en el mes de octubre de 2014 ofrece un contraste claro -e irremediable- entre los fundamentos, que remiten al paradigma de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención), y su parte resolutive que hace pie de lleno en el modelo médico normalizador tutelar y manda “restringir las capacidades de Aníbal... destacando asimismo que lo será con carácter parcial para el ejercicio...” de los derechos que allí enumera.

Las “capacidades” que restringe en su “ejercicio” son las que el dictamen pericial había identificado como aquellas para las que Aníbal se encuentra “imposibilitado”, transcriptas en el ante último párrafo del punto anterior, englobadas en lo que el dictamen nombra -y subraya- como “actos de disposición”. Pero no sólo estos actos, puesto que la prohibición de casarse, de reconocer hijos, promover juicios y la de votar exceden, claramente, este signo.

5.

La sentencia encuadra el caso en el art. 141 del Código Civil (aún no había sido derogado por el Código Civil y Comercial actualmente vigente) que rezaba: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.”

Es decir, la sentencia caracteriza a Aníbal como “demente” y “sin aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes” dando por cierto y determinante el dictamen médico psiquiátrico, que, aunque también lo firma una asistente social nada tiene de interdisciplinario, pues el escrutinio médico normalizador es allí hegemónico y expulsa otras miradas y evidencias del proceso. La vida real que lleva Aníbal, que es un ejemplo de autonomía e independencia sólo condicionadas por su pobreza, no aparece en ningún momento, pues lo relevante, para el dispositivo judicial, es la caracterización psiquiátrica.

Recordemos que, al tiempo de la sentencia, ya se encontraba vigente con rango constitucional la Convención⁵ que la propia sentencia cita en su art. 12 para

⁵ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue adoptada por Naciones Unidas en el año 2006, ratificada por la Argentina por ley 26.378 el 6-junio de 2008, y con rango constitucional por ley 27.044 del 11-diciembre de 2014.

asignar a Aníbal un “sistema de apoyos (...) para la realización de los actos de disposición”, que son aquellos “que por sí no puede ejercer” (Punto 2 del FALLO). Esto junto con la prohibición, lisa y llana, de cambiar su estado civil, contraer matrimonio, reconocer hijos u obligaciones alimentarias, intervenir en juicios o ejercer su derecho a voto.

Sólo como adelanto a la crítica que desarrollaremos luego, decimos que el art. 12 de la Convención es incompatible con toda prohibición en el ejercicio de los derechos, y que el sistema de “apoyos” no lo es nunca para sustituir la voluntad sino para fortalecerla.

De acuerdo a esta norma y al modelo social que le da fundamento y campo semántico, se deben identificar de modo singular y fundado los actos que ofrecen dificultad, no para alienar al sujeto de su voluntad, sino para hacer posible y fortalecer el proceso de adopción de dicha decisión (Bariffi, 2014).

La Observación General núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de mayo de 2014 (cinco meses antes de la sentencia) ya había advertido sobre el alcance del art. 12 y sobre el paradigma sustitutivo derogado llamando a no confundir dolencia mental con capacidad jurídica (OG citada, puntos 13, 14 y 15).

Con esto la sentencia muestra una gruesa falla conceptual y una contradicción insalvable.

6.

Cuando Aníbal es notificado de la sentencia de restricción de sus derechos, firma, de su puño y letra, en disconformidad. Lo hace en soledad, en el mismo acto de entrega de la notificación, sin asistencia de ningún tipo, en uso pleno de su libertad de disentir, mostrando lucidez y entereza frente a la jerga judicial poco clara que se le dirigía.

Pese a esta voluntad expresa, su defensora oficial consiente la sentencia dando estatuto judicial a la pérdida de derechos.

Es en este estado en que conocemos a Aníbal y que tomamos intervención.

IV.- La persona negada

1.

Aníbal, como queda dicho, posee una discapacidad sicosocial que desde hace décadas trata de modo ambulatorio en el Hospital Alejandro Korn de Melchor Romero, localidad aledaña a la ciudad de La Plata. Esto le ha permitido vivir con autonomía, al punto que nunca abandonó sus estudios de medicina en la Universidad local, ni su pasión de dibujante, ni su vida social y vincular. Se ha desenvuelto con independencia, sin depender de otras personas, como lo refleja de modo exhaustivo el dictamen de la Trabajadora Social de la COA -tan ignorado como el propio Aníbal-.

Pudo no haber entrado nunca en la red judicial descripta, pero necesitaba un ingreso para sostenerse sin trabajo a la espera de su jubilación.

Su situación de pobreza unida al estigma de su cuadro mental fueron los factores estructurales que lo sometieron a un proceso de "restricción" de su capacidad y de "curatela".

Si Aníbal hubiese contado con bienes, trabajo, ingreso o una familia como sostén económico o comunitario, otra hubiese sido su suerte. Pero históricamente, salud mental y pobreza equivalen a encierro, prescindencia o exclusión, a una vida desnuda, desprovista de derechos. Un destino.

El tratamiento histórico de las dolencias mentales (o de los "enfermos mentales" como los nombra la Ley 10.315 del año 1992, aún vigente)⁶ es la segregación o la reclusión manicomial. Por eso es estructural que no accedan al mercado del trabajo, al mundo de la cultura, de lo social y a la plenitud ciudadana. Y es estructural que sean pobres.

Recordemos que en virtud del antiguo art. 482 del Código Civil argentino⁷ "(El demente (...))" podía ser privado de su libertad (...) en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros"), con lo cual bajo el ubicuo argumento de la "peligrosidad" se habilitó el encierro sine die de personas con padecimientos mentales.

Es decir, se instauró como práctica institucional y judicial la pérdida perpetua de la libertad sin el debido proceso judicial (esto es, con imputación penal, defensa, prueba y sentencia fundada en ley). La persona "demente" -al igual que los niños y niñas en el modelo del patronato- ha sufrido históricamente encierro sin condena y

⁶ La Convención, con fundamento en el modelo social de la discapacidad, deroga el uso de categorías tales como "pacientes" o "enfermos mentales" o "siquiátricos" para pasar a nombrarlas como personas con discapacidad sicosocial.

⁷ Nos referimos al histórico Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y aprobado a libro cerrado y en vigor desde 1871. Fue derogado en agosto de 2015 cuando entró a regir el nuevo Código Civil y Comercial.

sin tiempo. Y con el encierro todo tipo de violencias, que en la Argentina tiene un registro estremecedor en el informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, 2008).

En un caso de referencia, la causa "R.M.J. s/Insania", la Corte Nacional⁸ restituye la libertad a un paciente con un diagnóstico de esquizofrenia, interdicto e internado por "demente" desde sus catorce hasta sus 28 años. Bajo el argumento de la peligrosidad esta persona perdió catorce años de su vida en situación de encierro y olvido. El olvido no es una metáfora: su expediente, tanto como él, fue archivado.

2.

En términos constitucionales, se trata de una discriminación por subordinación, por formar parte, junto a otros, de un colectivo que históricamente ha sido expulsado de los bienes generales y de la vida digna que la Constitución promete (Saba, 2016).

Se trata de población sobrante y se naturaliza como tal.

Ya en 1954, en su obra inicial "Enfermedad Mental y Psicología", germen de sus desarrollos posteriores, Michel Foucault impugna el criterio binario de normalidad y patología, para inscribir a la "locura" en procesos culturales e históricos (Foucault, 2016).

Para nuestro autor, la enfermedad mental es una construcción social fundada en diversos mecanismos de legitimación y disciplinamiento, de manera que "cada cultura tendrá una imagen de la enfermedad cuyo perfil está determinado por el conjunto de las virtualidades antropológicas que desdeña o que reprime (...) definiendo la enfermedad en relación con una media, con una norma, con una configuración ". Y así "basa toda la esencia de lo patológico en esa diferencia." (Foucault, 2016, p. 120 y 121).

Desde esta óptica, tributaria de su maestro Georges Canguilhem (1970), la enfermedad física o síquica no es una entidad fija, sino reacciones del cuerpo y de la personalidad ante una situación vital específica. Así, lo anormal es tan normal como anormal puesto que ambas realidades dependen de "la organización de lo vivo". En Foucault no se trata de una "normatividad biológica" sino de una social. El saber médico "se organiza alrededor de la norma" y procura deslindar "lo que es normal de lo que es anormal" mediante un criterio que no es biológico, sino social (Foucault, 2012, p. 35).

La regla de normalidad que vertebra el modelo médico instala un patrón de medida, un sujeto y un cuerpo legítimo. Y, claro está, una racionalidad, una forma

⁸ Sentencia del 19 de febrero de 2008 que llega por una cuestión de competencia (CSJN. Competencia n 1195, XLII)

de discernir adecuada, un método en los procedimientos mentales aceptable. En términos de Max Weber, un modo de discernir con arreglo a fines. Se trata de racionalidades ligadas a lo productivo y a la utilidad social, características de la modernidad occidental. Así, la locura es lo "otro" de la razón y de lo útil, y la razón es una y universal.

Por su lado, quien detenta autoridad para detectar que esto esté o no presente -y de modo inapelable- en el sujeto/objeto bajo evaluación, es el dictamen médico psiquiátrico, que es un saber que categoriza, clasifica, nombra y define la suerte de personas como Aníbal. Se trata de un saber normalizador. Como advierte Foucault (2006) el médico produce "verdad" sobre la enfermedad. Según el autor, este poder se agudizó a partir del encierro psiquiátrico que comenzó en Europa, de manera dominante, en el siglo XVII. Ya veremos las debilidades de este discurso y sus efectos sobre la vida.

3.

Este sometimiento se perpetúa también en pacientes ambulatorios, y el caso que comentamos lo expresa como pocos: Aníbal es un paciente ambulatorio que pierde derechos esenciales por su pasado y por su pobreza, que lo persiguen como un estigma.

Es para la sociedad y la institución judicial, un "otro" y, como tal, es "no persona" alguien a quien "tutelar" pero no a quien escuchar y comprender. Una subjetividad cuya voluntad el derecho captura, con notable eficacia, bajo el argumento de su protección.

De este modo pierde la disposición de sus mínimos bienes, para su protección. Pierde la posibilidad de casarse, de adoptar o reconocer hijos, de invertir sus magros ahorros, de votar, porque hay que protegerlo, también, de equivocarse. Hay que protegerlo del riesgo de vivir.

Se trata, en fin, de una discriminación estructural sustentada en un poder/saber hegemónico, en un determinado modo de concebir la vida y el mundo, que por dominante y cotidiano aparece como natural e inexorable. Una red de significaciones y codificaciones en nombre de la cual se predica la verdad, la unidad, la inmovilidad, la perfección (Díaz, 2007, p. 102).

Sabemos que la Convención intenta quebrar este dominio al instaurar otra filosofía sobre discapacidad, que la ubica claramente en una construcción social que resiste el despliegue vital de la diversidad. La discapacidad no es la deficiencia, sino el modo en que lo social la inscribe en la comunidad, el lugar que le reserva, los obstáculos que le ofrece, el espacio vital que le asigna (Convención, Preámbulo).

Al ser la discapacidad una construcción social y política, puede ser revertida. No es una fatalidad, como siempre se la consideró; la red de prejuicio y opresión que la sostiene puede ser desarmada, denunciada y removida.

La Convención -hija de la lucha por los derechos de las propias víctimas- tiene este objetivo emancipador.

V.- De cómo la negación de los derechos persiste

1.

Con lo dicho se advierte, por lo pronto, la colisión entre la práctica judicial descrita y el paradigma constitucional de los derechos humanos. Dos sistemas que no pueden convivir. Uno constitucional, asentado en la dignidad, autonomía y no discriminación de la persona humana; el otro en la prescindencia y segregación de las vitalidades diversas.

La Convención adoptada por la ONU en el año 2006 es un tratado de derechos humanos, por lo que se asienta en sus principios de protección preeminente de la persona, al tiempo que desarrolla derechos y herramientas para asegurar que la persona con discapacidad sea un sujeto de derecho (personería, capacidad jurídica y autonomía), con acceso pleno al mundo social, económico, político y cultural (accesibilidad, inclusión laboral y educativa), y con la posibilidad real de una vida independiente, sin tuteladas, suplencias ni reemplazos.

Con esto se hace obvia la incompatibilidad de dos sistemas opuestos: uno resalta la dignidad de la vida de toda persona con discapacidad mental, el otro la mutila y coloniza.

2.

Nuestra posición como Clínica Jurídica fue considerar nulo todo lo actuado en orden al beneficio acordado por la Ley 10.315, sosteniendo que un proceso que se edifica en la prescindencia de la PCD confronta el modelo social de la Convención, tornándose, sencillamente, inválido, ineficaz. Sosteniendo con esto que todo lo hecho en esta causa judicial no resiste el "control de convencionalidad".⁹ Por varios motivos:

Por tratarse de un proceso discriminatorio;

Por ser contrario al derecho a la personería y capacidad jurídica;

⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza esta expresión desde "Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile", sentencia del 26-9-2006, Cons. 124: "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

Por violar el debido proceso y la defensa en juicio;

Y por ser, la sentencia, contradictoria y arbitraria.

Veámoslo de cerca:

El proceso entero es discriminatorio porque la pérdida de derechos de Aníbal lo es por su necesidad económica y por su pasado "psiquiátrico". Se trata de dos desigualdades estructurales, que comprometen a este grupo por el sólo hecho de serlo. Pobreza y "locura" (art. 141 Código Civil) es el signo de su exclusión, lo que activa el prejuicio y la restricción de derechos. En términos de Saba (2016), se trata de una "discriminación por subordinación".

El proceso es contrario al derecho a la personería jurídica pues en ningún momento reconoce en Aníbal a un sujeto, a una persona con voluntad, con discernimiento y deseos propios frente al Estado y a la sociedad. Para el Estado – aquí a través de su Poder Judicial- es alguien a tutelar pues, aunque no se dice, encarna un peligro para sí mismo. Bajo esta ficción construye la ausencia de Aníbal en su propio proceso.

Es contrario al derecho a la capacidad jurídica por razones más que obvias pero que cabe recordar: la Convención no acepta bajo ningún aspecto ni grado que una persona con discapacidad mental delegue alguna capacidad de decisión en un tercero. Por el contrario, la capacidad se potencia mediante los "apoyos" y "salvaguardias". No hay restricción de derechos ni de su ejercicio, la PCD debe estar siempre presente en sus decisiones y los "apoyos" serán, en cada caso y de acuerdo a la singularidad comprobada, el medio que permita hacer aflorar la voluntad. No hay sustitución de la voluntad, sino su fortalecimiento. Así, todo acto o proceso contrario a estos principios convencionales es inconstitucional e inválido.

En igual sentido, y con rango de garantía para la persona, el discurso médico psiquiátrico no puede constituir la prueba excluyente y debe dialogar con otros saberes y con evidencias de la vida real de cada persona, múltiples en nuestro caso.

Por último, señalamos que la violación de la garantía del debido proceso es flagrante: la voluntad de Aníbal fue sepultada por la de los operadores judiciales. Ignoró por completo el sentido del proceso abierto para medir su "capacidad". No fue escuchado por ningún funcionario responsable y no fue atendida su disconformidad con la sentencia que amputaba sus derechos esenciales. Pero, además, bajo la excusa de un dictamen "interdisciplinario" –que no lo es- se impone una mirada psiquiátrica al margen de los aportes de la asistente social que muestran su vida cotidiana autónoma.

3.

Se planteó, pues, con los argumentos constitucionales ya vistos, la nulidad del proceso ante el propio juez de la causa, quien dispuso su traslado tanto a la Asesora de Incapaces como a la Curaduría Oficial.

Entre idas y vueltas la definición se dilataba y nunca llegó.

A cambio de la nulidad pedida, el juez dispuso una nueva pericia "interdisciplinaria" a la que Aníbal se negó por entender que aceptarla significaba consentir el proceso y el avance sobre sus derechos.

Es así que planteó la revocatoria de la orden de nueva evaluación reiterando el pedido de nulidad, con apelación en subsidio ante su eventual rechazo.

El rechazo llegó y el expediente arribó al Tribunal de Alzada para resolver la apelación subsidiaria.

4.

La Cámara de Apelaciones se pronunció algunos meses después y no en el sentido pretendido en orden a la nulidad de todo el proceso, sino convalidando la postura del juez de origen en cuanto a la necesidad de someter a Aníbal a una nueva evaluación "interdisciplinaria".

La decisión de la Alzada dejaba a Aníbal en una nueva disyuntiva: de aceptarla, debía prestarse a una nueva evaluación (que repudiaba, al constituir un eje central del engranaje siquiátrico judicial que lo despojó); mientras que de no aceptarla debía asumir para siempre su condición judicial de sujeto menguante, parcial, con su capacidad jurídica restringida.

El sistema judicial, que debe ser garantía de los derechos fundamentales según todos los tratados de derechos humanos, aquí operaba sobre Aníbal de un modo violento, reforzando su proceso de pérdida de derechos.

Ante esto, Aníbal presentó, con el patrocinio de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad (FCJS-UNLP), un recurso extraordinario por inaplicabilidad de ley o doctrina legal y, en paralelo, otro de nulidad.

Sabido es que la Corte provincial no es un tribunal de hechos ni de prueba (propios de los tribunales de grado) sino que habilita de manera restringida el control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de las instancias inferiores.

Por tanto, no es tercera instancia sino un órgano de control de la aplicación de la ley vigente y de la Constitución; adecuado al caso de Aníbal donde lo actuado por los órganos inferiores confronta los principios y los derechos consagrados en la

Convención de la materia y de la Constitución nacional y local, y donde hay una inadmisibles inversión de la jerarquía normativa.¹⁰

5.

Con el recurso extraordinario interpuesto se abrió una nueva etapa y una nueva espera.

Fue denegado por la Cámara de Apelaciones -por entender que la suya no se trataba de una sentencia definitiva- de modo que debimos acudir en "queja" (o recurso directo) ante la Suprema Corte provincial que, previo requerir la acreditación del beneficio para litigar de modo gratuito o en su defecto pagar la tasa del recurso, admitió el recurso de "queja" y entró en la consideración del recurso extraordinario que aún sigue pendiente de definición.

Es interesante pensar la exigencia de la tasa judicial de modo indiscriminado como lo hace la Corte local, aún frente a casos de grupos vulnerables cuyo acceso a la justicia es, de por sí y por razones estructurales, altamente improbable. Nos educamos en la creencia de que los beneficios de la ley y la Constitución se expanden en el común de los ciudadanos y ciudadanas, tanto como que sus tribunales están abiertos a remediar sus violaciones sistemáticas, sin embargo, los derechos declarados en esos textos no llegan a vastos colectivos, a favor de los cuales la propia Constitución reclama políticas de protección y preferencia (art. 75 incs. 17, 19 y 23 CN.; art. 36 Constitución provincial).

Precisamente en un caso de salud mental y derechos humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que "toda persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de derechos humanos"¹¹. Sin embargo, este mandato de protección aquí no pasa de la declamación.

Insistimos ante la Corte local sobre las constancias ya reunidas en torno a la pobreza de Aníbal (como el dictamen de la asistente social de la Curaduría) y a la propia índole del beneficio legal buscado; también adjuntamos testimonios manuscritos reunidos por él mismo entre sus vecinos, que dan cuenta de su pobreza. Y recordamos que pedíamos el acceso libre a ese tribunal para reparar las violaciones esenciales que el propio sistema judicial había provocado.

Nada conmovió la postura dogmática reseñada y tuvimos que obtener en el juzgado de origen un beneficio para litigar sin gastos, en el breve lapso otorgado por la Corte a ese fin.

¿Cuánto le debe el derecho al trajinar en su lucha?

¹⁰ El art. 75 inc. 22 de la Constitución Argentina coloca a los Tratados de derechos humanos que allí cita a su mismo rango.

¹¹ "Ximenes Lopes vs. Brasil", sentencia del 4-julio-2006.

Abierto el recurso extraordinario al conocimiento de la Suprema Corte se abre una nueva etapa aún sin definición. Y una nueva espera.

VI.- Perspectiva crítica

1.

La captura de Aníbal por parte del sistema legal y judicial aún no concluye. Es probable que la Corte demore su definición algunos años y quizás cuando esto ocurra estemos a tiempo y sea útil para él y para quienes le sigan. Quizás no.

Pero el testimonio de la vida de Aníbal y de cómo fue tratado al unir en su existencia una discapacidad psicosocial y la pobreza, acaso sirva para deconstruir las prácticas judiciales y someterlas a una crítica en perspectiva de derechos humanos, que es, cabe recordarlo, la exigencia constitucional: toda práctica institucional, toda ley, toda norma, toda sentencia o resolución judicial, sea cual sea su grado, están sometidas a un control de convencionalidad, vale decir, al juicio sobre su compatibilidad con los principios de no discriminación, de dignidad y protección eminente de la persona humana.

Queremos concluir con algunas notas críticas que interrogan no sólo sobre el derecho sino también sobre las prácticas institucionales que lo ponen en marcha, engranajes ciegos de una máquina que no cesa.

2.

El derecho actúa un imaginario sobre la locura, que es el construido por la medicina psiquiátrica desde al menos el siglo XVII, momento en el que se establece el encierro y, con esto, la agudización del poder médico de producir verdad sobre la enfermedad mental (Foucault, 2006, pp. 51-65).

Para este autor la locura no es una enfermedad sino una historia, la historia de "lo otro": lo otro de la razón. Un hecho de la cultura (Roudinesco, 2007, p.101 y ss.).

El saber psiquiátrico, por tanto, constituye un discurso de poder, que instaura una "ideología del peritaje" que da por sentado lo medible y catalogable de toda subjetividad (Foucault, 2000).

En materia de salud mental, es el discurso legitimante de las decisiones del poder judicial en torno a la vida de "personas con padecimientos mentales", tal como las nombra la ley 26.657 (2010)¹² que abre un nuevo paradigma en la materia

¹² Reiteramos que según la Convención se trata de una "discapacidad psicosocial", pues las personas con discapacidad no "padecen" una deficiencia sino la opresión social.

a la luz de la vigencia constitucional de los derechos humanos (art. 1 y ss.) y que pone en crisis el histórico modelo psiquiátrico de medicalización y encierro, abriéndose a un abordaje social, interdisciplinario, comunitario y de derechos.

Pero en el caso de Aníbal vemos que, pese al nuevo marco legal, constitucional y teórico de la salud mental, plenamente vigente al tiempo de su proceso y sentencia, los jueces y juezas de la causa siguieron sometidos al dictum psiquiátrico, aunque adolezca de serias fallas de razonamiento, siendo que, como se dijo, entre las premisas y la conclusión no hay nexo argumental, hay un vacío, una interrupción donde reina la hegemonía psiquiátrica y el habitus jurisdiccional.

3.

¿De qué modo puede Aníbal resistir el juicio terminante, sesgado e inapelable del tribunal de peritos que instituyeron su “ser”? ¿Cómo oponer a este juicio la verdad sobre su vida?

El caso aquí tratado demuestra que no hay modo de hacerlo, que su vida real tuvo menos peso que el dictamen pericial.

El modo de resolver el planteo de nulidad del juez de grado fue ordenar una nueva pericia psiquiátrica, mientras que la Alzada convalidó tal parecer. Nadie advirtió el sometimiento de Aníbal a un proceso innecesario e injusto, la aniquilación de su garantía de defensa, la ausencia de su voz personal, de su voluntad, siempre sustituida por operadores que el sistema tiene como los mejores defensores de su interés.

Nadie fue capaz de ingresar con respeto a su vida real, de conocer su capacidad de vivir y ejercer como puede su autonomía -como cualquier persona- sin molestar a terceros y asumiendo el riesgo de sus decisiones.

Y ningún juez fue capaz de sujetarse del mandato psiquiátrico y de su poder de decir “verdad” sobre Aníbal.

Bourdieu (2001, Cap. V) propone la noción de “habitus” para denotar las estructuras sociales interiorizadas, incorporadas por los individuos en forma de esquemas de percepción, valoración, pensamiento y acción. Se trata de un sistema de disposiciones duraderas que determinan, sin saberlo, nuestro modo de ver el mundo y la vida, y el campo normalizado en el que se producen nuestras decisiones.

El caso que hemos expuesto, como muchos otros, se inscribe en un habitus institucional, vale decir, en un modo de concebir la enfermedad mental y los sujetos que la padecen. Y el modo de abordarla judicialmente. Un modo “maquínico” donde el aparato del Estado produce codificaciones unitarias, totalidades significantes (Díaz, 2007, p. 89).

Desde esta manera irreflexiva acerca de las propias prácticas, pero asumiendo como habitus que son las correctas, se tiene por irrefutable el saber siquiátrico y sus convenciones, su modo de clasificar y de producir “verdad” acerca de la demencia.

Con esto basta para que Aníbal ingrese en el otro tramo del dispositivo de captura de su vida, que es el marco normativo dentro del cual fue declarado demente, los antiguos arts. 141 y 482 del Código Civil que rigió en Argentina hasta el año 2015.

VII. Conclusión

Cuando el poder judicial en vez de ser garantía de los derechos es parte de la maquinaria que los oprime, confronta con sus prácticas el paradigma constitucional de los derechos humanos.

Doble paradoja, pues ¿a quién recurrir?

Si la garantía judicial no es garantía sino su contrario ¿dónde encontrarla? Si es un engranaje más del dispositivo de dominación ¿qué hacer?

No se trata, el de Aníbal, de un caso aislado. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad tiene vigorosa protección convencional, sin embargo, las prácticas judiciales e institucionales siguen en los hechos el modelo anterior, que hemos presentado aquí.

El habitus institucional confisca la vida de muchas personas, y no sólo en materia de salud mental. La violencia institucional –en sus diversos modos- se despliega en muchos campos, especialmente en aquellos colectivos débiles: niñas y niños, migrantes, personas detenidas, ancianos, ancianas, mujeres, los sujetos de la pobreza.

Lo “otro” del sujeto hegemónico. Desheredados, sujetos de castigo y de excepción, por cuanto su sufrimiento no es atendido por el derecho.

Giorgio Agamben (2017) desenterró una categoría del derecho romano arcaico para ilustrar esta vida desnuda, desprovista de atributos de ciudadanía, que puede ser eliminada sin consecuencias. El homo sacer, precisamente, es aquella persona expuesta a un poder de muerte. Se trata de una vida sin valor. Su eliminación no tiene efectos en el mundo. Es materia de olvido.

El poder de esta imagen desestabiliza la ilusión de los derechos humanos y nos habla de la realidad mayor de su incumplimiento, si no la dotamos del poder que los grupos débiles no tienen, pero que constituye, al propio tiempo, la

posibilidad siempre abierta a la respuesta comunitaria, a la red de resistencia, a la política sin delegaciones como diseño posible de la vida en común.

Referencias Bibliográficas

- Agamben, G. (2017). Homo sacer. El poder soberano y la vida desnuda. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Bariffi, F. (2014). El Régimen Jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad. Madrid. Ediciones CINCA
- Bourdieu, P. (2001). Poder, derecho y clases sociales, Bilbao, Ed. Desclee de Brouwer.
- Canguilhem, G. (1970). Lo normal y lo patológico. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2008). Vidas Arrasadas. La segregación de las Personas en los Asilos Psiquiátricos Argentinos. Buenos Aires: Siglo XXI. Disponible online en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/2008-CELS-Vidas-arrasadas.pdf>.
- Díaz, E. (2007). Entre la tecnociencia y el deseo. La construcción de una epistemología ampliada. Buenos Aires. Ed. Biblos Filosofía.
- Foucault, M. (2000). Los anormales (Curso en el Collège de France, entre enero y marzo 1975). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2006). La vida de los hombres infames. Buenos Aires: Altamira.
- _____ (2012). El poder, una bestia magnífica. Buenos Aires: Siglo XXI.
- _____ (2016). Enfermedad Mental y Psicología. Buenos Aires: Paidós.
- Roudinesco, E. (2007). Filósofos en la tormenta, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Saba, R. (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley. Buenos Aires: Siglo XXI.

Normativa

- Código Civil de la República Argentina (Código de Vélez Sarsfield, vigente desde el 1/1/1871 hasta el 1/8/2015).
- Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).
- Constitución de la Nación Argentina (CN). ART. 75 inc. 17, 19, 22 y 23.
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CPBA). ART. 36.
- Ley N° 10.315. Ley de Externación de Enfermos Mentales.
- Ley N. ° 26.657 B.O. 2-12-2010. Ley Nacional de Salud Mental.
- OBSERVACIÓN GENERAL N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Jurisprudencia

- "R., M.J s/Insania" (2008): Corte Suprema de Justicia Argentina, 19 de febrero de 2008 (acción de insania, competencia)
- Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile (2006) Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 26-9-2006.

POST SCRIPTUM

Mientras este trabajo se encontraba en trance de ser publicado, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dictó sentencia en la causa que hemos reseñado, haciendo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley y ordenando, en su voto mayoritario, que el juez de origen se pronuncie sobre la nulidad reclamada, para lo cual consideró inválido todo lo actuado desde el momento en que Aníbal C. firmó en “disconformidad” la sentencia que declaraba su insania y conculcaba sus derechos fundamentales, en especial las decisiones que lo obligaban a una nueva evaluación interdisciplinaria. El voto en minoría fue aún más allá: consideró nulo todo lo actuado en el proceso de insania y curatela.

Las razones que expone la Suprema Corte provincial para arribar a esta conclusión serán motivo de un trabajo posterior que, esperamos, pueda publicarse en el futuro, cuando la sentencia y el tiempo nos deje leer sus significados más relevantes y sus implicancias, acaso hoy inesperadas, en el campo de la salud mental. Sabemos que toda sentencia significativa vive, al igual que todo texto importante, en su interpretación dinámica y múltiple, de manera que el tiempo nos dejará mayores y mejores lecciones que las que hoy tenemos.

No obstante, podemos decir que la sentencia dictada el día 19 de septiembre pasado por la casación provincial reivindica la condición de persona autónoma de Aníbal, su condición de sujeto de derecho, su derecho al debido proceso, y a que su voz propia y singular sea escuchada y tenida en cuenta como expresión de voluntad con efectividad y sin representaciones, e incluso por encima de su mandataria legal en el proceso. Al mismo tiempo la Corte recupera el valor normativo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tanto como la opinión de su Comité de seguimiento al tiempo que encuentra vulnerado en concreto el derecho a la personería y capacidad jurídica de Aníbal.

No es poco, y quizás sea el comienzo de un cambio institucional general que abandone las prácticas de exclusión y subordinación de las personas con discapacidad y avance hacia el modelo convencional vigente que es el de los derechos humanos, vale decir, aquél que consagra el derecho de toda persona a un trato digno y no discriminatorio, y a que el mundo aloje toda singularidad y diversidad.

La Plata, 3 de octubre 2018.

José María Martocci

Artículos



LA NECESARIA REFORMULACION DEL “CASO CONSTITUCIONAL” PARA LOGRAR UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE “INCIDENCIA COLECTIVA”

Por Dante D. **Rusconi**¹³

Resumen: el ingreso de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de legalidad constitucional, sin dudas significó un hito trascendental para el ordenamiento jurídico nacional, que se vio sustancialmente robustecido y jerarquizado. Pero tal incorporación, extendió las fronteras del denominado test de constitucionalidad, convirtiéndolo en un control mucho más amplio y profundo en su sustancia; de este modo, el control de constitucionalidad se repotenció y se convirtió en “control de convencionalidad”.

Este trabajo, pretende reflexionar acerca de la potencialidad del control de constitucionalidad, como una herramienta procesal apropiada para llevar a cabo la adaptación convencional del derecho interno. Ello supone repensar la doctrina judicial actualmente imperante en torno a los recaudos para su procedencia y los alcances de sus efectos.

Palabras clave: Derecho Constitucional - Derechos Humanos – Control de convencionalidad – Acciones colectivas

Abstract: the inclusion of international human rights treaties into the constitutional body strengthened and hierarchized the national legal system. Such incorporation deepened and extended the boundaries of the so-called “test of constitutionality”,

¹³Abogado UNLP, La Plata, Argentina. Especialista en Derecho del Consumidor. Juez de Faltas de la Municipalidad de La Plata. Correo: danterusconi@gmail.com.

which evolved towards the "*control of conventionality*". This work intends to analyze the potential of control of constitutionality as an appropriate tool to incorporate the international law into the domestic law, which in turn demands to rethink about the control of constitutionality's requirements to proceed and the scope of its effects.

Keywords: Constitutional law – Human rights – Test of conventionality – Class actions

I. Introducción

El ingreso de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de legalidad constitucional, luego de la reforma constitucional del año 1994, sin dudas significó un hito trascendental para el ordenamiento jurídico nacional, que se vio sustancialmente robustecido y jerarquizado. Los derechos y garantías que ya se encontraban reconocidos en la Carta Magna, y los "nuevos derechos y garantías" incorporados en el Capítulo Segundo (arts. 36 a 43), se vieron potenciados con la entronización constitucional de los instrumentos internacionales enumerados en el inciso 22 del artículo 75. Y este fenómeno, a mi juicio, aún no es posible de ser apreciado en su verdadera dimensión puesto que el acervo jurisprudencial que viene generándose desde entonces a nivel interno está en pleno desarrollo, e incluso con algunas serias regresiones, mientras que, en simultáneo, los tribunales y órganos de tratados del Sistema Interamericano y de Naciones Unidas continúan interpretando expansivamente los contenidos y alcances de aquellos instrumentos.

Una de las vías mediante la cual aquél conglomerado de normas enriquece nuestro derecho interno, es el denominado control de constitucionalidad que desarrolla el Poder Judicial a través de todos los tribunales que lo componen en todas sus instancias. Originariamente este control se efectuaba mediante el cotejo de la norma en cuestión únicamente con el articulado de la Constitución Nacional, pero la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Carta Magna extendió las fronteras del denominado "test de constitucionalidad", convirtiéndolo en un control mucho más amplio y profundo en su sustancia; de este modo, el control de constitucionalidad se repotenció y se convirtió en "*control de convencionalidad*". A la vez, dicho control, otrora realizado exclusivamente por los jueces del Poder Judicial, merece ser revisado a la luz de los lineamientos derivados de la doctrina de la Corte IDH que aconseja que esta tarea también debe llevarse a cabo en todos los estamentos del Estado. (Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 2011).

Sabido es que en Argentina el modelo de control de constitucionalidad establecido por nuestra Constitución Nacional es el denominado "difuso", que

posibilita que todos los jueces del Poder Judicial, y de todas las instancias, puedan (deban) expedirse sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a su conocimiento, aún de manera oficiosa¹⁴. Y ese conocimiento, según inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborada en torno al artículo 116 de la Constitución Nacional (ex art. 100), debe versar sobre un “caso” o “causa” concreta. Esta limitación implica que los jueces no pueden expedirse sobre hipotéticos conflictos o emitiendo opiniones generales o meramente consultivas, sino que, contrariamente, la jurisdicción debe recaer sobre concretas situaciones litigiosas. Esta interpretación tiene origen en el artículo 2 de la Ley 27 de Organización de la Justicia Nacional (sancionada el 13 de octubre de 1862) que establece que “nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”.

Me interesa reflexionar en este trabajo acerca de la potencialidad del control de constitucionalidad -ya sea que el mismo se canalice mediante la denominada “acción meramente declarativa” contemplada en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; a través de las garantías adjetivas contempladas en el artículo 43 de la Constitución Nacional, particularmente la acción de amparo; e incluso a través de otras vías inespecíficas-, como una herramienta procesal apropiada para llevar a cabo la adaptación convencional del derecho interno. Ello supone repensar la doctrina judicial actualmente imperante en torno a los recaudos para su procedencia y los alcances de sus efectos.

II. Antecedentes de la acción de inconstitucionalidad

La declaración de inconstitucionalidad a través del art. 322 del CPCCN tiene como primer reconocimiento jurisprudencial el pronunciamiento de la Corte Suprema Nacional en el caso “Santiago del Estero c/Nación Argentina”. En este caso la demanda fue promovida como una acción de amparo, vía que el tribunal consideró inapropiada por no ajustarse las circunstancias del caso a los recaudos establecidos en la Ley 16.986. Ante ello se tuvo en cuenta que “...la acción declarativa, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza.” (CSJN;

¹⁴ Se trata del ejercicio de un poder constituyente material que le permite a la Corte Suprema de la Nación, como intérprete final de la Constitución, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas (ver HARO, Ricardo, “Acción declarativa de inconstitucionalidad, sus vicisitudes y progresiva consolidación”, publicado por la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba en www.acaderc.org.ar).

Fallos 307:1379, 1985, con cita del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica en el caso "*Aetna Life Insurance Co. c/ Havorth, 300 U.S.227*"). Se encuadró la pretensión bajo el carril del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial y se le dio a la actora un plazo de diez días para adecuar su demanda al proceso sumario. De esta forma, la Corte abandonó su anterior doctrina según la cual sólo consideraba configurado un "caso" a los fines de ejercer el control constitucional, cuando fuera necesaria la reparación de un daño y el proceso culminara con una sentencia de condena o absolución¹⁵. (Rosales Cuello, 2000)

La doctrina destaca que la acción meramente declarativa del art. 322 del CPCCN no es la única vía apta para canalizar este tipo de pretensiones, pudiéndose lograr el mismo resultado mediante otros procesos -v. gr. la acción directa de inconstitucionalidad o el amparo del art. 43 CN- o a través de su acumulación con otras pretensiones (según los distintos casos en que ello proceda), y también con el proceso de impugnación de reglamentos y actos administrativos que prescriben los arts. 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, o vías similares en el orden local. (Cassagne, 2015)

Apunta el autor que, a partir de la década de 1980, la Corte Suprema comenzó a reconocer la procedencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad siguiendo, en parte, los criterios expuestos por el ex Procurador General de la Nación, Dr. Eduardo H. Marquardt en el dictamen emitido en el caso "*Hidronor c/ Provincia de Neuquén*", en el año 1971. En el magistral dictamen del Procurador se desarrolla un pormenorizado análisis de la evolución de la jurisprudencia norteamericana en torno al instituto y la función del control de constitucionalidad de los jueces, así como la interpretación del requisito de la existencia de un "caso" para habilitar la jurisdicción, análisis que lo lleva a valorizar la vía del art. 322 del CPCCN para ejercer el control de constitucionalidad (Cassagne, 2015)

Por su lado, la acción directa de inconstitucionalidad tuvo como primer mojón el fallo de la Corte Nacional recaído en el caso "*Constantino Lorenzo*", donde la pretensión fue rechazada por considerar que no existía un "caso contencioso", requisito imprescindible en la doctrina del Superior Tribunal para que la actuación del Poder Judicial no afecte el principio de división de poderes. No obstante, el tribunal hizo allí una importante observación a tener en cuenta a la hora de delinear "el caso constitucional", señalando como requisito la existencia de un "interés inmediato del particular que efectúa la petición". (CSJN:12/12/1985, Fallos 307:2384, 1985, consid. 4º)

Rosales Cuello rescata las enseñanzas de Chiovenda poniendo énfasis en una idea que resulta central desde el punto de vista del análisis que aquí se pretende

del instituto de la acción declarativa, y ella es su potencialidad preventiva puesto que representa uno de los medios para evitar el acaecimiento de un daño. (Rosales Cuello, 2000) Me permito sumar la postulación de una finalidad superadora de la prevención de daños, cual es, sin desmedro de la anterior, la de evitar de la conculcación de derechos fundamentales de la sociedad independientemente de la existencia de daños concretos.

III. La acción colectiva de inconstitucionalidad: vías y legitimados

Como es sabido, las clásicas categorías de situaciones jurídicas que justificaban las legitimaciones judiciales activas –interés simple, interés legítimo y derechos subjetivos- se han visto desbordadas en una sociedad cada vez más compleja, usualmente denominada como *posmoderna* o “globalizada”, cuyas principales características son la masificación y la diversidad de situaciones jurídicas. (Saux, 1995)

Ahora bien, siendo que los “casos” contenciosos pueden ser de índole individual o “de incidencia colectiva”, y teniendo en cuenta la reciente¹⁶ y fructífera doctrina judicial -en franco proceso de desarrollo- en torno a las acciones colectivas –muy especialmente en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, resulta interesante analizar algunas particularidades de la petición de certeza constitucional cuando es intentada en un proceso de esa naturaleza. (Rusconi, 2011) Interesan igualmente las resonancias preventivas y plurales, de inestimable trascendencia social en muchos casos, que cabe adjudicarle a este tipo de procesos, ello puesto que si bien, como principio, el control de constitucionalidad únicamente posee alcances “inter partes” y en el marco de una causa o controversia determinada¹⁷, dicho alcance claramente es excedido a la luz de la natural resonancia expansiva propia de las acciones de incidencia colectiva¹⁸.

Desde el punto de vista de la legitimación activa, en el conocido caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, si bien aclarando que el actor accionaba en virtud de “un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional”, la Corte Suprema sostuvo que “(a) diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa

¹⁶ El hito aquí corresponde colocarlo en el año 2009 con el leading case “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”; Fallos: 332:111; sent. del 24/02/2009).

¹⁷ Ver dictamen del Procurador Marquardt en el caso “Hidronor S.A. c/ Provincia del Neuquén”; Fallos: 307:1387.

¹⁸ Corresponde aclarar que el efecto “erga omnes” de la cosa juzgada en las acciones colectivas posee diferentes modalidades, cuyo estudio pormenorizado excede el objetivo de este trabajo.

de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal..." (CSJN:70029407,1992, consid. 25°) Se avizora en esa interpretación, aunque de manera tal vez no querida, el reconocimiento de la figura del "exponente de clase" que en el sistema de la Regla 23 del Procedimiento Judicial Civil Federal norteamericano, es el sujeto que primero activa la representación judicial (legitimación) del colectivo (grupo o clase) afectado. (Rusconi, 2011)

La diferencia más sustancial que puede señalarse entre ambos supuestos de legitimación, es que en la doctrina que emana de "Ekmekdjian" la aptitud procesal colectiva fue receptada con carácter excepcional y como derivación del ejercicio de un derecho subjetivo con resonancias múltiples, de goce indivisible, que fue ejercido por quien "llegó antes" que los demás titulares a los estrados judiciales; mientras que en el sistema de la Regla 23 de Estados Unidos de Norteamérica, la legitimación se reconoce sobre la base de la mejor aptitud de quien se postula para litigar el caso en la Justicia, cuya idoneidad es analizada por el juez en un proceso previo de "certificación de la clase".

Si bien la Corte luego se encargó de aclarar que en Argentina no regía un sistema de acciones grupales idéntico al de la Regla 23, ésta fue la base sobre la cual se estructuró la creación pretoriana del proceso colectivo en nuestro país a partir del *leading case* "Halabi" (Fallos: 332:111, 2009, consid.17). Desde entonces, como anticipábamos, la hermenéutica del Superior sobre el punto ha sido progresiva¹⁹.

Las limitaciones que la doctrina judicial había señalado otrora a la representación judicial de intereses que en sentido estricto podrían calificarse como "ajenos", fue definitivamente superada desde el derecho positivo en el año 1994, con la incorporación en el artículo 43 de la Constitución Nacional de los legitimados activos para accionar ante la lesión, restricción o amenaza de derechos de incidencia colectiva en general: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

El precedente de la Corte Nacional que habilitó la legitimación activa de una entidad que ostentaba el carácter de representante de derechos e intereses distintos a los propios, en relación a una petición colectiva de certeza

¹⁹ Aunque con ciertas modulaciones en torno, fundamentalmente, a los procesos colectivos de consumidores basados en afectaciones de derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial. En este sentido, puede verse a modo de ejemplo, CS, 10/02/2015, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cia. Industrial Argentina S.A. y otros", La Ley Online, AR/JUR/133/2015. Para un panorama más general, ver GIANINNI, Leandro, "La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva. Avances y retrocesos en la tutela de derechos de incidencia colectiva de usuarios y consumidores (a seis años del caso "Halabi")", Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, a realizarse en San Salvador de Jujuy del 10 al 12 de septiembre de 2015.

constitucional, fue el fallo dictado en la causa "AGUEERA"²⁰ (CSJN: 320:690, 1997). Aquí la legitimación activa la ejerció la asociación actora en representación de los intereses de sus asociados, apoyándose en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional que reconocen el derecho de los consumidores a asociarse, a participar mediante asociaciones que los nucleen en los marcos regulatorios de los servicios públicos y sus organismos de control, quedando legitimadas esas entidades para iniciar la acción de amparo colectivo.

Lo anecdótico del caso "AGUEERA" fue que, paradójicamente, se reconoció legitimación colectiva sobre la base de las normas constitucionales destinadas a proteger a los consumidores y usuarios a una asociación que nucleaba a "grandes usuarios" del servicio de energía eléctrica quienes era usuarios industriales (empresas) del servicio en cuestión, razón por la cual, en sentido estricto, no encajarían dentro del concepto de "consumidor" delineado por los artículos 1 y 2 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la doctrina judicial y autoral al respecto. (Rusconi, 2014)

En el dictamen del Procurador al que en parte remitió el voto unánime de los miembros del tribunal, se destaca que "la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual..."²¹. Al mismo tiempo, y haciéndose cargo de aquellas opiniones que entendían restringida la ampliación de la legitimación únicamente a la acción de amparo, el Procurador sostuvo que "(s)i bien la previsión del art. 43 de la Constitución Nacional parece limitar la ampliación de la legitimación para la defensa judicial de los usuarios de la acción de amparo y en el sub lite no se trata estrictamente de ese remedio, no por ello puede quedar fuera de análisis que la acción contemplada en el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial guarda cierta analogía con aquélla en cuanto está destinada a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre una falta de certeza que 'pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente'. Vale decir, que se trata, en ambos casos, de acciones de procedimiento abreviado tendientes a evitar que se consuma la violación de derechos y garantías constitucionales. En tales condiciones, no encuentro impedimento para admitir que tengan legitimación activa para promover la acción aquí deducida, quienes están constitucionalmente habilitadas para promover la vía excepcional del amparo." (punto V del dictamen).

²⁰ En su oportunidad lo destacué como uno de los pronunciamientos precursores de la Corte Nacional –el otro fue "Consumidores Libres" (Fallos: 321:1352) – en materia de reconocimientos de legitimación activa a asociaciones de consumidores. Ver en RUSCONI, 2004, p. 31.

²¹ El entonces Procurador ante la Corte Suprema era el Dr. Ángel Agüero Iturbe.

El parecer del Procurador en el caso "AGUEERA" sirve para desvirtuar algunas opiniones doctrinarias restrictivas, que sostienen que la Constitución Nacional no ha reconocido legitimación procesal para la protección de intereses difusos en forma genérica, sino que lo ha hecho únicamente en el marco de una acción particular como es la acción de amparo. (Toricelli, 2001)

En lo referente al trámite apto para encausar la pretensión de inconstitucionalidad, incluso desde antes de "AGUEERA", la Corte propició una cierta flexibilidad a la hora de admitir carriles procesales que, si bien diferentes en cuanto a sus particularidades, resultaban idóneos para obtener la tacha de inconstitucionalidad perseguida. En efecto, en "AGUEERA" el Tribunal remite a lo dicho en la causa "Ravaglia" para sostener la analogía entre la acción meramente declarativa del art. 322 CPCCN y la acción de amparo, puesto que "el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido como medio idóneo - ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional - para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional". (CSJN: 310:2342, 1994)

Merece destaque el desapego al rigor formal que se colige de lo allí resuelto por la Corte, puesto que ello permite indagar la existencia de otras vías, distintas del amparo o la acción meramente declarativa, que pueden resultar igualmente aptas para demandar la inconstitucionalidad ante los tribunales. Cabe reafirmar tal entendimiento postulando que cuando se trata de peticiones que tienen que ver con el resguardo de la supremacía del orden constitucional, serían ciertamente muy criticables aquellas posturas que se resistan a indagar en el fondo de la cuestión escudándose en argumentaciones de índole meramente formal.

Y desde esa óptica, un carril adjetivo que se suma a los anteriores es, v. gr., el propio de las acciones de tutela de consumidores y usuarios que surge de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC). Esta norma establece en su artículo 53, primer párrafo, que "en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente (...)". Por lo general este proceso será el "sumarísimo" reglado en la mayoría de los ordenamientos adjetivos locales.

Los sujetos habilitados para iniciar causas judiciales en el marco de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor están indicados en el 52, precepto que establece que cuando los intereses de consumidores o usuarios se encuentren afectados o amenazados, podrán accionar el consumidor o usuario por su propio derecho, las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de la ley, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal. Con ello, el elenco de legitimados, en materia específica

de protección de consumidores y usuarios se amplía - además de los sujetos indicados en el art. 43 CN y los legitimados constitucionales para la defensa de los intereses generales de la población (Defensor del Pueblo²²: art. 86 CN; Ministerio Público: art. 120 CN)- con la venia procesal conferida por el legislador a la autoridad de aplicación (nacional, provincial o municipal) de las normas de defensa del consumidor.

Debe apuntarse que, encontrándose los derechos de consumidores y usuarios receptados en la Constitución Nacional, no sólo podrán demandar los sujetos legitimados en el artículo 52 de la Ley 24.240 por afectaciones a los derechos establecidos en esa norma, sino que también podrán hacerlo por inconstitucionalidad ante la afectación de los derechos y garantías contempladas en el artículo 42 de la Carta Magna. Sería absurdo pensar en un sistema estatutario y tutelar como el generado a partir del artículo 3 de la Ley 24.240 que la integra "con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo", y restringir la legitimación allí conferida únicamente al ámbito de la Ley 24.240.

De modo que, como una conclusión parcial, es posible sostener que la pretensión colectiva de inconstitucionalidad puede articularse válidamente por diferentes caminos procesales, tales como la acción de mera certeza (art. 322 CPCCN), la acción colectiva de amparo (art. 43 CN) y el juicio sumario en materia constitucional (art. 321 inc. 2° CPCCN), vías a las que corresponde sumar la regla general del "proceso de conocimiento más abreviado que rija(n) en la jurisdicción del tribunal ordinario competente" previsto en la Ley 24.240 (art. 53, 1er párr.), en los casos que, lógicamente, tengan encuadre en este estatuto.

Y en lo referente a los legitimados activos para postular la aludida pretensión, existen los "legitimados constitucionales" enunciados en el artículo 43 que son el afectado, el defensor del pueblo, las asociaciones, y el Ministerio Público (cuya legitimación se desprende del art. 120 CN); a los que la ley de defensa del consumidor añade los consumidores y usuarios –que podrían equipararse a la figura del "afectado"– y la autoridad de aplicación.

²² La Corte Suprema ha señalado en relación a la legitimación activa del Defensor del Pueblo que si bien el art. 86 de la Constitución Nacional establece que "tiene legitimación procesal", ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignarle el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en la que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (cfr. doctrina de Fallos: 310:2943; 311:2725; 318:1313, entre muchos).

IV. El “*caso constitucional colectivo*” y el control de convencionalidad

El requisito de la existencia del “caso”, “causa” o “controversia” en materia de peticiones de inconstitucionalidad es, sin dudas, uno de los más debatidos y controversiales a la luz de los vaivenes de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha establecido como regla pretoriana desde antiguo que “...la decisión de cuestiones constitucionales, por parte de los tribunales de la Nación, debe ocurrir sólo en el curso de procedimientos litigiosos, es decir, en controversias entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional...”. (CSJN 310:2342, 1994)

Esta cuestión fue reeditada en el dictamen fiscal en el referido precedente “AGUEERA” donde el Procurador sostuvo que “el hecho de no ser la actora quien deba soportar el pago del tributo que reputa inconstitucional, es insuficiente para descartar la existencia en su contra de un ‘perjuicio o lesión actual’ en los términos del art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación”; y tuvo en consideración el dictamen, además, que la asociación actuaba en cumplimiento de sus fines estatutarios y legales, que eran los de defender los intereses de sus asociados (grandes usuarios del servicio de energía eléctrica) y que la petición no era meramente consultiva (consid. VI). La sentencia, si bien no hizo entera remisión a los argumentos de Procurador, considera suficiente a los efectos de la legitimación, que la asociación se encuentre entre los sujetos enumerados en el artículo 43 de la Carta Magna y el objeto de su creación haya sido el de defender los intereses de sus asociados (considerandos 3 y 4).

Es interesante la idea de Gil Domínguez en el sentido de postular como un derecho de incidencia colectiva el de la “legalidad constitucional” y por ende, cuando ella se ve conculcada, tener por afectado con legitimación procesal para promover acción de inconstitucionalidad a todo habitante de la Nación. (Gil Domínguez, 1999). Si bien esta afirmación puede parecer excesivamente amplia, creo que es posible encontrar un punto de equilibrio entre el supuesto peligro que supondría el “gobierno de los jueces” ante un control de constitucionalidad abstracto y difuso, y la doctrina que limita ese test únicamente al impulso del interesado directo y en el marco de un “caso”.

Supuestos de legitimación amplia y genérica en cabeza de toda la ciudadanía ya han sido reconocidos por reciente doctrina de la Corte Nacional en casos de acceso a la información pública. Así en el caso “Oehler”, con remisión a la causa “Asociación Derechos Civiles c. EN -PAMI- (dto. 1172/2003) s/ amparo ley 16.986” (CSJN: 335:2393, 2014), el Tribunal Superior dijo que “(l)a sentencia de la Corte Interamericana [en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”] fortalece como estándar internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona; es

decir que la legitimación activa es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción. El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan (conf. Fallos: 335:2393, considerando 10, y en sentido concorde al pronunciamiento del Tribunal del 26 de marzo de 2014 en la causa C.830. XLVI. "CIPPEC c. EN - M° de Desarrollo Social - dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986")

Sin embargo, en el caso de una acción de amparo intentada por un abogado tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.080 que modificaba la composición y el funcionamiento del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación establecido por la ley 24.937 (T.O. Decreto 816/99), la CSJN sostuvo por mayoría que su legitimación activa no puede fundarse en el interés general de un abogado en que se cumplan la Constitución y las leyes, pues no hay lugar en el orden federal para acciones populares que únicamente promuevan declaraciones abstractas y generales de inconstitucionalidad conforme el art. 116 de la Constitución Nacional y el art. 2 de la Ley 27 (CSJN: "M. S., R. c. EN - Secretaría General Presidencia y otros s/ amparo ley 16.986", 2014) Con lo cual puede afirmarse que la existencia del "caso", y la interpretación restrictiva en cuanto a sus contornos, sigue siendo un obstáculo difícil de salvar por quien pretenda activar la jurisdicción a los efectos de lograr un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de una norma²³.

No obstante, es tiempo de propiciar una flexibilización de la regla del "caso" puesto que la realidad social y el sistema de fuentes de nuestro derecho ha cambiado sustancialmente desde el célebre dictamen del Procurador ante la Corte Suprema Eduardo H. Marquandt fechado el 17 de diciembre de 1971, hasta nuestros días.

Nuevas situaciones jurídicas han obtenido carta de ciudadanía. Por lo tanto, es esperable un *aggiornamento* de la doctrina del control de constitucionalidad y sus limitantes, que debe provenir de la correcta valoración de dos órdenes de factores. En primer lugar, como señalé antes, a partir del año 1994 ha ingresado a nuestro ordenamiento jurídico, y particularmente al bloque de legalidad constitucional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (art. 75 inc. 22, Const. Nac.); esta nueva corriente de fuentes, conjuntamente con la recepción constitucional de los denominados "nuevos derechos y garantías" del Capítulo Segundo de la Constitución Nacional, reclama herramientas adjetivas capaces de canalizar las pretensiones encaballadas en esos reconocimientos. En segundo lugar y vinculado a lo anterior, el ingreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al

²³ En el mismo caso, se reconoció legitimación activa a un abogado apoderado de una de las listas que postulaba representantes para el Consejo de la Magistratura: CS, 18/06/2013, "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo", considerando 4º del voto de la mayoría; LA LEY 26/06/2013, 6; LA LEY 2013-D, 30; cita online: AR/JUR/22508/2013.

derecho interno, también hace exigible internamente la doctrina que proviene de los órganos de tratados y muy especialmente los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los casos “Simón” y “Bulacio” de la Corte Nacional pusieron en primer plano la vigencia interna de la doctrina emanada de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de modo que los derechos contemplados en los instrumentos que los contemplan y rigen en el país, ya no sólo son una pauta orientativa de la labor que desarrollan nuestros jueces, sino que se constituyen en cuerpos normativos que complementan e incluso, en ciertos supuestos, desplazan al derecho nacional. (Hitters, 2008)

Lamentablemente y de manera sorpresiva, la Corte Nacional volvió sobre su propia doctrina, y más grave aún, puso en dudas los compromisos asumidos por el Estado Argentino en el orden internacional, especialmente al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, al resolver el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores” (conocido como “Fontevicchia”) (CSJN: 368/1998, 2017) Este pronunciamiento causó verdadero estupor y recibió reprobaciones de absolutamente todos los ámbitos académicos e institucionales, así como de la propia Corte Interamericana en la sentencia de supervisión de cumplimiento del “Caso Fontevicchia y D’amico”. Si bien esta doctrina regresiva en lo que tiene que ver con la obligatoriedad de los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano – aunque el caso apuntado sólo se limitó al análisis de la exigibilidad, a su respecto, de los fallos de la CorteIDH –, merecería mayor detenimiento, e incluso revisar las expectativas expansivas respecto de la doctrina del Superior Tribunal Nacional que se propician en este trabajo, creemos que bien merece el esfuerzo avanzar con esta propuesta, asumiendo que “Ministerio de Relaciones Exteriores” será parte de los vaivenes que ha superado el Tribunal a lo largo de su historia y de sus distintas integraciones.

V. A modo de conclusión: hacia la expansión de los efectos del control de constitucionalidad en materia de derechos sociales o hacia un verdadero “control de convencionalidad”

Tal lo anticipado arriba, el reconocimiento constitucional de los “nuevos derechos y garantías”, no puede analizarse descontextualizado de la simultánea recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía superior a las leyes nacionales. Pero fundamentalmente, lo que no puede pasar desapercibido es lo

que algunos autores denominan como “derecho vivo”, que es la interpretación dinámica que los órganos de tratados hacen de las normas que componen ese bloque de “supralegalidad”.

Esta interpretación se ve robustecida con la sentencia de la Corte IDH en el caso “Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de Marzo de 2013, en donde señaló que el denominado “control de convencionalidad” ha sido concebido “como una institución que se utiliza para aplicar [al Derecho Interno] el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” (párr. 65)²⁴. Este control, según el Tribunal Interamericano, posee dos formas de exteriorización: (a) en relación al Estado que ha sido parte en el caso “...todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de(l) Tribunal...en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia” (párr. 68) y; (b) en relación a los Estados que no han sido parte en el caso concreto sobre el que se expide la Corte, “...por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas²⁵, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (párr. 69).

Así las cosas, el otrora control de constitucionalidad, salvo casos excepcionales²⁶, hoy deberá efectuarse en clave de Derechos Humanos reeditándose como “control

²⁴ Aquí la Corte cita lo dispuesto por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 (“Execution of judgments of the European Court of Human Rights”), en donde se dijo que “[...] 3. El principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte [Europea de Derechos Humanos] forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales.”

²⁵ Aquí la Corte, con referencia a la sentencia recaída en el caso “Gelman c. Uruguay” (párr. 239) refiere que “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...”

²⁶ Las cuestiones únicamente reguladas por normas internas y sin ninguna vinculación con los derechos y garantías tuteladas por el DIDH.

de convencionalidad". Esta labor no puede verse recortada por aquellas interpretaciones propias de un Estado superado, circunscripto a sus límites geográficos en el que el ejercicio de las prerrogativas constitucionales contemplaba únicamente la faceta individual.

De todo lo anterior se puede colegir que existen dos elementos que impulsan la expansión de los efectos del control de constitucionalidad, y es apropiado esperar que ellos harán que el Poder Judicial revise la doctrina restrictiva en torno al "caso", que fue alumbrada en otro contexto histórico, social, jurídico y político. Uno de esos elementos es de índole procesal y está representado por el activismo que cabe esperar de los legitimados colectivos previstos en la propia Constitución Nacional (art. 43, 86 y 120), y en algunos microsistemas como el de protección de consumidores y usuarios que permite la actuación judicial de la autoridad de aplicación administrativa (art. 52, Ley 24.240). Estos "actores colectivos" están llamados a ejercer un dinámico y diligente rol en la vigilancia del respeto del bloque de legalidad constitucional, y los pronunciamientos que obtengan en tal tarea, aun cuando se diga que ella se circunscribe a un "caso" y sus efectos son "inter partes", en la práctica, implicarán la expansión de los efectos del test de constitucionalidad hacia vastos sectores de la población y, en algunos casos, con efectos generales.

El otro elemento es de índole sustancial y tiene que ver con la referida incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al ordenamiento nacional. Como señalábamos arriba, un avance muy interesante se ha producido en lo que tiene que ver con el derecho de acceso a la información pública (CSJN: 335:2393, 2014) sin bien la generosidad del reconocimiento de legitimaciones y efectos de la cosa juzgada en este supuesto tiene que ver –al igual que en "Ekmedkjian"– con la naturaleza "difusa" e indivisible que es inherente al ejercicio de los derechos enjuiciados en esos casos.

Pero también existe esa naturaleza indivisible en el ejercicio de derechos enclavados, v. gr., en el artículo 42 de la Constitución Nacional; así los derechos de los consumidores y usuarios pensados en clave colectiva –y amén de las cuestiones de contenido estrictamente patrimonial que pueden englobarse bajo el denominador común de afectaciones a derechos individuales homogéneos– son susceptibles de generar peticiones encaminadas no solamente a obtener el cese de determinada práctica comercial ilícita, sino también a la supresión del ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales por contradecir aquellas normas supralegales.

Ejemplos de estas situaciones serían las normas que limitan derechos contemplados en el corpus normativo de jerarquía superior, tales como el derecho de acceso a la justicia o a contar con mecanismos eficaces para la prevención y solución de conflictos del que gozan los usuarios de servicios públicos, cuyos marcos regulatorios, en muchos casos, imponen plazos de caducidad para efectuar

reclamos ante las autoridades limitando aquellas garantías²⁷; o las normas que restringen el derecho a la salud cuyo ejercicio sufre a veces impedimentos o recaudos reñidos con la Constitución y el DIDH²⁸; o el derecho a la educación en el campo de las relaciones de consumo, que pese a la expresa previsión constitucional y legal (arts. 60 a 62, LDC) continúa sin implementarse en casi todo el país por las leyes que establecen los organigramas educativos; y un largo etcétera.

Frente al estado actual de la doctrina autoral y judicial en torno a la exigibilidad de los derechos de rango superior, más aún luego de su expresa recepción en nuestra Ley Fundamental a partir del año 1994, no debe restringirse la potencialidad de una herramienta adjetiva tan valiosa como es la del control de constitucionalidad/convencionalidad, cualquiera sea la vía que se utilice para ello, echando mano a argumentos propios de otro contexto histórico y jurídico.

Sin dudas “el caso constitucional” ha desbordado el corsé del interés “sustancial, concreto y definido, con arreglo a las pautas ya montadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y con efecto limitado a una declaración válida únicamente ‘inter partes’”. (Dictamen del Procurador Marquandt, cons. 5°) Se impone, ahora, una mirada que permita que los trascendentales pasos que ha dado nuestro Constituyente en el campo del reconocimiento de los derechos sociales y políticos, se vea apuntalado con herramientas adjetivas capaces de brindar respuestas acordes a la naturaleza de aquellas prerrogativas y, a la vez, acompañado por un renovado compromiso de los jueces con la función social del Derecho.

²⁷ V. gr. el art. 36 del Reglamento del Servicio Básico Telefónico (Res. Sec. Comunicaciones 10059/99) que establece un plazo de 30 días a partir de la respuesta del prestador del servicio que tiene el usuario para acudir a la autoridad de aplicación.

²⁸ Un ejemplo de ello era el modificado Decreto 2980/2010 de la Provincia de Buenos Aires que reglamentaba la Ley 14.208 de Reproducción Asistida y limitaba el acceso a los tratamientos previsto en la ley a las mujeres que tuviesen entre 30 y 40 años de edad (art. 4).

VI. Bibliografía

CASSAGNE J, "La acción declarativa de inconstitucionalidad", LA LEY 06/07/2015, 06/07/2015.

GIL DOMINGUEZA., "Un fallo del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa que ignora un derecho de incidencia colectiva esencial: la legalidad constitucional", LA LEY1999-E, 601.

HITTERS J., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", LA LEY 17/09/2008, 17/09/2008, 1 - LA LEY2008-E, 1169.

ROSALES CUELLO, R., "Acción declarativa y control constitucional. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", JA 2000-IV-1349.

RUSCONI D, "Acciones judiciales de los consumidores", 2004.

RUSCONI D., "Casos de fraudes a grupos de consumidores", LA LEY 06/05/2014, comentario al fallo CS., 2014-03-06, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Ley 24.240 y Otros/ amparo proceso sumarísimo (Art.321 Inc.2 C.P.C.y.C.)".

RUSCONI D., "Concepto de 'consumidor-empresario'", comentario al fallo CNCom, sala A, 2013-10-07, "Altieri, Osvaldo Antonio c. Juntas Ciccarelli Srl s/ ordinario", LA LEY 04/04/2014, 04/04/2014, 5 - LA LEY2014-B, 338, cita online: AR/DOC/838/2014).

SAUX, E., "Reflexiones sobre la condición posmoderna y sus proyecciones jurídicas", JA 1995 II 953.

TORICELLI, M., "Reflexiones en torno a la acción declarativa de inconstitucionalidad. Legitimación y medidas cautelares", JA 2001-III-1294.

EL PRINCIPIO PRO PERSONA COMO LIMITE A LA DISCRECIONALIDAD INTERPRETATIVA

*Ignacio De Carli*²⁹

Resumen: el artículo propone visibilizar, tomando como base la opinión de reconocidos autores, la importancia de la tarea interpretativa de las normas constitucionales por parte del poder judicial, sobre todo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Mediante un método cualitativo-analítico se intenta demostrar, luego de pasar revista de las técnicas utilizadas históricamente por el Supremo Tribunal, que esa labor no puede ser meramente discrecional, sino que encuentra límites y pautas de aplicación precisas en materia de derechos humanos, y que obligan al Juez a realizar una interpretación protectoria de tales derechos. Por último, mediante la exposición de algunos casos se ejemplifica cómo la aplicación del principio pro persona influye en forma cabal en el resultado del proceso judicial.

Palabras Clave: Interpretación – Constitución – Derechos Humanos – Principio pro persona.

Abstract: The article proposes to make visible, based on the opinion of renowned authors, the importance of the interpretative task of constitutional rules by the judiciary, especially the Supreme Court of Argentina. By a method qualitative-analytical I will attempt to prove, after reviewing the methods historically used by the Supreme Court, that such work can not be merely discretionary, but finds limits and guidelines for precise application on human rights and that they oblige the judge to make a protective interpretation of such rights. Finally, through the presentation of some cases, it is exemplified how the application of the pro homine principle fully influences the outcome of the judicial process.

²⁹ Abogado UNLP (2005). Sub-Director de la Clínica Jurídica de Derecho de los Consumidores y Usuarios (FCJyS, UNLP). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). La Plata, Argentina. E-mail: ignaciodecarli@yahoo.com.ar.

Key Words: Interpretation – Constitution – Human Rights – Pro homine principle

I. Introducción.

Este trabajo tiene la intención de ofrecer un aporte relativo a la problemática que plantea la interpretación constitucional en la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomando como plataforma conceptual el reconocido esfuerzo de sistematización de los distintos métodos exegéticos efectuado por la doctrina, en el entendimiento de que el tópico que trasunta, lejos de resultar distante, se encuentra presente en los fallos actuales del tribunal supremo y condiciona en forma notoria el resultado de sus decisiones.

Partiendo desde allí, se intentará demostrar que existen criterios interpretativos ineludibles en materia de derechos humanos que, a la vez que excluyen la aplicación de algunos métodos, reclaman una exégesis particular.

Es en este último espacio que emerge el principio pro persona que, en su faz interpretativa, se presenta como un condicionante de la aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad. La experiencia reciente nos dejará ver, por otro lado, cómo su utilización o su inobservancia incide en forma sustancial en los fallos, llegando a condicionar su resultado.

II. La interpretación constitucional, sus variantes y los aportes doctrinarios recientes.

Enseñaba Carlos Cossio que la interpretación judicial es uno de los problemas más apasionantes de la ciencia jurídica, sobre todo porque es uno de los pocos que coloca al jurista que lo investiga “librado a sus solas fuerzas” en la orientación que imprima a su labor (Cossio, 1940). En el mismo sentido, Ronald Dworkin reconoce que después de años de investigación se vio obligado a considerar la temática de la interpretación como algo más importante para la teoría jurídica de lo que se había históricamente estimado (Dworkin, 1983).

En lo personal, y salvando la astronómica distancia intelectual que me separa de estos juristas, tampoco me había interesado en el asunto: se me ha representado siempre como una cuestión abstracta y carente de pragmatismo. Lo dicho, claro está, parte de una posición prejuiciosa y netamente positivista. ¿Por qué me preocuparía todo esto si el derecho –al menos en el sistema “continental”

que practicamos en nuestro país- tiene por lo general una norma clara que va a dar la respuesta? Sin embargo, no es necesario investigar demasiado para caer en la cuenta de que la cuestión interpretativa, sobre todo en materia constitucional, resulta trascendente no sólo en relación al caso concreto, sino en los efectos que una u otra forma de interpretar puedan tener en precedentes futuros y en tribunales inferiores.

Cossio afirmaba que ordinariamente las leyes no dicen cómo se han de interpretar, ni prescriben como legítimo algún método interpretativo, y en caso de haberlas, éstas suelen ser muy generales y elásticas. Es por ello que los jueces suelen acudir a su criterio discrecional para decidir frente a las lagunas del derecho, posibilidad de múltiples normas aplicables o colisión entre estas últimas (Cossio, 1940). La tarea exegética cobra así relevancia frente a la resolución de los “casos difíciles” (Dworkin, 1989). Y si en esta tarea recurre a un método inadecuado para el objeto que va a conocer, sacará, sin duda, una conclusión errada: un fallo desacertado, y por ende, injusto. Sin perjuicio de que la premisa de Cossio ha variado hoy en día (veremos cómo el derecho positivo presenta algunas normas que obligan a realizar la interpretación en tal o cual sentido), el desafío que presupone la labor interpretativa se mantiene esencialmente inmutable.

La interpretación, así presentada, cobra –por evidentes motivos- mayor importancia cuando quien se enfrenta a la tarea es el máximo tribunal constitucional de un país, en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte, o la CSJN).

En este sentido, el profesor Néstor Sagüés se encarga de sintetizar y agrupar los criterios interpretativos utilizados por la CSJN a lo largo de su historia, así como los diversos mecanismos a los que este tribunal ha echado mano para desviarse de ellos en ciertos casos particulares. En un artículo que lleva como título “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, y luego de aclarar que el texto constitucional admite varias interpretaciones que permiten al tribunal un amplio margen de maniobra para elegir entre distintas vías exegéticas, procede a tratar cada una de ellas, de las cuales sólo se hará aquí referencia a las principales³⁰ (Sagüés, 2003).

El autor refiere que el método de interpretación literal es el predominante en la jurisprudencia de la Corte, que ha entendido que “cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente” dejando de lado otras consideraciones, siendo que la primera fuente de interpretación de la ley es su propia letra. A su vez, menciona que esta forma de exégesis admite ser matizada mediante la elección de “válvulas de escape” que permiten apartarse del criterio

³⁰ Cabe advertir que Sagüés apoya cada una de sus afirmaciones en los fallos concretos en que la CSJN se ha expedido y/o utilizado cada uno de los criterios de interpretación. Si bien su cita excede los límites del presente, el lector podrá acudir allí y utilizarlo como punto de partida para realizar un abordaje más profundo de la temática.

rígido que surge de la ley cuando su aplicación textual conduce a resultados irrazonables, que no podrían ser atribuidos a la intención del legislador. Estas vías secundarias o de escape se encuentran justificadas, entre otras, por (a) motivos de justicia y equidad, (b) defectos, incoherencias o imprecisiones del texto, y (c) la necesidad de practicar una interpretación orgánico-sistemática, en virtud de que ninguna de las cláusulas constitucionales puede ser aplicada en forma aislada, sino que es necesario integrarlas, coordinarlas y armonizarlas con el resto.

Un segundo método de interpretación utilizado por la Corte es aquel en el que se busca la voluntad del legislador –el espíritu de la ley- por sobre otras posibles acepciones (en particular, sobre la glosa literal). Presupone que es preciso determinar cuál fue la intención del Congreso de la Nación al dictar la norma, tornándose necesario considerar el contexto general en que esta fue sancionada y los fines para los cuales fue concebida. Este criterio implica el reconocimiento de que no corresponde a los jueces sustituir la voluntad legisferante, sino aplicar la ley –utilizada su acepción en sentido amplio- dentro del marco en que el poder legislativo la hubiese considerado. Esta forma ha permitido a la CSJN superar las imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, con el objeto de perseguir la finalidad que alienta a la norma.

La tercera línea interpretativa utilizada por el tribunal supremo es la de la exégesis dinámica o evolutiva, apartada en algunos casos de la voluntad del legislador histórico, llegando incluso al extremo de resultar mutativa –cambio de la significación originaria- de lo establecido en la norma. Esta forma, apoyada fundamentalmente en fallos memorables para el derecho argentino como “Chocobar”, “Merck Argentina”, “Avico c. de la Pesa”, y “Kot” (CSJN Fallos: 319:3266; 211:162; 172:29; 241:291 respectivamente) entre otros, se asienta en la idea de que la Constitución ha sido dictada para proyectarse hacia el futuro, para brindar herramientas legales que promuevan el crecimiento de la nación, lo cual se logra mediante el avance de los principios constitucionales, y es por ello que su letra debe ser entendida en concordancia con las necesidades del presente, de “las realidades y exigencias de la vida moderna, sin rezagarse a buscar obstinadamente cuál había sido, hace cien años, el pensamiento de los autores...al redactar tal o cual artículo”³¹. Esta interpretación ha sido utilizada por la Corte, verbigracia, para fundar la existencia de la acción de amparo contra actos de particulares, comprendiendo que la Constitución debe recoger las condiciones y necesidades de la comunidad al tiempo de su aplicación, gobernando situaciones jurídicas que nacen en circunstancias sociales diferentes de las que existían al tiempo de su sanción, prescindiendo de una interpretación pétrea o histórica (caso “Kot”).

Este último ejemplo nos lleva a la cuarta categoría, la del criterio de interpretación teleológica o finalista, esgrimida también en el mismo precedente, y

³¹ “Chocobar”, considerando n° 14.

según la cual se debe privilegiar el espíritu y finalidad de la norma, particularmente al interpretar la Constitución, en tanto esta debe asegurar “los grandes objetivos para los que fue dictada”, razón por la que debe preferirse la que favorece, y no la que restringe los fines perseguidos por ella.

Sumado a lo anterior, Sagüés identifica la existencia de algunas “reglas de corrección” que han permitido a la Corte descartar o modificar un determinado resultado interpretativo –considerado disvalioso, y al que se llega por medio de alguno de los cuatro criterios apuntados- para elaborar un producto distinto como consecuencia de la aplicación de alguna pauta rectificadora. Si bien no profundizaremos en ellas, estimo pertinente enunciar, entre otras, (a) la interpretación “práctica” de la Constitución, (b) la “políticamente concertada”, (c) la “continuista”, (d) la “objetiva”, (e) la razonable, justa y equitativa, (f) la interpretación aformalista, y (g) la “previsora y prudente”.

El autor concluye su valioso artículo denotando que la existencia de métodos de interpretación tan disímiles implica la imposibilidad de pronosticar o prever cómo decidirá la Corte la generalidad de los casos que se le presenten, derribando así la idea que se infunde en todo estudiante de derecho acerca del tecnicismo y armonía que portan sus fallos. Resalta que este cuadro de situación tampoco es positivo para la seguridad jurídica del país y que el “arsenal interpretativo” con el que cuenta, puede permitir al tribunal la manipulación del ordenamiento jurídico para beneficiar intereses sectoriales.

La publicación comentada ha recibido la crítica de Roberto Gargarella, quien pese a elogiar la labor de sistematización doctrinaria, hace notar que el “permanente y despreocupado ir y venir entre criterios interpretativos que apuntan en direcciones muchas veces opuestas entre sí resulta, como mínimo, muy preocupante”, y que el autor del texto que comenta, aunque lejos de elogiar el accionar de la Corte, realiza una crítica muy modesta, entendiendo que la situación que se nos presenta dista de ser excepcional dentro del mundo jurídico moderno. Es por ello que haciéndose eco de una tarea que considera inconclusa, decide avanzar sobre la valoración de este desvariar interpretativo: la “alquimia” resulta perjudicial e incompatible con el mandato constitucional. En cierto punto, una “irresponsabilidad cívica” por parte de los integrantes del tribunal (Gargarella, 2007).

Este jurista realza el efecto práctico que tiene aplicar uno u otro criterio interpretativo, en función que de dicha elección depende también el producto al que se arribe en el caso concreto, permitiendo a la Corte hacer “casi lo que quiere”. Sin embargo, apunta que tampoco sería posible establecer una única pauta interpretativa, ya que dichos criterios son también, en sí mismos, compatibles con decisiones muy diversas y que pueden ser incluso contradictorias entre sí. El foco de su tesitura se encuentra en la interpretación discrecional que hace el

tribunal (que muchas veces presenta criterios exegéticos y los “combina”, llegando a un argumento que se presenta fundado en una serie de recortes y selecciones con las que ensaya una apariencia de justificación) y la ausencia de controles que ésta posee en nuestra república. En relación a este último punto –en el que su crítica se torna aún más severa- menciona que el juicio político a un juez por desvarío en sus argumentos interpretativos es simplemente impensable, aún a sabiendas de que ello implica la permanente incerteza de la población acerca del significado del Derecho y la posibilidad de trato desigual y “discrecional” (cuasi-arbitrario) en las sentencias judiciales. La situación se agrava al comprobar que estos problemas hacen mella y se replican en toda la estructura judicial inferior. Todo ello permea que los jueces definan primero cómo quieren fallar y luego escojan el criterio interpretativo que les permita llegar a la conclusión elegida de antemano. El autor concluye en que esta actitud judicial potencialmente abusiva demanda la exigencia de límites ciertos por parte de la población. Límites de fondo que obliguen a mayor sinceridad y transparencia. En otras palabras, que quiebren el halo de opacidad y “cientificidad” con que la Corte suele revestir sus decisiones. Invita al lector, por último, a escribir la “tercera parte” de la historia, aquella que permita proponer un sistema de frenos al abuso que deriva de la manipulable interpretación judicial.

Es en relación a esto último que, en el recortado –pero esencial- mundo de los derechos humanos intentaré dar un paso más. A ello dedicaré las próximas líneas de este trabajo.

III. La interpretación constitucional en presencia de derechos humanos.

Más allá de la discusión doctrinaria, no caben dudas de que la interpretación constitucional resulta relevante para el ordenamiento jurídico, y en definitiva, para el desarrollo de cualquier nación, en tanto llena de contenido y sentido concreto a las normas constitucionales mediante su aplicación en los casos judiciales.

Por otro lado, tampoco existe resistencia a la afirmación de que la gran mayoría (por no decir la totalidad) de los derechos y garantías reconocidos en el texto constitucional participan de la categoría de derechos humanos. Ergo, interpretar la constitución implica aquí, analizar el alcance, aplicación y extensión de los derechos humanos en ella reconocidos.

Ya situados en este ámbito –en la parcela correspondiente a los derechos fundamentales-, es preciso dar el salto hacia los parámetros interpretativos que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, incorporado en la

cúspide de nuestro sistema jurídico-valorativo mediante el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, y llevado actualmente “al llano” por lo dispuesto en los artículos 1, 2 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación³².

Las pautas de interpretación en este campo derivan en forma primigenia del artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 29 la Convención Americana de Derechos Humanos, normas que –conviene reiterar– se encuentran incorporadas a nuestro bloque de constitucionalidad (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001), y consagran el principio pro persona, que ha sido descrito como un “criterio hermenéutico que informa a todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (Pinto, 1997). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido al pro homine (prefiero “pro persona”, teniendo presente un uso del lenguaje género-sensitivo) como “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones”³³.

Puesto en otras palabras, la perspectiva pro persona es un mecanismo de interpretación que nos constriñe a hacer las valoraciones más amplias con relación a los derechos y las estimaciones más acotadas cuando se trata de restringirlos. En el mismo sentido, implica la aplicación de las normas más favorables, el examen de los asuntos desde los principios de no discriminación, universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad, y la aplicación de criterios particulares como la perspectiva de género, la diversidad cultural, la niñez y la discapacidad entre otros. Teniendo presentes estos últimos, podríamos afirmar que el principio tiene también sus pautas rectificadoras, aunque siempre tendientes a lograr de la mejor forma posible un acercamiento a la idea de igualdad material.

Visto de esta forma, el principio pro persona se presenta como un límite normativo constitucional a la discrecionalidad interpretativa, no sólo de la CSJN, sino también de los jueces inferiores, nacionales y provinciales: una verdadera garantía de exégesis constitucional que permite asegurar en todos los niveles el respeto y vigencia de los derechos humanos. Esta pauta viene así a eliminar la posibilidad de acudir a los métodos interpretativos tradicionales (vale reiterar: literal, histórico, dinámico, teleológico, etc.) cuando el resultado que arrojan no es compatible con la perspectiva de derechos humanos: el juzgador se encuentra constitucionalmente obligado, en aquellos casos en que se encuentre en presencia

³² El reconocimiento que los artículos 1, 2, 51, 52 y ccs. del CCCN hacen a los Tratados de Derechos Humanos y la dignidad de la persona como fuente y criterio interpretativo del derecho civil-comercial provoca la consagración definitiva de la denominada constitucionalización del derecho privado.

³³ Opinión Consultiva 5/85 Corte IDH. “La colegiación obligatoria de periodistas”.

de este tipo de derechos, a realizar una interpretación conforme al artículo 29 de la CADH³⁴.

Esto no quiere decir que los métodos de interpretación que tradicionalmente ha utilizado la Corte deban dejarse de lado, sino que ellos deben combinarse -o ante su inaplicabilidad abrir paso- al método constitucionalmente previsto para los derechos fundamentales, encontrándose siempre en juego la dignidad de las personas.

Esta forma de presentar el criterio interpretativo no ha sido así entendido –al menos en los trabajos aquí comentados- por los autores tratados. En efecto, sin perjuicio de que en trabajos posteriores reconoce el valor de las normas interpretativas internacionales como parte del control de convencionalidad que deben realizar los jueces, Sagües no deja, en “Interpretación constitucional y alquimia interpretativa...” rastro de su aplicación en los fallos de la Corte Suprema³⁵. Sin embargo, cabe reconocer que –según se explicitará- la aplicación que la CSJN ha hecho del principio de interpretación cuya utilización pregona este trabajo ha resultado ser, salvando algún precedente, posterior a las publicaciones de los doctrinarios que aquí se comentan.

Sentado lo anterior, cabe hacer algunas aclaraciones adicionales. El principio pro persona puede implicar tanto una preferencia de normas como una preferencia interpretativa. En relación a lo primero, resulta bien claro que debe optarse para la aplicación al caso de una norma más protectora o menos restrictiva por sobre cualquier otra que tenga inferiores estándares. La segunda situación no implica la disyuntiva de aplicar una norma entre varias posibles, sino que el juez se encuentra frente a una única norma de derechos humanos en relación a la cual se pueden hacer varias interpretaciones. En cualquiera de estos dos supuestos, a mi criterio, el principio pro persona no encuentra más obstáculos para su aplicación que la voluntad política³⁶ del magistrado actuante: implica que el juez tenga, sin medir las consecuencias (o conveniencias) personales que ello le pueda acarrear frente al sistema gubernamental, la honestidad intelectual de tomar la decisión que proyecte la norma de derechos humanos con la mayor amplitud posible.

A lo anterior se suma que, por otro lado, toda interpretación relativa al alcance y sentido de un derecho, además de entendido a través del principio pro

³⁴ Cabe advertir que, sin desmerecer la enunciación del principio presente en la mayoría de los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esta norma es la que desarrolla el principio en su máxima amplitud, y es a su vez, según lo consideran algunos, “el cerebro” del Pacto de San José de Costa Rica.

³⁵ Pese a que cita en el acápite XIV de este artículo algunos fallos en los que la CSJN ha dispuesto acudir a la jurisprudencia de la Corte IDH como un “recurso al intérprete externo”, estimo que la idea de “externidad” utilizada por el autor implica la noción de que la norma aplicada deriva de una fuente jurídica ajena al ordenamiento argentino, algo que de ninguna forma podría afirmarse en los tiempos que corren.

³⁶ Utilizo la expresión “voluntad política” del juez, en el entendimiento de que existen magistrados que reconociendo el valor positivo de los derechos humanos hacen “uso” de ellos en sus sentencias, así como también hay otros que los consideran una abstracción o idea irrealizable, notándose la ausencia total de la lógica protectora y/o promotora de ellos en sus decisiones.

persona, debe realizarse conforme a las pautas otorgadas por los organismos de aplicación e interpretación de los Tratados de Derechos Humanos respectivos³⁷. Ellos son, en lo que a nuestro país importa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el sistema de protección americano) y los Comités de las Naciones Unidas (en relación a los instrumentos del sistema universal). Si bien no existe una norma convencional que otorgue fuerza vinculante a las opiniones que emiten estos órganos en relación a los derechos reconocidos en los Tratados, su observancia se impone por razones pragmáticas: estos órganos hacen aplicación permanente de sus opiniones al analizar las demandas o peticiones individuales contra los Estados miembros, y las emplean a la hora de fundamentar sus fallos.

VI. Algunos casos judiciales en que se ha utilizado el criterio interpretativo propuesto.

Abonando lo dicho en el acápite anterior, la interpretación a través del principio pro persona ha sido utilizada por la CSJN –en los inicios tímidamente– desde el año 2006 a partir del caso Cardozo en el que, ante un recurso extraordinario federal presentado por el Defensor de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, y revocando la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, concedió el recurso ante una situación no reglada por la ley procesal penal, fundándolo en el principio pro homine. Dijo allí que “la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires omitió –al amparo de un excesivo rigor formal– el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca de si, frente a una situación no reglada expresamente por el código procesal penal local, –el cómputo del plazo para recurrir en casación en supuestos como el de autos– el juzgador había optado “por aquella interpretación que fuera más respetuosa del principio pro homine” en el marco del deber de garantizar el derecho al recurso que asiste a toda persona inculpada de delito (art. 8.2.h. del Pacto de San José de Costa Rica y art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)”. (Fallo 329:2265. Sentencia del 20 de junio de 2006, considerando n° 8).

En el mismo sentido, en el caso Acosta La Corte resolvió dejar sin efecto el criterio sostenido en un fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal que

³⁷ Vale aclarar que cada uno de los nueve Tratados de Derechos Humanos del sistema de las Naciones Unidas –todos ratificados por la República Argentina– posee un Comité encargado del control, interpretación y aplicación de sus normas. En su función interpretativa los Comités emiten Observaciones o Recomendaciones Generales (O.G. – R.G) por medio de las cuales establecen el alcance de los derechos contenidos en el respectivo Tratado y de las obligaciones de los Estados Parte. En el ámbito Americano, la Corte IDH posee similares facultades que son materializadas a través de Opiniones Consultivas (O.P.).

limitaba el alcance de la posibilidad de acudir a la figura de la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis del código penal a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años, con base en el principio pro persona. Al así decidir, la Corte señaló que tal criterio se funda en una exégesis irrazonable de la norma toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce (Fallos 331:858. Sentencia del 23 de abril de 2008, considerando 7°).

En el precedente Arriola, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 que tipifica el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal pues consideró que conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Este caso resulta claramente identificador de cómo los principios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos producen un cambio disruptivo: ya adelantaba Gargarella³⁸ en el trabajo comentado cómo un criterio interpretativo en este asunto podía condicionar el resultado del fallo. En suma, los Jueces Highton y Maqueda recordaron, al emitir su voto concordante, las posturas antagónicas sobre la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal de los precedentes "Bazterrica" y "Montalvo" y señalaron que dicho debate jurídico se había llevado a cabo con anterioridad a la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a nuestra constitución, razón por la cual el tribunal no hizo uso de este principio interpretativo en tales oportunidades (Fallo A.891.XLIV, sentencia del 25 de agosto de 2009)

Con posterioridad, la Corte comenzó a extender la utilización del principio a otras materias. Con mero ánimo ejemplificativo, pueden citarse los precedentes Alvarez (Fallo: 333:2306, sentencia del 07/12/2010) y Ledesma (Causa L. 263. XLV. REX, sentencia del 09/09/2014) en materia de estabilidad laboral y derechos sindicales, en los que la Corte ha interpretado la amplitud de la protección que deriva del art. 14 bis de la Constitución Nacional a la luz del principio pro persona. Ha dicho el tribunal en "Ledesma", acompasando la posibilidad de utilizar uno de los criterios interpretativos que ya se encontraban dentro de su repertorio (en efecto, citando el criterio evolutivo utilizado en el caso "Kot"), que "solo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación". Además de lo afirmado en la mencionada causa sobre la interpretación evolutiva y el principio pro homine, conviene remarcar, una vez más, que "las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque

³⁸ El autor ejemplifica los disímiles resultados a los que se puede arribar en un caso al anteponer uno u otro criterio interpretativo. Lo decidido en "Arriola" resulta, dentro de la línea planteada por el, un claro ejemplo de límite normativo a la discrecionalidad interpretativa que importa la posibilidad de que el juez pueda llegar a un resultado único.

toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción", y esta conclusión se impone, "con mayor fundamento", respecto de la Constitución Nacional que "tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción" (consid. 4). Se demuestra por medio de estas causas cómo uno de los criterios tradicionales aplicados por la corte puede resultar también compatible con una interpretación respetuosa del art. 29 de la CADH.

VII. Un resultado acorde a un método interpretativo errado (¿forzado?).

El producto disvalioso que arroja obviar al principio pro persona en su faceta interpretativa puede verse con meridiana claridad en el tristemente famoso caso "Fontevicchia"³⁹. Prescindiendo del relato de la situación fáctica que trasunta en el tema, y de las múltiples opiniones que la doctrina ha vertido en relación a la desobediencia en que incurre la Corte Nacional en relación al fallo de la Interamericana, entiendo que la Corte eligió en forma previa el resultado al que quería llegar para luego, mediante un método interpretativo particular, fundamentar una decisión teñida de tintes más políticos que jurídicos.

En efecto, este trascendente aspecto del fallo bajo comentario no ha sido, a mi entender, suficientemente tratado por la doctrina⁴⁰: es que, sin echar mano a los criterios de interpretación literal e histórico de las normas de la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos, no hubiese podido la Corte, de ninguna forma, llegar a fundamentar su polémica decisión.

En sintonía con lo anterior, la CSJN utiliza en el citado precedente el método literal para interpretar en forma restrictiva el alcance de la "reparación de consecuencias" que puede disponer la Corte Interamericana, según facultades otorgadas por el artículo 63.1 de la Convención, con sustento en lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Por otro lado, acude a un método de interpretación histórico (el espíritu de la ley o la voluntad del legislador), para señalar que una interpretación de esa cláusula que habilite a dejar sin efecto la sentencia dictada por la Corte Nacional no

³⁹ CSJN, autos "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s- Informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", sentencia de fecha 14 de febrero de 2017.

⁴⁰ Sería injusto, sin embargo, no hacer mención al excelente trabajo desarrollado por Lautaro Furfaro en relación a la temática, en artículo que se cita en el acápite bibliográfico.

es acorde con los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención, en virtud de siquiera fue tratado en los trabajos preparatorios.

El mismo criterio anacrónico es utilizado para interpretar el art. 27 de la Constitución Nacional (considerandos número 16, 18 y 19). Sin desmerecer el hecho de que la regla resulta –por la razón esgrimida en el próximo párrafo- inaplicable en relación a lo que aquí se ventila, la Corte precisó de este fundamento interpretativo para hacerle decir a la constitución lo que prestigiosos doctrinarios en su época –temporalmente ajena, claro está, al espacio que hoy ocupan los derechos humanos- entendían que indicaba la norma, cuyos redactores no pudieron siquiera prever la posibilidad de que una disposición internacional pudiese aplicarse en forma directa a las personas en el ámbito interno.

La utilización del criterio pro persona en “Fontev ecchia”, hubiese arrojado resultados totalmente distintos. En principio, hubiese tornado incoherente la utilización de la exégesis según las pautas del artículo 31 de la Convención de Viena, que fue pensada para regir relaciones entre los Estados, con efectos para los Estados como sujetos del derecho internacional público (lógica muy distinta a la de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en que los Estados se comprometen a respetar y garantizar los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción, siendo éstas las únicas “beneficiarias” de sus disposiciones y ante quienes existe obligación de responder). El mismo argumento hubiese impedido también aplicar el art. 27 de la Constitución Nacional y hubiese compelido a la Corte a entender –a contrario de como lo ha hecho en su considerando 19- que la introducción de los Tratados de Derechos Humanos al nivel constitucional por medio de la reforma del año 1994 exige una exégesis acorde a las categorías y principios que regulan esta particular rama del derecho: una forma que expanda las fronteras de las normas más protectoras y restrinja las de aquellas establecidas para limitarlas. Traducido en hechos, la aplicación del principio de interpretación propuesto hubiese habilitado a la Corte a vencer con claros argumentos constitucionales cualquier norma de derecho inferior que se opusiese a “dejar sin efecto la condena civil impuesta”. Al haber omitido una interpretación acorde al artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, soy de la opinión de que la propia Corte ha actuado en forma contraria al mandato constitucional.

En suma, lo anterior hubiese sido también compatible con una interpretación de tipo evolutivo-teleológico, acorde con el utilizado por la Corte, vgr. en el caso “Chocobar” –citado en este trabajo con anterioridad-, en el que el tribunal justamente expuso su idea de que la Constitución no puede ser interpretada de acuerdo a criterios de “hace 100 años”.

Puede verse, según lo demostrado aquí y también en el acápite anterior, cómo la utilidad práctica de la elección de uno u otro criterio interpretativo define el resultado de un caso que, como se dijo al inicio del presente, puede tener

naturales réplicas en los tribunales inferiores, en virtud de la jurisprudencia sentada por la propia CSJN en el precedente “Ceramica San Lorenzo”, del 4 de julio de 1985, al sostener que: “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete”. Cabe dejar abierta la cuestión acerca de si la aplicación de un criterio interpretativo más acorde –el aplicable al sistema de derechos humanos o fundamentales- puede resultar uno de los nuevos argumentos que habiliten a los jueces a decidir de una forma diferente.

VIII. A modo de cierre.

Creo haber podido demostrar a lo largo de este trabajo la trascendencia de la tarea interpretativa de las normas constitucionales, y atado a ello, explorado la preocupación de cierta doctrina en relación a la necesidad de encontrar alternativas jurídicas que incidan en acotar los márgenes de discrecionalidad para seleccionar el criterio exegético aplicable a un determinado caso. No puedo dejar de advertir que el repaso de los precedentes de la Corte y de los métodos interpretativos utilizados según cada caso infunde preocupación, más bien, cierto desánimo en quienes perseguimos la concreción material del valor justicia.

Comparto la sensación que la “alquimia interpretativa” produce a Gargarella, y que no hace más que reforzar las cada vez más profundas críticas que se dirigen, desde diversos sectores de la sociedad, al Poder Judicial en sus distintos niveles: existe un sentir comunitario de que la justicia es “acomodable”, que los casos judiciales que están en la consideración pública⁴¹ son decididos con un criterio más cercano al oportunismo político que a uno técnico-científico. El valor de la independencia judicial dentro del sistema republicano resulta debilitado por esta realidad, y repercute, sin dudas, en forma de descreimiento de la sociedad en las instituciones.

Lo anterior no empece a que, más allá de apelar a la responsabilidad cívica de los jueces, y de la inimaginable posibilidad del juicio político que podría haber a los magistrados por aplicar criterios interpretativos inviables, los operadores jurídicos podamos en cada una de nuestras intervenciones, cada uno de los escritos que canalicen peticiones relativas a derechos fundamentales, exigir a la magistratura la utilización del principio pro persona y las múltiples derivaciones que éste tiene en el resto del ordenamiento jurídico (vgr. el in dubio pro reo o pro operario, en materia penal y laboral, la interpretación pro consumidor en relación a

⁴¹ La mayoría de los casos que tramitan ante la Corte lo están, expuestos ante la sociedad o como mínimo, ante una comunidad jurídica ávida de conocer su resultado.

los derechos que surgen del art. 42 de la Constitución Nacional, etc.). De esta manera, y en caso de decidir no aplicarlo, el órgano judicial deberá realizar un gran esfuerzo para fundamentar su decisión, para apartarse de la norma más protectora o de la menos limitante, exponiéndose a la crítica posterior.

Todo ello implica reconocer que la discrecionalidad interpretativa encontrará límites sólo si la comunidad –sobre todo la jurídica, en su rol de auxiliar del servicio de justicia- los exige y demuestra voluntad de hacerlos respetar.

IX. Referencias Bibliográficas.

-Castilla, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 20, Enero-Junio 2009. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx>;

-Cossio, Carlos, "El substrato filosófico de los métodos interpretativos", en "Jurisprudencia Argentina" tomo 71, sección doctrina, página 25. Recuperado de http://www.carloscoosio.com.ar/wpcontent/uploads/2014/01/1940_substrato_filosofico.pdf;

-Dworkin, Ronald, "Los Derechos en Serio", edición castellana, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 2º edición, 1989;

-Dworkin, Ronald, Carta del 28 de diciembre de 1983, Revista Doxa, Universidad de Alicante, citada en el prólogo del libro del autor "Los Derechos en Serio", edición castellana, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 2º edición, 1989, pág. 27.

-Furfaro, Lautaro, "Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso "Fontevicchia" de la Corte IDH", revista "Pensar en Derecho" n° 10, 2017, Eudeba, pág. 27 y ss;

-Gargarella, Roberto, "De la alquimia interpretativa al mandato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina", publicado en SJA 11/4/2007; "Jurisprudencia Argentina" 2007-II-1394;

-Gialdino, Rolando E., "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2014;

-Pinto, Mónica: "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos"; publicado en "Liber Amicorum Héctor Gros Espiell", Tomo II, Ed. Bruylant, Bélgica, 1997;

-Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, "Derecho Constitucional Argentino", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2001;

-Raffin, Marcelo, "La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur", Bs. As., Ed. Del Puerto, 2006;

-Sagües, Néstor, "El control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales", LL 2009-B, 761 (19/02/2009);

- Sagües, Néstor, "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", "Jurisprudencia Argentina" 2003-IV, fascículo 9, Buenos Aires.



LA TUTELA SINDICAL A LA LUZ DE LA NUEVA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por Adolfo Nicolás **Balbín**⁴²

Resumen: en el presente trabajo se investiga el alcance del instituto de la exclusión de la tutela sindical, al abrigo de las nuevas interpretaciones que, sobre ese tema, ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. El objetivo ha sido combinar la interpretación actual de la SCBA con conceptos e ideas claves provenientes del derecho colectivo del trabajo, tanto de orden nacional como internacional, y que rodean de manera indispensable al tópico seleccionado. De esa manera, comenzamos repasando brevemente el instituto de la tutela sindical, para luego avanzar con el estudio del proceso de exclusión de la tutela, vinculando ese tema con la actual jurisprudencia de máximo tribunal local que, según concluimos, toma para sí importantes elementos provenientes del derecho internacional del trabajo y del derecho constitucional nacional, en procura de la mejor defensa de los intereses colectivos obreros.

Palabras clave: tutela sindical- proceso de exclusión de tutela- Suprema Corte.

Abstract: in this paper we investigate the scope of the exclusion of union tutelage, taking into consideration the recent interpretations made by the Supreme Court of Justice

⁴²Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Correo electrónico: nicolasbalbin@hotmail.com

of the Province of Buenos Aires. The objective of the paper is to analyze whether the current interpretation of the Supreme Court can be understood under key concepts and ideas stemming from collective labor law, both nationally and internationally, and that determine the topic here discussed. Thus, we start by briefly reviewing the institute of trade union protection and then we address the process of guardianship exclusion, linking this issue with the current case law of the highest local court. Finally, we conclude by stating that the Supreme Court's interpretation takes important elements from international labor law and national constitutional law, in pursuit of the best defense of collective labor interests.

Key words: union protection - process of exclusion of guardianship- Supreme Court.

I.- Introducción.

El presente trabajo que versa de manera general sobre la tutela sindical, gira especialmente en torno a una novedad jurisprudencial reciente dada en la órbita de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, superando la clásica doctrina, ha modificado su interpretación respecto a la naturaleza y los efectos del proceso de exclusión de la tutela sindical, adhiriendo a los mejores parámetros internacionales que sobre el punto se han vertido, a la vez que se ha alineado también, según creemos, con el espíritu protectorio del Derecho del Trabajo y la amplia tutela constitucional de que resulta merecedor el trabajador.

En tal línea, creemos importante, primeramente, repasar ciertos contenidos generales sobre el instituto de la tutela sindical, para continuar explicando luego el significado e importancia del proceso de exclusión de la tutela, centrándonos posteriormente en la referencia puntual de los alcances de tal instituto en la jurisprudencia del más alto Tribunal local. Respecto a lo último, dividiremos ese camino entre un aspecto clásico, y la vertiente adoptada recientemente –junto con un breve análisis de la nueva postura y el bloque federal de constitucionalidad-, lo que aportará interesantes y actuales datos, conforme lo que aquí buscamos.

En una línea siguiente, propenderemos a exponer los puntos de contacto entre esa nueva conquista de los trabajadores en la esfera provincial, y el derecho de interés público. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones sobre el tópico analizado.

II.- Alcance conceptual de la tutela sindical.

En líneas generales, podemos decir que la tutela sindical es un derecho con que cuentan ciertos trabajadores llamados a cumplir funciones de representación – o similares-, de un grupo de obreros, y que se traduce lisa y llanamente en el goce de la estabilidad en su puesto de trabajo por un cierto período de tiempo, o el poder de protección llamado a enervar cualquier conducta tendiente a extinguir su contrato de trabajo, o bien suspenderlo o modificarle alguna de sus condiciones pactadas inicialmente, siempre que no se de alguna causal que justifique, en su caso, proceder de manera contraria al derecho enunciado.

En este sentido expresa el profesor Ricardo Cornaglia que: “En los estados sociales de derecho, la organización de la red de mandatos que constituye el sindicalismo, se fortalece mediante formas de protección establecidas por el instituto de la tutela sindical” (2010: 467).

Efectivamente, el derecho sindical, como rama jurídica perteneciente al derecho colectivo del trabajo, nacido con el afán de regular el fenómeno de agrupamiento o asociación de los trabajadores para la mayor y mejor protección de sus intereses profesionales individuales y colectivos, se hace de un instituto tan importante como la tutela sindical a fin de resguardar a quienes, actuando en pos de un interés grupal, se encuentran expuestos a sufrir las presiones o embates provenientes tanto del Estado en sus diversas variantes, como de los empresarios, asociaciones sindicales, o de un grupo de pares, que pueden afectarlos.

Y es que la puesta en práctica de uno de los principios fundantes del derecho sindical, como es la libertad sindical, encuentra indefectiblemente trabas u obstáculos en el ejercicio de la militancia obrera, manifestándose tales impedimentos en fuerzas o razones contrarias tanto de orden económico como también político que actúan en diversos momentos del ejercicio profesional como valladares contrarios a los intereses de la clase que se intenta resguardar.

Así, siendo necesaria la asociación de los trabajadores a fin de poder negociar seriamente con un poder que se torna cada vez más dominante -y a partir del reconocimiento de los intereses comunes con sus pares, de necesidades comunes insatisfechas, de iguales condiciones de miseria y explotación traducida después de un cierto tiempo en una verdadera conciencia de clase-, paulatinamente fueron gestándose en ese colectivo nuevas formas de reivindicaciones y luchas que, pulidas, comenzaron a representarse como simples reuniones, para pasar luego a formas más desarrolladas que tendieron, con el paso del tiempo, a constituir las aristas principales de las actuales agrupaciones profesionales, en cuya agenda se incluye de manera permanente la discusión y

planificación de ideas tendientes a lograr una mejora en las condiciones de la clase trabajadora.

Esta gesta del movimiento sindical, produjo como consecuencia la toma de partido respecto a la necesaria constitución de mecanismos de coraza, que protegieran a los que intervenían funcionalmente entre los obreros y los demás grupos de poder. Poco a poco este movimiento iba a dar sus frutos.

A nivel internacional, la Carta Americana de Garantías Sociales aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948, consignó en su artículo 26, relacionado con el derecho de asociación, lo que sigue: “Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el período de elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente”. Por su parte, los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, dan cuenta de una amplia protección en materia de tutela sindical, a través de una importante coraza otorgada al principio de la libertad sindical.

En ese tramo, el primero de los Convenios expresa que: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas” (art. 2). En la misma senda, su artículo 12 establece que: “Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

Por su parte, el Convenio 98 reza: “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (art. 1.1). Y sigue diciendo que: “Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato”; b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo” (art. 1.2).

A nivel constitucional nacional, la garantía de la tutela sindical está consagrada en el segundo párrafo del artículo 14 bis de nuestra carta magna, que reza: “Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el

cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

A nivel legal interno, tal instituto se encuentra receptado en el Título XII de la Ley de Asociaciones Sindicales (L.A.S) nro. 23.551, artículos 47 a 52.

Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 39 inciso segundo, prescribe: “La Provincia reconoce los derechos de asociación y libertad sindical, los convenios colectivos, el derecho de huelga y las garantías al fuero sindical de los representantes gremiales”.

Como se advierte, existe una íntima vinculación entre el principio de la libertad sindical –de carácter estructural-, y el derecho de la tutela colectiva. En efecto, la protección de quien viene a representar los intereses de la clase obrera, no puede sujetarse al acto material y asociacional que conlleva la afiliación a una entidad profesional que, aunque importante para la conjunción de intereses de clase, no tiene (o no debería tener) entidad suficiente como para encorsetar el goce de la estabilidad sindical al recaudo de la previa agremiación formal. Ello supone tener en cuenta el carácter dinámico de la libertad sindical, eliminando su faceta estática o dogmática.

Nuestro Superior Tribunal Provincial ha dicho que: “Las dos facetas de la libertad sindical, individual y colectiva, confluyen en un punto clave: el haz o conjunto de garantías que conforman lo que se denomina “fuero sindical”, destinadas a proteger la labor de los dirigentes sindicales tendientes a posibilitar su libre ejercicio orientado al logro de los intereses supraindividuales del colectivo de trabajadores representado (manteniéndola indemne de represalias, obstáculos e intervenciones foráneas), lo que en la Constitución nacional se refleja en la concluyente enunciación de que “los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo” -art. 14 bis- (SCBA: “Coletto”, L 115030, sent. 16/07/2014; SCBA: “Ferulano”, L 79331, sent. 05/10/2011; SCBA: “Sandes”, L 93122, sent. 05/10/2011).

III.- El proceso de exclusión de tutela. Significado.

Tal cual antes se dijo, el derecho de la tutela sindical supone el otorgamiento de una protección frente a la posibilidad de despido, de modificaciones en las condiciones de trabajo, o bien de suspensión laboral.

Como se puede observar, a la hora de atribuir protección en atención a las especiales funciones profesionales cumplidas por ciertos representantes de los trabajadores, no hay en el texto de la Ley de Asociaciones Sindicales más distinción que el carácter meramente colectivo de las tareas profesionales cumplidas por los mismos, ello en atención a la referencia que el texto constitucional hace sobre la "gestión sindical". En tal sentido, expresó Bidart Campos que: "las garantías están deparadas en ese marco estrecho; para cumplir una gestión sindical, y no fuera de él. Si no, serían un privilegio de la persona del representante, y no una protección a su cargo y a su actividad de representante" (1981:529), escribiendo en su momento Rodolfo Nápoli que: "No les ha otorgado, por manera alguna, un fuero personal, ni les ha rodeado tampoco de inmunidades. Ello sería contrario no solo a la naturaleza de las asociaciones profesionales, sino también a la soberanía del pueblo, única fuente de poder" (1969:86).

Resumiendo el alcance subjetivo, podemos decir que se protege tanto a los representantes que hayan resultado electos en el proceso eleccionario convocado por la asociación sindical de trabajadores con personería gremial (ello no obstante que debemos recordar la interpretación extendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los representantes que formen parte de una asociación simplemente inscripta, conforme a los siguientes casos: CSJN: "Asociación de Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo", sent. 11/11/08; CSJN: "Rossi Adriana María c. Estado Nacional", sent. 9/12/09; CSJN: "Asociación de trabajadores del Estado c. Municipalidad de Salta", sent. 18/07/2013; entre los más relevantes y progresivos en la materia), así como también a quienes resulten postulados para un cargo de representación, es decir aquí incursionamos en la figura de los candidatos, cuya protección está asegurada por el artículo 50 de la ley sindical, y se dinamiza a partir de la oficialización de su propuesta en orden al procedimiento electoral aplicable, y siempre que se haya comunicado al empleador en cuestión dicha candidatura⁴³.

Sobre el ámbito instrumental de la tutela sindical, el ordenamiento actual ha sido ensanchado en relación con las anteriores regulaciones⁴⁴, utilizando para prevenir actos contra tutela no solamente medios sancionatorios o represivos (multas al empleador, por ejemplo), sino que también se ha incluido en el título XII de la Ley 23.551 un mecanismo preventivo de protección consistente en el proceso judicial de exclusión de la tutela, como recaudo previo para que los trabajadores amparados por las garantías previstas en los artículos 40, 48 y 50 de la ley puedan –

⁴³ El artículo 29 del Decreto reglamentario 467/88 precisa el concepto legal de "postulación para el cargo", prescribiendo que se tendrá por tal al trabajador a partir del momento en que el órgano de la asociación sindical con competencia para ello tenga por recibida la lista que lo incluye como candidato, con las formalidades necesarias para pasar a expedirse acerca de su oficialización. Vale decir, cuando se concrete la presentación respectiva con los recaudos legales y estatutarios correspondientes ante la Junta Electoral u organismo similar de la respectiva asociación.

⁴⁴ Simplemente a tenor informativo, mencionaremos los principales antecedentes normativos nacionales respecto de la regulación actual: Decreto Ley 23.852/1945; Decreto Ley 9270/1956; Ley 14.455 del año 1958; Ley 20.615 del año 1973; y Ley –de facto- nro. 22.105 del año 1976.

luego de su trámite-, ser suspendidos, despedidos, o bien modificadas sus condiciones de trabajo (artículo 52 LAS). A su vez, se enlista en el mismo artículo 52 un mecanismo de tipo reparatorio, tendiente al restablecimiento de las garantías afectadas, permitiendo al trabajador demandar judicialmente, por la vía sumarísima, la reinstalación en su empleo, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo anteriores al acto violatorio de las garantías consagradas.

Entonces, para poder afectar el normal desempeño laboral del trabajador tutelado –ya sea que se quiera despedir, suspender, o bien modificar ciertas condiciones de su trabajo-, el interesado, obligatoriamente, debe tramitar ante la justicia competente un proceso denominado de exclusión de la tutela sindical. En el mismo, la resolución judicial se constituye en un recaudo previo indispensable a los fines de excluir al representante o candidato colectivo (según el caso), de la garantía especial reconocida por la Ley de Asociaciones Sindicales. Dicho íter procesal resulta abreviado, aplicándose las normas correspondientes al proceso sumarísimo.

Respecto del proceso de exclusión de tutela sindical receptado en el artículo 52 de la L.A.S, la doctrina ha planteado que tal precepto contempla una forma particular de protección de la estabilidad en sentido amplio, por la cual no es posible afectar los contratos de trabajo de los representantes sindicales, si no media una resolución judicial que los excluya de la garantía (Cornaglia, 2010:543).

En ese sentido, el poder del empleador queda condicionado por la ley en función de la tutela, obligándose al empleador a transitar por un carril judicial, a fin de que una autoridad objetiva e imparcial, garantice la ausencia de motivos antisindicales en la conducta de aquel que quiera alterar, con su poder derogatorio, una garantía constitucional (a su respecto consultar: SCBA: "Laprida", AyS 1994 III 392, sent. 16/08/1994).

Entonces, la exclusión de la tutela del representante electo o candidato sindical, puede operar únicamente en los casos en que el empleador haya iniciado el correspondiente proceso de exclusión, y haya obtenido una sentencia favorable. Luego, si no ha incoado tal trámite, o bien se anticipa a la decisión judicial a dictarse (ya sea a la decisión judicial final en ese íter, o bien al pedido de una medida de carácter provisional), y corrompe la coraza de la tutela gremial, el trabajador afectado, en orden al dinamismo del principio de la libertad sindical, podrá petitionar la reinstalación en su puesto –con más los salarios caídos durante la tramitación judicial-, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo alteradas -conf. art. 52 párr. 2do. L.A.S- (ver SCBA: "Rodríguez", L 69189, sent. 22/12/1999).

Por ende, en líneas generales, es dable decir que el inicio del trámite de exclusión no altera automáticamente el normal desempeño laboral y sindical del obrero representante, situación que cambiaría de obtener una medida provisional de exclusión durante su curso, o bien de lograrse una resolución final que se avenga a los argumentos citados por el pretensor del desafuero, en el caso. Respecto de la primera posibilidad –obtención de una medida de carácter provisional-, vale señalar la diferencia que separa al artículo 52 de la Ley 23.551 en relación a lo que a su respecto prescribe el artículo 30 de su Decreto Reglamentario nro. 467 de 1988. En efecto, mientras la ley prescribe que la medida cautelar de suspensión de la prestación laboral podría a llegar a fundarse en el peligro que la permanencia del cuestionado en su puesto o el mantenimiento o de las condiciones de trabajo, pudiese ocasionar para la seguridad de las personas o bienes de la empresa, la reglamentación introduce a su respecto elementos no incluidos en la redacción legal así como conceptos peligrosamente indeterminados. Así las cosas, en cuanto a lo primero, el decreto prescribe que los peligros –además de potenciales-, podrían afectar no solamente a las personas de la empresa, sino también a aquellos ajenos a la misma y, en cuanto a lo segundo, introduce como causal de petición de la exclusión el eficaz funcionamiento de la empresa lo cual, a las claras, deja abierta la posibilidad para que el empleador, sin justificar acabadamente los perjuicios que el trabajador representante le pudiese irrogar al mismo o a la organización productora, desvíe su conducta al margen de la norma legal, abriendo las puertas para una posible conducta arbitraria.

Cerrando el presente apartado, es dable señalar que, en materia de exclusión de la tutela sindical, de manera obligatoria, a la conducta proba del empleador, debe sumarse una autorización judicial emanada del juez natural de la causa (Tribunales Laborales de instancia única, en la Provincia de Buenos Aires), únicos habilitados para decretar una medida cautelar o bien dictar una resolución final en el proceso sumarísimo.

IV.- Visión clásica de la SCBA sobre la naturaleza del proceso de exclusión.

Insertándonos aún más en el tópico que nos ha motivado a escribir estas páginas, nos conducimos en este apartado a estudiar la interpretación que la SCBA ha mantenido durante largo tiempo, respecto a la consideración de la naturaleza de la decisión adoptada en el proceso de exclusión de la tutela sindical.

Adelantamos que si bien existe una relación estrecha entre los diferentes puntos de este trabajo, el ensamble habido entre este apartado y el siguiente –en que trataremos la doctrina actual- resulta clave para comprender el punto

neurálgico investigado, asentado el mismo en los nuevos aires que en materia de tutela sindical ha expresado nuestro Superior Tribunal Provincial.

Para empezar, y sentar una base de comparación, diremos que en relación al tópico que ahora nos convoca, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en varias de sus salas, mantiene la opinión que comprende que el juicio de exclusión de tutela, de trámite por un proceso sumarísimo, origina una decisión de carácter pleno y definitivo, debiendo garantizarse en dicho tránsito la debida defensa de las partes, y adquiriendo la decisión allí adoptada el carácter de cosa juzgada (a tenor ejemplificativo, citamos algunos precedentes: CNAT, Sala VII, causa: "Centro Gallego de Buenos Aires c/ Molina de Melian, Rosa y otros s/ sumarísimo", sent. 31/8/1995; CNAT, Sala III, causa: "Institutos Antártida Argentina S.A c/ Soria Berta", sent. 28/3/1994; CNAT, Sala I, causa: "Ganadera Esmeralda S.A c/ Jaimes, Víctor", sent. 12/3/1990; CNAT, Sala III, causa: "Cordero Cavallo & Lartaret S.A. vs. Porcel, Roberto J.", sent. 22/06/2005; CNAT, Sala IX, causa: "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vs. Sandoval, Elsa", sent. 17/05/2006).

Por su parte, buena doctrina alineada en tal óptica interpretativa, comprende que si el juez da la autorización para despedir, es porque ha emitido un pronunciamiento definitivo sobre lo que ha sido sometido a su decisión (Fernández Madrid, 2007:292), agregándose desde la misma vereda que la sentencia dictada en el procedimiento sumarísimo de exclusión de tutela no constituye una medida cautelar, sino una decisión de carácter pleno y definitivo, en el que la resolución de las cuestiones controvertidas producen el efecto de la cosa juzgada material y no pueden volverse a debatir en un proceso posterior (Etala, 2017:268).

Contrariamente a las posiciones progresivas antes aludidas, la SCBA, durante largo tiempo, rechazó por mayoría esas consideraciones; y, en una visión de tipo clásica, intentó distinguir entre el contrato y sus posibles vicisitudes, de las acciones sindicales que tutelan a los representantes gremiales. De manera que por un lado tendría que cumplirse el tránsito por el proceso de exclusión de tutela sindical mas, luego de terminado el mismo, sería necesario juzgar sobre el hecho motivante de aquella acción judicial, en otro juicio.

Una variante de esta posición hoy superada, se puede encontrar en la obra del profesor Ricardo Cornaglia, quien textualmente aludió a que:

Esto es lo que obliga a reconocer, que el resultado del proceso sumarísimo de desafectación de la tutela, no deja de ser un proceso cautelar (siendo necesario distinguir entre proceso cautelar y medida cautelar), sin notas definitivas y sin valor de cosa juzgada. Con lo que una sentencia procesando una desafectación legitimada por un juez que dé por cumplida la etapa de la prejudicialidad impuesta, podría ser revisada por un proceso posterior, cuando el

empleador finalmente tome la medida que se autorizaba en el primero a título preventivo. (...) la validez de cosa juzgada que se le atribuye a la resolución, es restringida a dos cuestiones: una de hecho, relativa a la conducta atribuida al propio trabajador, y otra jurídica, la proporcionalidad entre aquella y la medida adoptada (Cornaglia, 2010:554-556).

Haciendo un breve repaso por la doctrina de la SCBA –hoy superada-, podemos citar algunos casos típicos que ilustran la posición restrictiva mantenida por la mayoría del Tribunal. De esa manera –por un lado-, nos encontramos con ciertos fallos en donde la Corte provincial entendió que la decisión adoptada por el Tribunal Laboral en el proceso de exclusión de tutela no era definitiva, sino encargada solamente de entender el primer tramo de la contienda (ver por ejemplo: SCBA: “Municipalidad de Azul”, LP Ac 106.705, sent. 05/08/2009), o bien reconociéndole virtualidad únicamente para poder alterar las condiciones de trabajo del representante (SCBA: “Subiza”, LP L 90592, sent. 22/10/2008).

En la misma senda, nos encontramos con otro grupo de fallos en donde la SCBA interpretó que el tribunal competente para entender en el proceso de exclusión, únicamente debía cerciorarse respecto a la presencia de verosimilitud en el argumento apuntado por el empleador como fundamento de su petición sumarísima, sin que el juzgador pudiera emitir opinión alguna vinculada con la legalidad o justicia de la medida que se intentaba aplicar al representante (en ese sentido, consultar las siguientes causas: SCBA: “Mapelli”, L 81958, sent. 9/11/2005; SCBA: “Banco Provincia”, L 98143, sent. 11/03/2009; SCBA: “Campatelli”, L 116.369, sent. 30/10/2013; entre otras).

De manera que en la jurisprudencia tradicional de la SCBA, el juez encargado de entender en un proceso de exclusión de tutela sindical, únicamente estaba habilitado para corroborar la presencia de la verosimilitud en el derecho invocado por el empleador, mas no para requerir prueba suficiente que demostrare la ausencia de motivos antisindicales en la formalización inicial y, por extensión, analizar la misma más allá de los marcos del proceso precautorio.

No obstante ello, es importante remarcar dos cosas. Por un lado que, de considerarse encorsetado el proceso de exclusión en los límites estrictos de una medida cautelar y, por consiguiente, de exigirse únicamente la presencia de sus tres recaudos clásicos, no por ello tendríamos que pensar que necesariamente el análisis del juzgador tuviera que ser superficial pues, como lo ha puesto de manifiesto la propia SCBA en un importante fallo dentro de la materia previsional (aunque aplicable a este especial punto), la interinidad del juzgamiento en el terreno cautelar no es equivalente a la superficialidad en su tratamiento (voto del Dr. De Lázari en la siguiente causa: SCBA: “B. ,L. C.”, A 74.122, sent. 08/02/2017).

Por el otro, que en órbita con los derechos en juego dentro del instituto consagrado por el artículo 52 de la ley sindical nacional, obligadamente el juez debe escudriñar con cuidado los argumentos invocados, en orden a la naturaleza de los derechos en juego, y la protección emanada del principio de la libertad sindical, del que ya hemos hecho una breve reseña.

Sin embargo, aunque en minoría, el ministro Dr. Negri, en reiterados precedentes, hizo conocer una opinión disímil respecto a la visión clásica ya señalada y, en tal sentido, juzgó que la sentencia que declaraba la exclusión de la garantía sindical al trabajador amparado por los artículos 40, 48 y 50 de la L.A.S, por sus efectos, debía ser equiparada a definitiva y, por lo tanto, que era susceptible de casación (ver sus votos en minoría en los siguientes precedentes de la SCBA: "Propulsora Siderúrgica S.A.I.C.", L 43894, sent. 06/11/1990; "El Ternero S.A.", L 45736, sent. 30/03/1993; "Metalúrgica", L 47591, sent. 03/12/1991, entre otras).

V.- Superación y actualización provincial en el tema antes referido.

En relación a lo que surge del anterior apartado, y vinculado al tema central de este trabajo, resulta esencial mencionar el cambio de doctrina de la SCBA en relación al proceso de exclusión de la tutela sindical que viene, en líneas generales, a transformar en mayoría la opinión del ministro Dr. Negri que antes se puso de manifiesto, alineándose con la vertiente protectoria que sobre ese ítem encontrábamos en la jurisprudencia y doctrina.

Puntualmente, dicho cambio de doctrina legal se materializó en el fallo "Fate S.A.I.C.I contra Ottoboni, Víctor Octavio s/ Exclusión de tutela sindical" (SCBA: L. 114451, sent. 20/12/2017). Para entender ese fallo, es necesario ilustrarnos respecto al marco fáctico allí debatido. A su respecto, vale mencionar que el Tribunal de Trabajo nro. 1 del Departamento Judicial de San Isidro, hizo lugar a la acción de exclusión de tutela sindical promovida por la sociedad actora, imponiendo las costas al vencido. Para así decidir, luego de tener por acreditado que el trabajador era delegado de personal por el Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino (SUTNA), en la etapa de sentencia, estableció que en el marco del proceso de desafuero sólo debía resolverse la verosimilitud del planteo sometido a decisión por el principal, sin emitir opinión acerca de la validez legal de la medida a aplicar, resaltando que: "esta sentencia no define la suerte o existencia del derecho de fondo de debatirse en un futuro litigio, pues comprende sólo el

primer tramo del procedimiento legalmente instituido para la dilucidación del derecho afectado conforme doctrina del Superior Tribunal Bonaerense...". Es decir que, el Tribunal de origen, siguió la doctrina por entonces vigente de la SCBA.

Y ante tal situación, el demandado, Víctor Octavio Ottoboni, interpuso dos recursos extraordinarios: uno de nulidad –al que no se le hizo lugar-, y otro de inaplicabilidad de ley –que tuvo un efecto contrario-, denunciando en dicho tramo, la vulneración del principio de la libertad sindical contenida en los artículos 14 bis y 75 inciso 22 de la C.N, así como también la garantía de la defensa en juicio. Manifestó además, que cuando la sentencia inicial hacía referencia a la verosimilitud de los hechos, resultaba imprecisa porque omitía expresar cuál sería la norma violada por el representante sindical.

Vale decir que el tratamiento del recurso de inaplicabilidad de ley (al que se hizo lugar), fue lo que abrió las puertas al cambio de la doctrina tradicional de la SCBA.

En el voto que inicia el fallo de la Corte, se pone de manifiesto por un lado, la doctrina tradicional de la SCBA que, como antes dijimos, defendía por mayoría la existencia de una concepción cautelar del proceso de exclusión de la tutela sindical, considerando que las decisiones de los tribunales de trabajo que hicieran lugar a la exclusión de la tutela, no constituían sentencia definitiva a los fines de la admisibilidad de los recursos extraordinarios, sin que correspondiese, por ende, emitir opinión acerca de la validez legal de la medida a aplicar por el patrón, considerándose desde antiguo, que dicha decisión no definía la suerte o existencia del derecho de fondo a debatirse, pues comprendía solamente el primer tramo del procedimiento legalmente instituido para la dilucidación del derecho del afectado (ap. III.3, voto del Dr. de Lázari).

Mas, por el otro, también se leen líneas como las que siguen:

"(...) es doctrina de esta Suprema Corte que las dos facetas de la libertad sindical, individual y colectiva, confluyen en un punto clave: el haz o conjunto de garantías que conforman lo que se denomina "fuero sindical", destinado a proteger la labor de los dirigentes sindicales y posibilitar su libre ejercicio, lo que en la Constitución nacional se refleja en la concluyente enunciación de que "los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad en su empleo" (III.3, voto del Dr. de Lázari) e, invocando un decisorio de la CSJN -"Fate S.A.I.C.I. c/ Ottoboni, Víctor Octavio s/ exclusión tutela sindical, sumarísimo" registro F.477.XLVII, afincado en la misma causa a raíz de haber sido declarados (por la SCBA) mal concedidos los remedios extraordinarios interpuestos por el trabajador-, se pone de manifiesto que las limitaciones de orden local no podían ser esgrimidas

por los Máximos Tribunales provinciales para omitir el tratamiento de las cuestiones federales sometidas a su conocimiento.

En ese tramo, la SCBA (en su primer voto), se conduce a replantear el criterio tradicional, dejando de lado la consideración del proceso de exclusión de la tutela sindical como una instancia cautelar, y abriendo las puertas para que se exija en ese trámite sumarísimo, ya no solamente la comprobación prima facie de la verosimilitud del derecho esgrimido por el empleador, sino la acreditación de sus circunstancias justificantes y que sirviesen como herramienta fundamental para erradicar la posible motivación antisindical en el comportamiento patronal. Destaca en esto que debía ser en el mismo y único proceso sumarísimo a sustanciarse ante el tribunal de trabajo competente, donde se debería dar el debate en que el juzgador tuviera que valorar los hechos invocados por el principal, y pronunciarse sobre su demostración o no, merituando sobre la legitimidad en el pedido de desafuero (ap. III.7 voto del Dr. de Lázari). En dicho orden, se firma que: “el trámite sumarísimo único -aunque abreviado- garantiza plenamente la debida defensa y no admite la duplicidad de procesos sobre la misma cuestión, resultando menester que el principal que intente despedir a un representante sindical no sólo inicie la acción de exclusión de tutela sino que también precise y pruebe en el pleito los hechos que motivan su petición” (punto III. 8).

En este punto es importante señalar brevemente el valor que el precedente “Consortio Gran Emilia” (SCBA, L 119.423, Resol. 11-V-2016) tuvo tanto en el primer voto así como también en los posteriores, en donde nuestro Superior Tribunal decidió que la decisión del órgano de origen con arreglo a la cual se había admitido la exclusión de la tutela gremial, en el contexto de la vulneración del principio de la libertad sindical, resultaba equiparable a definitiva. En ese contexto, si bien expresamente allí no medió variación de la doctrina legal por entonces vigente⁴⁵, la Corte Provincial -adhiriendo al criterio sentado por la CSJN en la causa F. 477.XLVII-, hizo lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado por el trabajador demandado en el proceso de exclusión, Sr. Martín Vera, inicialmente denegado por la falta de definitividad del pronunciamiento impugnado⁴⁶. Como se ve –reiteramos- si bien nuestro Superior Tribunal no varió en “Consortio Gran Emilia” su por entonces doctrina legal, abrió en cambio las puertas a una discusión mayor que luego daría su frutos en “Ottoboni” bajo comentario, tras considerar que la resolución del proceso de exclusión debía ser equiparable a definitiva y, con ello, susceptible de ser enervada a través del recurso

⁴⁵ Tal como surge del consid. III.2, la Corte expresamente reiteró en el fallo en comentario la vigencia de la directriz anterior.

⁴⁶ En cuanto a esto, se menciona que el Tribunal de Trabajo del Departamento Judicial Dolores, hizo lugar a la demanda de exclusión de tutela sindical promovida por el Consortio de Copropietarios del Edificio Gran Emilia contra el señor Martín Vera, a fin de que el actor pudiese proceder al despido del accionado, a quien se le había imputado inobservancia de las órdenes relativas al cumplimiento de la jornada de labor y ausencias sin justificación.

de inaplicabilidad de ley, fundando esa decisión en las bases constitucionales del derecho del trabajo y en la denuncia formalizada por el actor respecto a la supuesta vulneración al principio de libertad sindical.

Continuando con el comentario del fallo "Ottoboni", vale mencionar que si bien todos los ministros de la SCBA adhieren al voto del Dr. de Lazzari, fue el juez Dr. Negri quien, en el caso, tuvo la autoridad para reiterar su posición antes minoritaria, avalando el cambio de criterio en la Corte provincial. Por la importancia del texto, creímos necesario transcribir textualmente una parte de su voto, en donde dice: "Es mi convicción que no puede dudarse de la trascendencia jurídica y social que por sus efectos reviste la sentencia judicial que dispone la exclusión de la tutela sindical del representante gremial, la que en definitiva se traduce en una autorización al principal para despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo del dirigente sindical. Y no debe perderse de vista que el análisis de este tema debe efectuarse dentro de un panorama amplio porque la protección legal de aquéllos se justifica jurídica y políticamente en su carácter de representantes de los trabajadores, convergiendo en el ejercicio de su función los intereses contrapuestos existentes dentro de una comunidad de trabajo".

Como se ve, el ministro Dr. Negri destaca dos cuestiones: por un lado, la importancia del rol del representante sindical -actor esencial en la convergencia de los intereses contrapuestos existentes en una comunidad de trabajo- y, por el otro, la trascendencia jurídica y social que, por sus efectos, reviste la sentencia que viene a decidir sobre la exclusión de una tutela gremial, otorgada en procura de un interés individual, pero también grupal.

En ese sentido, afirma que la sentencia a dictarse en un proceso sumarísimo hará cosa juzgada material acerca de la existencia o inexistencia de la justa causa alegada por el empleador.

Como se ve, el fallo Ottoboni en comentario, es importante no solamente porque ha habilitado un cambio de rumbo en la doctrina legal de la SCBA, sino también en atención a las destacables bases sociales y jurídicas sobre la que se asienta el tópico referente a la exclusión de la tutela sindical.

Un dato importante resulta señalar la reciente confirmación de la novel doctrina legal de la SCBA bajo comentario, a través de la sentencia recaída en la causa "Guala" (SCBA: "Guala", L 119. 961, sent. 4/7/2018).

En tal línea es dable mencionar también, un decisorio de la CSJN ("Universidad Nacional de Rosario vs. Calarota, Luis Raúl s. Exclusión de tutela sindical", sent. 15/02/2018), en donde dicho Tribunal manifestó que: "es indudable

que la resolución judicial previa a la que alude el art. 52 solo puede excluir dicha garantía a partir de una cabal comprobación del motivo justificado que el empleador invoque. Comprobación que solamente puede hacerse a partir de una concreta especificación en la demanda de la medida que se pretende adoptar, pues de otro modo los jueces no podrían evaluar si las razones que se alegan guardan relación o proporción adecuada con el despido, la suspensión o la modificación contractual de que se trate". De esa manera, tal como lo manifestó el Superior Tribunal Nacional, es indudable que el fin propendido a través de dicho instituto no es otro que el de preservar a los representantes sindicales de cualquier acto patronal de represalia explícita o encubierta que pudiera afectar su situación de empleo.

VI.-La nueva doctrina de la SCBA y el bloque federal de constitucionalidad.

Resulta destacable hacer referencia aunque sea brevemente, a la interrelación que existe entre la nueva doctrina de la SCBA con el bloque federal de constitucionalidad ya que, desde esa óptica, se podrá comprender mejor el mensaje que el Superior Tribunal Provincial dejó luego del dictado del fallo "Ottoboni", ello en relación al alcance de tal decisorio.

En cuanto a lo anterior, es importante remarcar que, amén de las arenas colectivas en que campea la tutela sindical, el sustrato elemental del mismo es el trabajo como fenómeno humano a la vez que como centro de referencia; y, tomando en cuenta la raigambre constitucional protectoria que acoraza al mismo – en orden a lo cual el artículo 14 bis de la CN comienza diciendo que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes-, las interpretaciones progresivas que se hagan en relación a tal capital humano, son elementales no solamente como medios constitutivos de la ciencia ius laboralista sino, y por sobre todo, como formas de capitalizar el sentido tutelar con que debe interpretarse una rama del derecho cuyo sentido es unidireccional positivo en miras al obrero. Luego, cualquier intelección contraria al tal sentido protectorio, debe necesariamente ser de consideración restrictiva, ello en orden al prisma del orden público laboral. Ese mensaje corre también para las fuentes formales del derecho social, como la doctrina y la jurisprudencia.

En ese sentido, vale recordar que la CSJN ha dicho que al reglamentar un derecho emanado de la carta magna, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquel toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional, agregando que los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero ésta última está destinada a no alterarlos, lo

cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos (CSJN: “Vizzoti”, sent. 14/9/2004).

En relación a “Ottoboni”, la SCBA ha sabido utilizar las mejores herramientas para materializar la interpretación que antes hemos referido, ubicando el estudio de la extensión y naturaleza del proceso de exclusión de la tutela sindical en un campo acorde con el derecho internacional de los derechos humanos, así como también con la mejor doctrina de la CSJN.

Así las cosas, la Corte Provincial, en su cambio de doctrina legal, hizo especial hincapié en el principio de libertad sindical –tanto en su faceta individual así como también en la colectiva-, afirmando con corrección, que la misma constituye el conjunto de garantías destinadas a proteger la labor de los dirigentes sindicales, posibilitando su libre ejercicio.

La CSJN, al respecto, ha dicho que la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostiene e impone la Constitución Nacional mediante su artículo 14 bis así como también el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁷, agregando que: “tal como se sigue con absoluta nitidez del citado artículo 14 bis, la libertad sindical debe estar rodeada, como atributo intrínseco o inherente para el logro de su ejercicio cabal y fecundo, de un particular marco de protección de los representantes gremiales” (CSJN: “Rossi”, sent. 9/12/09, considerandos 3 y 4).

Claro que, como bien lo ha remarcado la SCBA, la mencionada libertad sindical –que encuadra el derecho del representante a no ser privado arbitrariamente de su cargo mientras dure su mandato y por el tiempo posterior reconocido legalmente-, necesariamente debe ceder frente a incumplimientos graves del trabajador que, por constituirse en justa causal, ameriten la finalización de su garantía especial, y las consecuencias posteriores con impacto en su contrato de trabajo.

Más, lo que se ha tratado de evitar a través de “Ottoboni”, es que el empleador vea reducida su carga procesal vinculante respecto a la formalización de su pedido tendiente a excluir al representante de su especial protección atento al cargo que desempeña y los intereses colectivos en juego. De esa manera, con aplicación de la actual doctrina, no alcanzará al empleador probar la verosimilitud en su reclamo, sino que será una carga de su parte aportar en el juicio sumarísimo los elementos que permitan acabadamente demostrar la legitimidad de su reclamo.

⁴⁷ A su respecto, vale mencionar algunas fuentes de tal regulación: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXII); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 20 y 23.4); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22.1/3) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.a y c, y 3); entre otros instrumentos.

Vale recordar que, en palabras de la CSJN, cuando un trabajador prueba indiciariamente que la extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, recaerá sobre la otra parte -empleadora-, la carga de probar que su actuación tuvo causales extrañas a la pretendida vulneración (CSJN: "Pellicori", sent. 15/11/2011, consid. 9).

Con esto se quiere señalar que, a los fines de conjurar los peligros que puede suponer la concreción de un motivo discriminatorio como causal de alteración del contrato de trabajo, la carga probatoria del pretensor se agrava necesariamente, consecuencia que de manera indispensable debemos rememorar en este tramo del análisis como forma de comprender la nueva doctrina legal bajo estudio.

Según apreciamos, fue con ese sentido con la SCBA en "Ottoboni" expresó que: "la sentencia dictada en el proceso de exclusión de la tutela del representante sindical deberá proveer, con base en las circunstancias fácticas acreditadas en la causa, la definición concerniente a la necesidad de privarlo de la garantía valorando la adecuación proporcional de aquéllas con arreglo a la decisión que la patronal procura adoptar" (voto del Dr. de Lazzari, III.9).

Tal como lo ha dicho la CSJN en el precedente "Vizzoti", el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional (considerando 9) y goza de la protección especial del Estado –según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (art. 2.a)-. Por lo que, en todos los casos, sus propiedades –tanto en el ámbito individual, como en el colectivo-, deben ser leídas a través de la lupa protectoria del orden público laboral, conformando un conjunto que, vale aclarar, no supone el exterminio de la propiedad del empleador, sino su justa limitación en orden a los derechos constitucionales de los trabajadores.

VII.- La importancia del cambio de doctrina legal y su vinculación con el derecho de interés público.

El tema de la tutela sindical a la luz de las nuevas interpretaciones emanadas de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se enmarca dentro del cuadro general del Derecho del Trabajo, en la especial rama del Derecho Colectivo del Trabajo; y, como tal, participa de las cualidades que caracterizan a esa rama de las ciencias jurídicas, en particular, de su base social conflictiva y, de manera permanente, de su vinculación con el concepto político y cultural de poder.

En ese tramo, el Derecho del Trabajo, asentado de manera inicial sobre una relación dispar de fuerzas individuales, intenta reaccionar frente a tal vinculación socio-económica desnivelada, propendiendo a crear herramientas que permitan la

continuidad de tal relación, pero canalizando de cierta forma los conflictos inmanentes de la apropiación base del contrato de trabajo.

La figura de la tutela sindical, como se dijo, reproduce la totalidad de ese conflicto inicial, aunque de manera proyectada, ya que su vigencia y funcionamiento se entiende más en la esfera de las relaciones colectivas derivadas del trabajo, que en la órbita individual, aunque claramente cumple en esta última porción un papel de notable interés.

Ante tal estado de cosas, el proceso de exclusión de la tutela sindical, debe entenderse más que como una figura receptada en la Ley de Asociaciones Sindicales, como un mecanismo trascendental para permitir la mejor satisfacción del objetivo primero del Derecho del Trabajo, cual es la acción tuitiva con contenido unidireccional obrero, a través de la contención legal de quien es llamado a representar los intereses de clase y que, como tal, se encuentra mucho más expuesto a las presiones provenientes de los empleadores, el Estado o aún de algunas asociaciones de trabajadores.

Pero como se dijo antes, la garantía gremial no se asienta únicamente en la Ley 23.551, sino que parte de principios superiores, educándonos es esta senda respecto a los motivos por los que resulta elemental su estudio crítico, y su defensa progresiva. Aquí radica el principal ensamble entre el tópico central de este trabajo, y el derecho de interés público. Es necesario tomar en cuenta la raigambre constitucional e internacional al momento de estudiar el verdadero alcance de la garantía especial de que gozan los representantes sindicales, y a la vez también tenemos que agendarnos la base sociológica incorporada en tal instituto.

Sobre las anteriores ópticas, la SCBA ha cambiado su doctrina legal respecto a la consideración del proceso de exclusión de tutela sindical, afincándose en la importante defensa del principio de la libertad sindical –de alcances individuales y colectivos-, así como también en la elemental tarea de los jueces orientada a evitar la materialización de conductas anti sindicales y discriminatorias, a la hora de tener que analizar los argumentos que se ofrecen al abrirse el proceso consagrado, a título legal, en el artículo 52 de la L.A.S.

La línea seguida actualmente por el Superior Tribunal Provincial, se afinca sobre todo en la protección indispensable del derecho humano al trabajo y al ejercicio de acciones colectivas que vayan de la mano con tal conducta. Ha operado a su respecto, una buena recepción de los conceptos basales provenientes del bloque federal de constitucionalidad.

Más la Corte también ha prestado atención a la base sociológica ínsita en el proceso de exclusión de la tutela, en el sentido de que trata de evitar con la nueva doctrina legal, el ejercicio indiscriminado del empleador para poder despedir al representante de los trabajadores; y, haciendo coto también a la justificación jurídico-política de tal interpretación tuitiva, no desconoce los intereses contrapuestos existentes dentro de la comunidad de trabajo, sino que, racionalmente, trata de canalizarlos.

Eso da cuenta de la importancia social, política y jurídica del proceso de exclusión de tutela, y la necesidad de sembrar sobre tal instituto, una interpretación amplia y progresiva.

Por otra parte, es necesario tomar en cuenta en la órbita del derecho de interés público, la utilidad de cultivar el estudio crítico de la norma legal, en orden al rol que debe cumplir el operador del derecho en la sociedad, independientemente de la posición que tenga que desempeñar. En esta senda, entendemos que el crecimiento democrático social de una comunidad radica, más que en la reiteración de programas colectivos, en la reflexión sobre la conducta individual y su incidencia en la comunidad en donde se vive. A la par, además de una responsabilidad personal, en materia de derechos sociales campea también una de tipo institucional. Y ambas son elementales para anteponer a la idea del derecho positivo, el concepto de justicia social.

VIII.- Conclusiones.

A modo de conclusión, se nos presentan una serie de ideas que es importante remarcar.

Primero, es elemental estudiar al Derecho del Trabajo, no solamente desde su base nacional, sino también tomando en cuenta conceptos importantes provenientes del derecho internacional, ya sea que analicemos las interpretaciones originadas en la Organización Internacional del Trabajo, o bien otra fuente supra legal e incluso de raigambre constitucional. Y ensamblado con esos conceptos, sin olvidar el orden de jerarquía normativa, es útil y obligatorio darle prevalencia a la norma más protectoria para el trabajador, en tiempos en que se deba solucionar un conflicto socio laboral.

En la misma senda, no debemos dejar de lado la base sociológica del Derecho del Trabajo, y su importantísima función a la hora de comprender el alcance de sus instituciones que, como hemos dicho antes, parten de una realidad

conflictiva en la que el derecho trata de reaccionar canalizando el cruce de fuerzas sociales.

El instituto de la tutela sindical, y el del proceso de exclusión de la garantía gremial para el candidato o representante, se nutren de los anteriores componentes. Luego, afincándonos en la segunda figura antes mencionada, resulta totalmente defendible tanto en el ámbito jurídico provincial como en el nacional, la tesis que aleja al mentado proceso de la figura y de los recaudos propios de los trámites cautelares, ello a fin de propender al logro de su fin último a la luz de los principios constitucionales que tratan de amplificar los derechos del colectivo obrero.

Con eso, actualmente también resulta exigible en el proceso de exclusión de tutela sindical, la prueba que fundamente los motivos legítimos traídos a juicio a la hora de promover tal reclamo, sin que se deba posponer para una discusión posterior y plena, el alcance de ese pedido, sobre todo por la gravedad ínsita en el mismo, que podría conducir a la desarticulación parcial de la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores.

Por lo demás, es dable reiterar que la naturaleza sumarísima del proceso de exclusión contenido en el artículo 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales, no resulta óbice para el tratamiento de las anteriores cuestiones que, como se dijo, en esta nueva hora, no se limitan al análisis de la verosimilitud en el pedido del empleador, sino que avanzan en su significado a fin de evitar la materialización de conductas antisindicales.

Sobre esa base, celebramos el cambio de doctrina legal de la SCBA y sus efectos que, según creemos, no se encorsetan en el frío mundo de la ley positiva sino que, favorablemente, hunden sus raíces en el clamor de una necesidad social actual y legítima a la luz de un interés público profundamente justificado.

IX.- Bibliografía consultada.

- BALBÍN, Nicolás (2015). "Aportes para el estudio de la tutela sindical en el régimen jurídico vigente". Publicado en: Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, año 13 nro. 46, páginas 543 a 567.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1981). "Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis". Publicado en: Revista Trabajo y Seguridad Social, T VIII A, páginas 481 a 560.
- CORNAGLIA, Ricardo J. (2010). Derecho Colectivo del Trabajo. Derecho Sindical. 2da. ed. actualizada. Buenos Aires: La ley.
- CORTE, Néstor (1988). El modelo sindical argentino. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- DIARIO DE SESIONES de la Convención Nacional Constituyente, año 1957 (1958). Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.
- ETALA, Carlos (2017). Derecho Colectivo del Trabajo. Buenos Aires: Astrea.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan C. (2007). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Buenos Aires: La Ley.
- GOLDÍN, Adrián O. (1992). "El sindicato único en la Argentina: un modelo agotado". Publicado en: Revista Derecho del Trabajo, LII-A, página 395 y ss.
- JAUREGIBERRY, Luis María (1957). El artículo nuevo. Santa Fe: Librería y Editorial Castellví S.A.
- NÁPOLI, Rodolfo (1969). Manual de Derecho Sindical. Buenos Aires: La Ley.
- TISSEMBAUM, Mariano (1964). "La constitucionalización y codificación del derecho del trabajo. Sus fuentes e interpretación". En: Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario Deveali. Buenos Aires: La Ley.

X.- Jurisprudencia y normativa citada.

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

- Carátula: "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo" (CSJN, sent. 11/11/08).
- Carátula: "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Municipalidad de Salta" (CSJN, sent. 18/07/2013).
- Carátula: "Fate S.A.I.C.I. c/ Ottoboni, Víctor Octavio s/ exclusión tutela sindical (sumarísimo)", registro F.477.XLVII.
- Carátula: "Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ Amparo" (CSJN, sent. 15/11/2011).
- Carátula: "Rossi Adriana María c/ Estado Nacional- Armada Argentina s/ Sumarísimo" (CSJN, sent. 9/12/09).
- Carátula: "Universidad Nacional de Rosario vs. Calarota, Luis Raúl s. Exclusión de tutela sindical" (CSJN, sent. 15/02/2018).
- Carátula: "Vizzoti, Carlos A. c/ Amsa SA s/ Despido" (CSJN, sent. 14/9/2004).

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

- Carátula: "Centro Gallego de Buenos Aires c/ Molina de Melian, Rosa y otros s/ sumarísimo", Sala VII, sent. 31/8/1995.
- Carátula: "Ganadera Esmeralda S.A c/ Jaimes, Víctor", Sala I, sent. 12/3/1990.
- Carátula: "Institutos Antártida Argentina S.A c/ Soria Berta", Sala III, sent. 28/3/1994.
- Carátula: "Cordero Cavallo & Lartaret S.A. vs. Porcel, Roberto J.", Sala III, sent. 22/06/2005;
- Carátula: "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vs. Sandoval, Elsa", Sala IX, sent. 17/05/2006.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

- Carátula: "Banco de la Provincia de Buenos Aires vs. Draghi, Juan Pedro s. Exclusión de garantía sindical", L 116.369, sent. 30/10/2013.

-Carátula: "B. ,L. C. c/ I. d. P. S. s/ Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", A. 74.122, sent. 08/02/2017.

-Carátula: "Campatelli, Aldo Walter vs. Edea S.A. s. Despido", L 116.369, sent. 30/10/2013.

-Carátula: "Coletto, Ramiro contra Cooperativa Obrera Limitada de Consumo y Vivienda. Despido", L 115030, sent. 16/07/2014.

-Carátula: "Consortio Gran Emilia c/ Vera Martin s/ Exclusión de tutela sindical", L 119.423, Resol. 11-V-2016.

-Carátula: "El Ternero S.A. c/Castro, Mario Néstor s/Ratificación de medida cautelar, exclusión fuero sindical por despido", L 45736, sent. 30/03/1993.

-Carátula: "Fate S.A.I.C.I contra Ottoboni, Víctor Octavio s/ Exclusión de tutela sindical", L 114.451, sent. 20/12/2017.

-Carátula: "Ferulano, Pío Leonardo y otros c/FACERA S.A. s/Amparo gremial. Restitución en el puesto. Salarios caídos" (procedimiento sumario art. 52 ley 23.551), LP L 79331, sent. 05/10/2011.

- Carátula: "Guala Closures S.A. c/ Sabino Sebastián. Exclusión Tutela Sindical (sumarísimo)", L 119.961, sent. 4-7-2018.

-Carátula: "Laprida, Hugo Osmar y otros vs. Municipalidad de Colón s. Acción de reinstalación (art. 52, Ley 23551)", AyS 1994 III 392, sent. 16-08-1994.

-Carátula: "Mapelli, Oscar Ernesto vs. Telefónica de Argentina S.A. s. Despido", L 81958, sent. 9/11/2005.

-Carátula: "Metalúrgica V.G.S.A. c/Avalos Hugo s/Exclusión Garantía", L 47591, sent. 03/12/1991.

-Carátula: "Municipalidad de Azul vs. Spitale, Sergio Raúl s. Exclusión de tutela sindical", LP Ac 106.705, sent. 05/08/2009.

-Carátula: "Propulsora Siderúrgica S.A.I.C. c/Serex Alfredo Emilio y ot. s/Demanda sumarísima de exclusión de la garantía", L 43894, sent. 06/11/1990.

-Carátula: "Rodríguez, Carlos María y sus acumulados vs. Petrotandil S.A.C.I. e I. s. Indemnización Ley 23551", L 69189, sent. 22/12/1999.

-Carátula: "Sandes, Hugo Raúl c/Supga S.A. s/Indemnización por despido", L 93122, sent. 05/10/2011.

-Carátula: "Subiza, Susana Edith vs. Dirección General de Cultura y Educación s. Reinstalación", LP L 90592, sent. 22/10/2008.

Normativa.

Constitución de la Nación Argentina.

Carta Americana de Garantías Sociales, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá en 1948 - Instrumento disponible on line en el siguiente enlace: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2001.pdf> [fecha de consulta 25/2/2018].

Convenio 87 de la OIT - Instrumento disponible on line en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087 [fecha de consulta 25/2/2018].

Convenio 98 de la OIT - Instrumento disponible on line en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C098:NO [fecha de consulta 25/2/2018].

Ley 23.551. Boletín Oficial de la República Argentina, 22/4/1988.

Decreto Reglamentario nro. 467, Boletín Oficial de la República Argentina, 22/4/1988.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Apéndice multimedia



EL ACTIVISMO EN PRIMERA PERSONA

Soy María Paula García, tengo 28 años y estoy interesada en el activismo democrático. Mi trayectoria se centra en la educación en derechos humanos, en debate, argumentación y comunicación y en el litigio de interés público a través de la sociedad civil.

Las organizaciones de la sociedad civil me permitieron combinar aquello que aprendí durante la universidad y el acceso a los derechos humanos en la práctica. Son ecosistemas sumamente atractivos para comenzar desde que somos jóvenes a ser activistas desde lo colectivo para que nuestros derechos pasen del papel al acto.

La vida de la sociedad civil organizada nos permite encontrarnos con las personas, en la calle, en las escuelas, en la oficina, en el Estado, en los medios, en reuniones de estrategia. Son una oportunidad fundamental para ejercer el Derecho de formas no tradicionales y generar avances en la visibilización e implementación de derechos rezagados a través de las construcciones sociales, culturales y políticas.

Estudié Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y Periodismo en el Colegio Universitario de Periodismo. Pero la caja de herramientas comenzó a formarse antes. A los 13 años participé durante un año en el [Club L.E.O](#) de mi ciudad. Soy del Alto Valle de Río Negro. Hay clubes en más de 20 provincias del país; son un espacio de construcción de liderazgos juveniles y acción social. Fue el primer acercamiento a estructuras de toma de decisiones colectivas que dependían de la iniciativa de jóvenes y adolescentes.

Si bien el último punto de lo que va del recorrido termina en Amnistía Internacional Argentina, un movimiento mundial de derechos humanos, hubo otros trayectos y experiencias antes y en paralelo. A los trece años, un compañero y



amigo viajó becado a formarse en técnicas de debate como herramienta educativa. Al regresar, luego de un mes, organizó talleres en mi escuela y un torneo para todo el secundario. Fue una ventana de oportunidades para ingresar al mundo del debate con formato.

En 2005 se fundó la organización [Red Sin Fronteras Patagonia](#) y a través de la misma buscamos impulsar la actividad en talleres entre pares. Éramos jóvenes que ingresábamos a las aulas a promover el debate entre otrxs jóvenes. Así se sembraron varias semillas que contribuyeron a discusiones abiertas, argumentadas y a cambios estructurales en varias escuelas y adolescentes. A partir del debate aprendí que la abogacía orientada al interés público y a los derechos humanos podía ser un recorrido posible. Además, me permitió, hasta la actualidad, organizar talleres y encuentros y participar en eventos internacionales de estudiantes, en inglés y en español.

Una vez graduada me mudé a la Ciudad de Buenos Aires para realizar la maestría en Políticas Públicas y explorar el trabajo de incidencia en políticas desde la sociedad civil. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia – [ACIJ](#) fue la organización que me permitió adentrarme en las discusiones y estrategias sobre este tema: cómo, desde el tercer sector, podemos impulsar cambios sostenibles y estructurales para que los Estados cumplan efectivamente con las obligaciones constitucionalmente asumidas. Ya desde jóvenes hay mucho para aportar y aprender en estos procesos y debates. Así conocí la Legislatura de la Ciudad, el Congreso Nacional, pasé por medios de comunicación, tuve reuniones de trabajo en red y con autoridades del Ejecutivo, trabajábamos en equipo para instalar temas de derechos fundamentales en la agenda pública. Desde ACIJ, por ejemplo, impulsamos el caso de litigio estratégico de “Alan C. Rodríguez c/Gobierno de la Ciudad”, por el derecho a la educación inclusiva, que adquirió visibilidad pública y tuvo impacto directo en las políticas educativas. En organizaciones como ACIJ, a la vez que tenemos la oportunidad de comprender la dinámica política y social, también podemos imprimir creatividad en estrategias que salen de lo tradicional para visibilizar e impulsar derechos, barreras y desafíos.

Por otro lado, a partir de tejer redes con otrxs activistas, a quienes primero conocí jugando al fútbol mixto y con lógicas menos patriarcales, pude sumarme a un equipo de abogadxs activistas (y no abogadxs). Ser parte de [AboSex](#) – Abogadxs por los Derechos Sexuales – me acercó a la movilización en las calles y al uso más creativo de herramientas jurídicas para un acceso más pleno, más humano y más colectivo a los derechos sexuales. Cómo impulsar un proyecto de ley, articular con otros espacios del colectivo, dar respuestas a consultas particulares que permitan generar cambios positivos para otrxs que vienen atrás. Lo más importante de estos espacios: cada unx de nosotrxs tenemos algo para aportar y siempre, en cada discusión y propuesta de unx compañerx, podemos aprender.

Finalmente, en 2016 (hasta empezado el 2018) comencé a desempeñarme como Responsable de Jóvenes en [Amnistía Internacional Argentina](#), en el área de Educación en Derechos Humanos y Juventud. Acá el foco estuvo puesto en el empoderamiento juvenil, la educación y los derechos sexuales y reproductivos. Bajo el lema “Mi Cuerpo, Mis Derechos” de la campaña global de Amnistía (2014-2015), la organización sigue trabajando en la región en este tema para que lxs jóvenes conozcan sus derechos y cuenten con herramientas para ejercerlos y defenderlos. A través de la educación en derechos humanos y metodologías participativas, se busca que lxs jóvenes sean protagonistas y agentes de cambio para que todxs disfrutemos de nuestros derechos. Desde este trabajo, nos organizamos para ser facilitadorxs en talleres, para ser parte de movilizaciones en días claves, usar creativamente las redes sociales y para generar espacios de participación en los procesos de políticas públicas. Incluso pude llevar esta voz al [Foro de Alto Nivel Político de Naciones Unidas](#) para el seguimiento e implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Como feminista, como lesbiana, como activista y como profesional aprendí que desde el Derecho, sumado a otras herramientas, podemos participar activamente de nuestra sociedad, dar un paso adelante, encontrarnos con otras y con otros, en la diversidad, repensar y cuestionar nuestros privilegios, compartir nuestras preocupaciones y nuestras propuestas, para ponerlas en común y lograr que el acceso a derechos sea más justo e igualitario.



CONVERSANDO CON CHARLES SABEL⁴⁸

[REDIP] En su último trabajo⁴⁹ usted se muestra optimista con relación al desarrollo del Litigio de Interés Público en Argentina y, por el contrario, expone una actitud diversa en cuanto a los Estados Unidos.

Quisiéramos saber: ¿Cómo se puede explicar esta diferente mirada sobre el mismo fenómeno? Y ¿Por qué su mirada es pesimista en relación a los Estados Unidos?

[SABEL] La razón principal para el pesimismo es que el litigio estructural, tal como fue originariamente concebido, sólo puede funcionar bajo ciertas circunstancias muy precisas. Busca abordar contextos donde la mayor parte de las instituciones funcionan, pero hay algunas fallas o bloqueos puntuales en algunas instituciones o en sectores particulares del proceso político.

Entonces, cuando en general la mayor parte de las cosas funciona y la política funciona también, es concebible la idea -como tuvo Chayes- de tomar una forma particular de organización administrativa (la "agencia administrativa") y encontrar una manera creativa de adaptarla, que pueda ser usada por un tribunal de justicia. Así fue concebido el litigio estructural, para suplir esos déficits y en ese contexto.

Cuando estas prácticas surgieron, las formas de intervención nuevas se correspondían con las condiciones de esa época. Pero con el tiempo surgieron mayores incertezas y los problemas se hicieron más difíciles de definir en sus confines, lo que hace necesaria una Administración Pública más abierta en cuanto a los objetivos que persigue. En ese contexto, la idea de usar las cortes como un campo de batalla para resolver las falencias de instituciones particulares, incluso cuando los jueces pudieran estar de acuerdo con que existe una violación de

⁴⁸ La presente conversación tuvo lugar en Buenos Aires en Diciembre de 2017. Participaron en la misma María Emilia Mamberti, Francisco Ucin y María Carlota Ucin. La traducción estuvo a cargo de Mamberti y Ucin, con las revisiones del propio Sabel.

⁴⁹ Sabel, Charles, El nuevo derecho de interés público: una mirada hacia atrás a la situación en Estados Unidos y hacia adelante a su futuro brillante en otras partes, publicado en REDIP N° 2, p. 92, con traducción al español de María Emilia Mamberti.

normas constitucionales, sólo sucede en casos aislados. La práctica continúa teniendo lugar y no ha sido prohibida, pero no crece. Y de hecho no podría hacerlo en ausencia de una transformación más grande del Estado Administrativo y de las políticas que hay detrás de él.

Aun así, soy un estadounidense típico y tengo gran confianza en las perspectivas a largo plazo de los estadounidenses para generar una política e instituciones que funcionen mejor, dentro del Estado Administrativo. Puedo fácilmente imaginar que en ese Estado habrá nuevas formas de litigio estructural.

[REDIP] Usted refiere que la complejidad ha sido una de las razones por las cuales el litigio de reforma estructural ha mostrado sus límites, ¿Se refiere a la complejidad de los problemas?

[SABEL] Bueno, no solamente. Desde el comienzo del litigio estructural estaba claro que era problemática la idea a partir de la cual se habían concebido las agencias administrativas. Esta idea inicial era tener expertos que crearan regulaciones. Pero si tienes una situación demasiado compleja, los expertos solos no pueden hacer las reglas⁵⁰. Entonces necesitas otros mecanismos para establecer rutinas y revisarlas periódicamente. Esto es lo que explicamos en nuestro texto original:⁵¹ la transformación de la aplicación original de esta idea a un nuevo estado de cosas.

Igualmente, esto todavía presupone un cuestionamiento acotado del Estado Administrativo, y además, asume que el sistema político que funcione relativamente bien. Eso se mantuvo, pero lo que cambió desde los inicios es cómo se hacen las reglas, y cómo interactúan las partes. Esto se siguió desarrollando en muchas partes de los Estados Unidos, pero no en marco del litigio estructural (con algunas excepciones puntuales).

Hoy la discusión en los Estados Unidos es qué piezas de la vieja estructura se quieren preservar (y en qué términos). Pero en el fondo del asunto, se quiere conservar la estructura vieja. La gente puede decir que quiere que ella esté mejor financiada, que sea más o menos inclusiva o discutir qué formato es mejor. Sin embargo, es excepcional que alguien plantee un cambio radical en el cual toda la estructura se destruya (como algunos Republicanos extremistas). Esta batalla es ahora tan dominante en la discusión que hay poco espacio para el tipo de experimentación más radical que estaba en la base de la idea de litigio estructural. El litigio estructural planteaba probar algo nuevo para ver cómo funcionaba. Quizás

⁵⁰ Sobre el punto puede verse: Sabel, Ch. – Dorf, Michael, A Constitution of Democratic Experimentalism, Columbia Law Review, Columbia Law Review, March. También:

⁵¹ Sabel, Ch. – Simon, W., Derechos de desestabilización: el triunfo del Litigio de Interés Público, publicado en REDIP N° 2, p. 9, en traducción al español de María Emilia Mamberti

los expertos lideren este proceso, pero alguien tiene que encararlo. Podía haber discusiones sobre cómo hacerlo, pero no sobre la idea de que algo tenía que cambiar.

Argentina, está en una situación diferente. Quizás parezca muy dramático, pero me parece que la situación actual no puede sostenerse: la brecha entre ricos y pobres, la fragilidad de las instituciones existentes y la vulnerabilidad a los cambios globales no pueden persistir, y deberían ser modificadas. O ese escenario brinda una oportunidad de desarrollo, o se convierte en un problema muy serio del tipo de la primavera árabe. Muchas generaciones de personas que tienen aspiraciones de "clase media" y no tienen forma de lograrlas, y no van a tolerar eso...no debería tolerarse.

Entonces, hay fallas en instituciones muy básicas en Argentina y la Administración pública es profundamente disfuncional. En los Estados Unidos se la puede mejorar, pero básicamente muchas partes de la Administración funcionan razonablemente bien. En la Argentina, parece que no es así.

[REDIP] Quizás podemos decir que en Estados Unidos la política funciona mejor y por eso tiene fe en que esa administración que hoy existe puede ser mejorada por los políticos. Y acá, como la política no funciona bien, parece que necesitamos de otros actores que impulsen los cambios. Porque la política por sí misma no los produce.

[SABEL] No creo que haya un país en el que los políticos sean tan buenos como para producir estos cambios por sí mismos. Creo que la única forma de que estos cambios tengan lugar es cuando hay una alianza implícita entre algunos políticos y algunos reformadores, basada en la demostración de alguna posibilidad real/alternativas realistas. Es decir, alguien tiene que crear una nueva posibilidad de modo tal que se muestre que es factible realizar el cambio y entonces lograr que los políticos se enrolen con tales propuestas. Entonces, no creo que los estadounidenses sean tan buenos y así también sus políticos. Sólo tengo fe en que después de un período muy difícil, la combinación entre la innovación y una nueva concepción de la política pueda producir un avance. Y aquí creo que algo similar tiene que suceder.

Estoy muy influido por lo que sucede con la causa "Mendoza", pese a todas sus limitaciones. Porque es un caso en el que hay esfuerzos persistentes hace más de una década para hacer progresos sobre un conflicto sumamente complejo y en red. Donde ninguna institución pública individualmente ha podido hacer cambios por sí

misma. Es la unión ensamblada de todos estos esfuerzos combinados la que hace esto, incluso sin apoyo político directo (quizás haya un poco de apoyo político, pero la Cuenca Matanza-Riachuelo no es el estandarte de ningún partido, ni siquiera a nivel local). Esto es destacable porque muestra la fragilidad de las instituciones y la dificultad de reformarlas, y la determinación de los jueces e interlocutores otros niveles, incluido el movimiento de participación popular, que permiten que el caso avance. Asumo entonces, que en algún punto las fuerzas políticas reconocerán esto.

Si lees lo que dice el gobierno de Macri es una mezcla interesante de neoliberalismo tradicional combinado con un sentido de urgencia sobre la pobreza, en los términos de la Cuenca Matanza Riachuelo: dice hay que proveer acceso a servicios básicos. Lo dice todo el tiempo, pero no tiene ideas concretas de cómo hacerlo, nunca discute iniciativas concretas, sus pros y sus contras, ¡incluso cuando el gobierno nacional y el de la provincia y la Ciudad de Buenos Aires están alineados en el mismo partido! Entonces mi conclusión personal es que no se está enfocando en esto, incluso si está comprometido con esos objetivos

Creo que esta situación es extraordinaria. Es una situación donde si se mira la política y luego miras las políticas del caso "Mendoza", se observa que este caso triunfa en muchas cuestiones pese a su contexto. Nadie con mucho poder político lo apoya, pero avanza, está progresando en varios ejes. Si bien todavía hay contaminación, el caso está generando progresos en temas muy difíciles (como en procesos de relocalización participativos), y creando precedentes y rutinas muy relevantes sobre cómo tomar algunas decisiones. Esto es muy positivo para la gente de Argentina y también para las políticas⁵². Muchos pueden opinar en contra, pero yo creo que es una situación prometedora, al menos hasta que fracase.

[REDIP] Probablemente es el único camino que podemos seguir por ahora...-

[SABEL] Dado que el gobierno parece estar generalmente dispuesto a resolver este problema, pero tiene "reflejos" que atentan contra ese objetivo, la única fuente de concreta de inspiración son cosas como ésta. Quizás "optimismo" sea mucho decir, pero al menos seguro es una invitación a dedicarse al tema, es una oportunidad para que gente que se preocupa por estos temas pueda hacer una contribución que haga avanzar esto y para conectarlo con las políticas.

⁵² [Nota de Traducción]. Esto es especialmente importante a la luz de la recientemente sancionada Ley 27.451, de regularización dominial para la integración socio-urbana.

[REDIP]-En Argentina, además de la reforma estructural, el Litigio de Interés Público tiene otra línea dirigida a dar vigencia a los derechos sociales, lo que puede estar relacionado con la reforma estructural pero no de manera necesaria. Porque a veces, se trata de reconocer derechos de manera directa, sin necesidad de provocar tal reforma estatal.

¿Cree que hay diferencia entre nuestros sistemas explicable a partir de la falta de reconocimiento de los derechos sociales en su país?

[SABEL] Bueno, yo creo que sí tenemos derechos sociales en los Estados Unidos, pero el derecho está vinculado con el desarrollo de las estructuras administrativas. Por ejemplo, hay derecho a la educación, altamente desarrollado. Esto sirvió la fuente de un enorme movimiento de reforma. Pero el derecho está vinculado con la operación de las estructuras administrativas. El punto es que los derechos "abstractos" a la educación fueron testeados en los Estados Unidos. Porque en la época de la segregación todos tenían formalmente un derecho a la educación, pero no igualitaria. En Estados Unidos, los derechos sociales y la discriminación están relacionados, no actúan separadamente. Si eres ciudadano, tienes derecho a no ser discriminado, lo que te da derecho a cierto tipo de derechos sociales, lo que los hace más concretos. Ése es el esquema en Estados Unidos.

En Argentina... bueno acabamos de hablar del derecho a la vivienda y cómo aparece en el caso "Mendoza". Como resultado de la decisión original, las personas muy pobres que vivían en el camino de sirga tuvieron que ser relocalizadas, lo que generó el tema de mudarlos a una vivienda adecuada. Y se dio una discusión que hubiera sido completamente familiar (salvo en sus aspectos de innovación procedimental y de derecho administrativo) a los problemas que hemos tenido en Estados Unidos, en lo que hace al derecho a la vivienda.

Una vez que se declama el derecho a no ser desalojado de la propia vivienda (sea fundado el derecho a la dignidad, o porque hay un derecho a la vivienda como tal): ¿Qué pasa luego? Todo lo que sucede de ahí en más no se puede deducir del derecho a la vivienda en abstracto. Hay que definirlo y para eso es lo que sirven las instituciones. Por eso me resisto a separar el derecho abstracto de su reivindicación institucional, no porque no haya un derecho abstracto (lo hay), sino porque es necesario pensar ambas cosas juntas. Cuando las separas, eventualmente tienes que volver a unir las.

[REDIP] En Argentina, el problema aparece cuando tenemos, de hecho, derechos reconocidos en abstracto, pero sin la estructura administrativa que lo pueda abastecer

[SABEL] No hay Estado en la tierra que tenga tal desarrollo.

[REDIP] Quizás los países nórdicos...

[SABEL] ¡Siquiera los países nórdicos! Los he estudiado mucho, en particular a Dinamarca. Primero, no tienen "derechos sociales" en la Constitución como tales. Puedes encontrar allí mucha protección social, pero los derechos no necesariamente tienen un reconocimiento constitucional. Por ejemplo, para las personas con discapacidad hay un sistema elaborado que determina cuándo acceder a un beneficio y a prestaciones, aunque las personas pagan parte del costo de reparación de los equipos que reciben, por ejemplo. Pero eso es lo que hay como "derecho", no es en sí mismo la articulación del derecho.

[REDIP] Bueno pero además en Argentina, parece que creemos más en la proclama de derechos que en el desarrollo del Estado que responda a tales obligaciones.

[SABEL] Sí, creo que eso es una tragedia. Pienso que una discusión muy interesante del caso "Mendoza" frente a esa visión. Mucha gente puede pensar -en Argentina y en otras partes- que lo importante es reconocer el derecho. Cómo reivindicarlo no es tan relevante, es algo diferente. La otra visión es que el reconocimiento del derecho solo es el punto de partida, y lo fundamental es cómo hacer al derecho realmente accesible (por eso el éxito parcial de "Mendoza" es tan valioso). Con la mera declamación (importa el derecho, no el Estado), nunca se obtendrán sus derechos. Y esta es una lección que tenemos que aprender también en Estados Unidos Sabemos que la declaración del derecho a no ser discriminado no asegura que tus hijos puedan acceder a una escuela [como pasó en la época de la segregación].

Por eso es extraordinario cuando un caso como "Mendoza" deriva en que, de hecho, se les reconozcan derechos a las personas, con mucha creatividad. Luego esas innovaciones son generalizables, por eso es destacable. Estamos hablando de un fenómeno que sucede en la Argentina, no en un país nórdico. Estamos hablando de la creación real de derecho e instituciones concretas, en un contexto sumamente desafiante. Puede ser una excepción casual, pero sería raro porque las excepciones no duran 10 años. En Estados Unidos tuvimos experiencias que parecían igual de promisorias pero que se marchitaron rápidamente. Entonces, algo están manteniendo este fenómeno vivo en el caso de Argentina, aunque no sabemos exactamente qué (eso no es necesariamente lo importante).

[REDIP] ¿Cuando usted dice que algo está pasando, quiere decir que lograremos que el Riachuelo pase a estar limpio? (Aclaremos: No es una pregunta técnica, sino dirigida a la efectividad del proceso político-social)

[SABEL] Sí, creo que a fin de cuentas un río limpio no es algo tan complicado de lograr.

Una buena parte tiene que ver con la infraestructura y esto se podría lograr (en parte ya hay proyectos grandes de infraestructura en marcha). Hay otro aspecto mucho más complicado que tiene que ver con la contaminación. Un aspecto muy desafiante en este punto es la contaminación de la cuenca alta, derivada de la agricultura. Eso conecta con otro punto, que es que hay mucho dinamismo en la agricultura argentina, con regeneración de suelo, con una altísima productividad, etc.

Creo que sería posible, sí. Aunque los temas difíciles de la recolocación, que no estaban siquiera contemplados en la decisión original de la Corte Suprema, son los que están generando las consecuencias más interesantes en términos de derecho administrativo. Las fuentes más grandes de contaminación son manejables y no requieren de un gran aparato participativo (aunque me puedo estar equivocando).

La reacción intuitiva de pensar “vayan a ver el río, está sucio, nada cambio”, en algún punto es equivocada. Incluso si el río estuviese limpio, eso no responde si las personas involucradas en el proceso fueron tratadas con justicia, ni diría nada sobre el proceso de cómo se logró. Si se logran ambas cosas, sería un doble milagro: el más fácil, que el río esté más limpio; y el más difícil, que es darle un futuro a las personas de la ribera, que ni siquiera era el punto principal del caso. Claro que ese futuro no que no va existir en la medida en que los niños sigan teniendo metales pesados en sangre

COMUNICACIÓN
Y EDICIONES PROPIAS
EXTENSIÓN



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