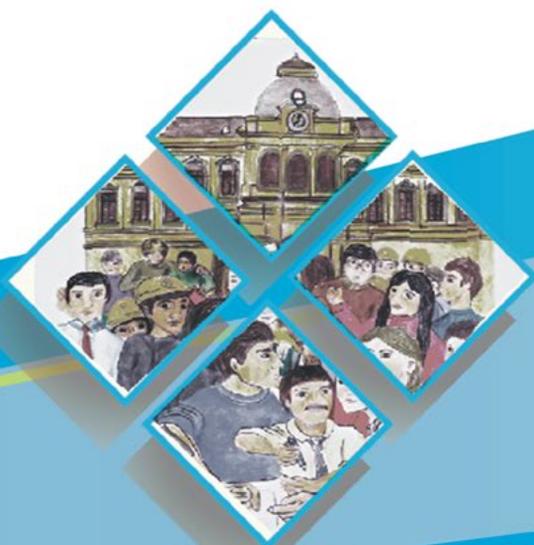




EDICION PRIMAVERA 2016

DERECHOS en ACCIÓN



ReDeA

Revista Derechos en Acción



STAFF

Director.

Alejandro MEDICI.

Subdirector.

José Ignacio LOPEZ

Coordinadora.

Marcela DE LUCA.

Editor.

Pablo Octavio CABRAL.

Consejo Editorial Internacional

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

Consejo Editorial Nacional

- Eugenio Raúl ZAFFARONI (Universidad de Buenos Aires).
- Víctor Ernesto ABRAMOVICH (Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Lanús).
- Alicia RUIZ (Universidad de Buenos Aires).
- Marcelo SAIN (Universidad Nacional de Quilmes).
- Enrique DEL PERCIO (Universidad de Buenos Aires).
- Esteban RODRÍGUEZ ALZUETA (Universidad Nacional de Quilmes).
- Juan GONZÁLEZ MORAS (Universidad de Buenos Aires).

- Juan Bautista JUSTO (Universidad Nacional del Comahue).
- Solange DELANOY (Universidad Nacional de Rosario).
- Franco CATALANI (Universidad Nacional de La Pampa).
- Lila GARCIA (Universidad Nacional de Mar del Plata).
- Romina RONDA (Universidad Nacional de Cuyo).

Consejo Editorial UNLP

- Graciela DE ORTUZAR (Filosofía del Derecho).
- Ramón TORRES MOLINA (Historia Constitucional).
- Valeria VOLPONI (Derecho Penal).
- Homero BIBILONI (Derecho Administrativo).
- Carlos RAIMUNDI (Derecho Político).
- Víctor Eduardo HORTEL (Derecho Penal)
- Marcelo PEPE (Derecho Civil).
- Carlos ECHEVESTI (Derecho Civil).
- Carola BIANCO (Socióloga Jurídica).
- Juan ORSINI (Derecho Laboral).

Comité de Redacción Docente.

- Guillermo MORENO (Historia Constitucional).
- Mariano LOVELLI (Derecho Político).
- Ricardo César ANDREU (Economía Política).
- Omar HEFFES (Derechos Humanos).
- María ALEMAN (Derecho Civil).
- Fernando MAITINI (Derecho Romano).
- Martín LORAT (Derecho Penal).
- Rosario ECHEVESTI (Derecho Civil).
- Eduardo CURUTCHET (Derecho Laboral).

Comité de Redacción de Graduados.

- Ailén Victoria DÍAZ.
- Carolina MOLTRAZIO.
- Anibal HNATIUK.
- Juan Pablo GOMARA.
- Gerónimo Erdmann MC DONALD.
- Juan Manuel SANTILLI.

Comité de Redacción Estudiantil.

- Pablo BLANCO
- Florencia TITTARELLI.
- José MAITINI.
- Abril DE ROSA.
- Manuela ORTEGA.
- Julieta VISCONTI.

Diseño Gráfico

- Ezequiel RAFFINO

Dirección de Arte.

- Nazarena MAZZARINI.

Ilustraciones del presente número.

- LUXOR

Luxor es un laburante de lo cotidiano. Un militante de la vida. Para construir un mundo nuevo pinta en las casas, los barrios, los hospitales y las escuelas. Siempre caminando codo a codo con el pueblo. Luxor es una herramienta para construir un nuevo mundo.

Contacto:soyluxor@gmail.com
<http://www.soyluxor.com.ar>

Pautas de publicación y referato.

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

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

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

INDICE

Editorial.

9 / 13

Sección Doctrina.

“La analogía en la comprensión del buen vivir”.
por Lourdes María AGUILAR RODRIGUEZ:

15 / 35

“Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval”.
por Juan Bautista JUSTO

36 / 54

“Análisis de la (In) Constitucionalidad y la (In) Convencionalidad del artículo 231 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”.
por Pedro Luis SISTI

55 / 71

Sección Legislación.

“Propuesta de bases para la discusión de un proyecto de ley que regule los procesos colectivos”.
por Leandro GIANNINI y Ots.

73 / 82

“Ley 27.260: La seguridad social y el programa de reparación histórica para jubilados y pensionados”.
por Diego OLIVEIRA

83 / 99

Fortalezas de la Ley 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena como herramienta de transformación agraria.
por Marcela DE LUCA

100/132

Sección Jurisprudencia.

Comentario al fallo de la CSJN “CEPIS c/ Ministerio de Energía.”
por Gustavo ARBALLO

134/141

Una interpretación ajustada a la Constitución del plazo de vigencia de las medidas cautelares frente al Estado. Comentario al Fallo “LAN Argentina”.
por José Ignacio LOPEZ y María GARCÍA URCOLA

142/155

Sección Novedades bibliográficas.

“El derecho humano a los patrimonios culturales”, de Lucía Carolina COLOMBATO, Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa. por Alejandro MEDICI;

157 / 170

Columnas de Opinión.

“L.D.C (1994-2016). Veinte años no es nada. La normativa del consumidor ¿Qué es?”. por Carlos ECHEVESTI:

172 / 175

“Las políticas públicas contra la pobreza en un Estado inclusivo” por Mariano LOVELLI:

176 / 186

“Universidad”. por Eugenio Raúl ZAFFARONI:

187 / 191

Sección Entrevistas.

Guillermo MORENO entrevistó en la sede del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de la ONU –Ginebra- a la Licenciada en Antropología, Ana Antonia REYES PRADO y al Dr. Mario CORIOLANO.

193 / 201

Sección Trabajos finales de posgrado.

Tesis de Edgardo MIGUEZ (1905). “Jurisdicción contencioso administrativa”. Estudio introductorio. por Pablo Octavio CABRAL.

203 / 241

Sección Poesía

El palacio y la villa. Por Julián AXAT.

243

EDITORIAL



¿Quiénes somos?

Esta publicación pretende ser la expresión de un grupo de docentes comprometidos con la realidad de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, que hemos conformado una agrupación plural, democráticamente denominada *Docentes de Derecho en Acción*, desde la que intentamos generar un nuevo espacio de encuentro, reflexión y discusión entre docentes, graduados y estudiantes.

De las enriquecedoras reuniones que hemos celebrado hasta el presente, emergieron variadas inquietudes y líneas de trabajo. Entre ellas, sobresale la motivación común por articular acciones académicas en pos de un abordaje jurídico alternativo de las problemáticas sociales que –entendemos– preocupan a nuestras sociedades en el delicado contexto latinoamericano actual. Así nació este primer número de la Revista *Derechos en Acción*.

¿Cómo entendemos el derecho?

Entendemos que el ordenamiento jurídico, en su carácter instrumental, tiene por objeto esencial instalar en la sociedad un régimen determinado de ordenación y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros. El conjunto de reglas jurídicas obligatorias, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social.

A la hora de conceptualizar las ciencias jurídicas, es necesario poner énfasis en la dimensión histórica y social del derecho, entendiendo a este último con una autonomía relativa; defender la interdisciplinariedad frente a la exclusividad de la dogmática jurídica; acentuar la dimensión política del derecho y del discurso jurídico contra su supuesta neutralidad valorativa y aceptar el carácter ideológico del derecho.

Una determinada conformación económica, política y social de la comunidad señala las ideas directrices y lineamientos de la organización estatal, operando el derecho como apoyo formal de esas ideas y cumpliendo la función de alcanzar la observancia de las normas que permita hacerlas realidad. La explicación social y jurídica de este fenómeno termina siendo incompleta sin referencia a las relaciones políticas y económicas. El análisis, estudio y enseñanza del derecho no puede abordarse únicamente desde el aspecto dogmático formal, prescindiendo de las ideas políticas y económicas que influyen en la conformación de las normas e instituciones existentes, y afirmando la autonomía absoluta de la forma jurídica en relación al mundo social.

Tal comprensión procura visibilizar algunas dimensiones olvidadas en los análisis dogmáticos tradicionales. Entre ellas destacan: la esencia política e ideológica que habita en los cuerpos legales y decisiones jurisdiccionales, velados por una pretendida teoría purista y aséptica; el conflicto de intereses subyacente en cada decisión legislativa, que beneficia a los unos y posterga a los otros; el riquísimo pluralismo cultural que hemos heredado y que no ha sido receptado por una voluntad legislativa homogeneizante y colonizada. También, la concepción de los ordenamientos jurídicos como sistemas complejos a los que, a contrapelo de la realidad, construimos en compartimentos estancos e inconexos. Complejidad que no puede dejar fuera la profusa normativa supranacional, que encuentra una perspectiva integradora, valorativa y teleológica en el paradigma de los derechos humanos. Mucho más a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados y convenciones que los consagran y del principio de constitucionalización del derecho privado, celebradamente reconocido en el texto del nuevo Código Civil y Comercial.

¿Qué nos interesa y preocupa de nuestra Facultad?

Todo ello; en el convencimiento de la vocación transformadora que atañen al derecho y a la profesión jurídica, y al compromiso que compete a la Universidad Pública para con los temas más sensibles de nuestra realidad social.

Pensamos que la profesión jurídica supone de por sí el ejercicio de una responsabilidad ciudadana calificada por el uso de la herramienta jurídica. Responsabilidad que se ensancha cuando se trata de educar a las personas que se van a desempeñar como profesionales del derecho.

De ahí nuestra voluntad de trabajar en los aspectos que hacen a la docencia, investigación y extensión en nuestro ámbito universitario, facilitando el diálogo, la reflexión y la crítica constructiva para todas aquellas personas que se vinculan a la comunidad académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

La necesaria ampliación del rol social y las incumbencias profesionales para los graduados de la carrera de derecho, justifican la iniciativa y exigen el esfuerzo y la acción que multiplique los espacios de información y participación plural en nuestra facultad para que su institucionalidad esté a la altura de los requerimientos de la hora.

Lo dicho se refuerza en momentos de la implementación de la tantas veces demorada reforma del plan de estudios, que empieza su fase inicial y requiere de esa institucionalidad activa y vivificada por el protagonismo de quienes desempeñamos roles de docencia universitaria (en sentido amplio) e incluyendo, por supuesto, las tareas de investigación y extensión universitarias.

En este marco quisiéramos poder discutir una nueva agenda de temas, entre los que destacamos las siguientes cuestiones:

- El acceso a la información, la transparencia y la participación de la comunidad académica de nuestra facultad en la implementación de la reforma del plan de estudios.
- La incorporación de la extensión universitaria a la curricula como forma de mejorar y profundizar el aspecto práctico de la educación jurídica en nuestra casa de estudios, cambiando a un paradigma educativo teórico práctico en todos sus niveles y espacios curriculares.
- La inserción que ello supone en el medio social con un sentido de compromiso y vocación de incidencia regional de la Facultad.
- El aprovechamiento de los beneficios potencialmente formativos que dicha curricula supone, a través de la transferencia de experiencias vía docencia y vía insumos para investigación situada en las necesidades jurídicas de nuestro entorno.
- La transparencia y accesibilidad de la información para garantizar los concursos públicos de antecedentes y oposición para acceder a todos los cargos docentes, incluidos aquellos a crearse con la implementación del nuevo plan de estudios.
- La regularización y normalización de las relaciones laborales de la tarea docente, priorizando el efectivo goce de los derechos que como trabajadores de la educación nos corresponden, incluyendo también a los graduados recientes que están iniciando su carrera docente.
- La correcta visualización de la importancia de la función de la formación de postgrado que evite la dispersión de la oferta en función de los egos académicos y la mercantilización, que refuerza la capacidad docente e investigadora de nuestros profesores, que facilite el acceso a los cargos docentes y directivos de postgrado en forma pública, periódica y transparente y que reduzca los obstáculos económicos para los graduados de nuestra facultad estimulando su acceso a los estudios de posgrado a costos reducidos o nulos.

¿Cómo será la Revista?

Temas todos que exceden las posibilidades de una gestión circunstancial del gobierno de la Facultad y requieren poner los derechos y el derecho en acción, empezando por nuestra casa. De ahí que presentamos este modesto vehículo de expresión y articulación para avanzar en espacios de diálogo y propuestas para esa agenda común de toda la docencia de nuestra comunidad académica.

Por todo ello, esta propuesta editorial, con salida trimestral, está diseñada para que puedan realizar sus aportes todos los docentes de nuestra facultad. Desde los renombrados titulares, hasta los valiosos e innumerables auxiliares no remunerados que no siempre encuentran un espacio para ejercer su derecho a opinar y a mostrar sus trabajos jurídicos. También los graduados y alumnos, dándole un espacio destacado a la difusión de los avances de investigación y a las experiencias de extensión.

A las secciones de interpretación jurídica (doctrina y legislación), análisis crítico de fallos judiciales (jurisprudencia); se le sumarán otras como entrevistas a informantes claves y destacados de la profesión jurídica y extrajurídicos, vinculados con las temáticas sociales que pretendemos abordar. También contará con un espacio destinados a difundir novedades del quehacer universitario y fuentes bibliográficas. La selección del material a publicar se efectuará por el sistema de referato externo y ciego para lograr luego su posterior indexación. Finalmente, invitar a todos los docentes, graduados y estudiantes a participar activamente de este proyecto de comunicación académico abierto, plural y democrático.

DOCTRINA



La analogía en la comprensión del buen vivir.
por Lourdes María Aguilar Rodríguez

I. Introducción.

Este escrito discute en torno al concepto del *buen vivir*, un término complejo con implicaciones ontológicas y epistemológicas diversas, articuladas desde la interculturalidad y manifestadas en fenómenos sociales y jurídicos contemporáneos como son los casos de las nuevas constituciones del Ecuador y Bolivia.

El *buen vivir* es también un concepto que se puede discutir desde la hermenéutica, especialmente a la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot y otros autores complementarios. En la siguientes páginas se discutirá entonces el buen vivir a la luz de la hermenéutica como uno de los principales referentes de la filosofía contemporánea, en la que conceptos como interpretación, analogía, comprensión, traducción y aplicación son relevantes para el entendimiento de procesos jurídicos, históricos y sociales que involucran la interculturalidad en América Latina.

II. Sobre el buen vivir como concepto analógico

Para Mauricio Beuchot la hermenéutica analógica es un concepto que intenta mediar entre las hermenéuticas univocistas y equivocistas¹, entre ellas se coloca el modo de significar analógico, que sin reducir toda diferencia, alcanza suficiente semejanza como para que haya cierta objetividad y universalidad. En este sentido, el concepto *buen vivir* se encuentra analogado en diversos espacios y temporalidades a lo largo de Latinoamérica y otros espacios del llamado Sur Global²

1 Ver: M. Beuchot, *La hermética como herramienta en la investigación social*. San Luis Potosí: UASLP, 2007.

2 Ver: B. de S. Santos, *Conocer desde el Sur: Para una cultura política emancipatoria*. Lima: UNMSM, 2006.

que, con diferentes denominaciones y algunas variaciones lingüísticas y simbólicas según la región cultural, se ha llegado a un acuerdo que más que hermenéutico, con relevancia política que conforma el *buen vivir* como el enunciado con más difusión y reconocimiento en el ámbito académico y social; sin embargo, el concepto como tal no deja de tener contenidos interpretativos complejos dependiendo del uso y la territorialidad cultural referida.

Ferraris, estudioso italiano de la hermenéutica, analiza sus conceptos clave y discute como la interpretación es una palabra que se adapta a muchas operaciones no necesariamente vinculadas entre sí, la interpretación es la expresión lingüística propia de los seres humanos, aunque según Del Alma, también de los animales, de símbolos que resultan universales y que derivan de impresiones presentes en el alma, a través de sonidos particulares (o sea variables según las diferentes lenguas)³. Algunos ejemplos de estas diferenciaciones socio-lingüísticas con respecto al concepto del *buen vivir* son los siguientes pueblos: Aymara en Bolivia con “Suma Qamaña”; Guaraní en Paraguay, “Ñandereko”; Ashuar en Perú con “Shiir waras” y el pueblo Mapuche en Chile con “Küme Mongen”⁴. En el caso mexicano “el pueblo Tzeltal habla de “Lekil Kuxlejal”: la vida buena, no como un sueño inexistente sino como un concepto que a pesar de haberse ido degenerando puede recuperarse”⁵. La manifestación de buen vivir más emblemática en la actualidad, junto con el “Suma Qamaña” boliviano,

3 M. Ferraris, *La hermenéutica*, D.F.: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2000., pp. 23-25.

4 J. Vanhulst y A. Beling, “Buen vivir : la irrupción de América Latina en el campo gravitacional del desarrollo sostenible”, en *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, vol. 21, Quito, 2013, p. 13.

5 F. Houtart, “El concepto de sumak kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”, en *Revista de Filosofía*, vol. 69, n.o 3, Quito, 2011, p. 14

es el caso ecuatoriano del “Sumak Kawsay” por los alcances jurídicos y la creación del Estado plurinacional con su “Plan Nacional por el Buen Vivir”.

La hermenéutica analógica del concepto referido, mediando las diferencias lingüísticas en la búsqueda de aspectos comunes y sin negar las diferenciaciones, a grandes rasgos permite exponer la idea de que:

Los pueblos indígenas originarios contemplan aspectos comunes sobre el buen vivir que se pueden sintetizar como “vivir en plenitud, saber vivir en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia, y en equilibrio con toda forma de existencia en permanente respeto.”⁶

En este mismo sentido es importante recalcar que el concepto *buen vivir* como categoría filosófica es reciente y “esto indica el carácter dinámico entre la cultura y el conocimiento”⁷. Es por lo tanto el *buen vivir* una categoría conceptual y lingüística compleja en ámbitos diversos. La hermenéutica analógica, es entonces también una herramienta valiosa tanto como metodología como para la discusión filosófica, que permite clarificar los diferentes contextos y problemáticas a lo largo de Latinoamérica. Los pueblos indígenas de dicho espacio, a pesar de tener procesos históricos, epistémicos, ambientales y culturales particulares, en la comprensión de sus aspiraciones de vida y lógicas culturales comunes que pueden ser analogadas ante las problemáticas que la modernidad y el capitalismo, que se articulan desde la colonización y eurocentrismo, instaurándose en el interior de las comunidades y subjetividades. Estas prácticas han subordinado las epistemologías de los pueblos originarios, además de alterar y modificar de forma perjudicial la cultura, la relación con la naturaleza, la producción y el consumo provo-

6 F. Houtart, *op cit*, p. 10.

7 F. Houtart, *op cit*, p. 13.

cando un desperdicio de saberes. Ante esta realidad es necesario el rescate y recuperación de dichos saberes encubiertos, así como la defensa del territorio y la cultura a través de un *buen vivir* situado y analógico. Como menciona Dávalos:

Buen vivir es una categoría en permanente construcción y reproducción. El concepto de vida buena en el sentido de “calidad de vida”, no es ajeno a un pasado reciente que tiene que ver con la tradición, sino más bien con la biografía de muchos indígenas que desean “poder hacer su vida” sin dejarlas a merced de factores que les son ajenos y hostiles⁸.

El *buen vivir*, continuando con este ejercicio hermenéutico, puede ser visto más que como un elemento cultural central de los diferentes pueblos del Abya- Yala (el espacio territorial de los pueblos originarios de Latinoamérica), como un paradigma de resistencia y decolonización⁹ que es común entre los pueblos originarios. En este sentido se puede entender el *buen vivir* como discurso y practica de los movimientos sociales que sirve como herramienta de resistencia y también de creación de alternativas ante el sistema. Estos planteamientos comunes de las distintas concepciones que engloba el *buen vivir* se pueden entender como conceptos emancipatorios desde diferentes espacios. Vanhulst y Beling explican que dicho proceso del *buen vivir*:

Aparece en América Latina al final de los años de 1990 potenciado por tres grandes factores: los movimientos sociales latinoamericanos de dicha década, particularmente el movimiento indígena contra los modelos neoliberales. La convergencia entre estos movimientos y las ideologías de ciertos movimientos globales, especialmente los movimientos antiglobalización,

8 F. Houtart, *op cit*, p. 10.

9 Ver: A. Quijano, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, CIES, Lima, 2000.

alter-globalización y ambientales y más generalmente, el decantamiento con el ideal del desarrollo¹⁰.

Como se puede deducir, la discusión al respecto es compleja en dos sentidos, primero que el *buen vivir* tiene lógicas multidimensionales a nivel cultural e intersubjetivo acerca de la coherencia interna de cada región y comunidad con sus particularidades territoriales, ambientales e históricas; que si bien no determinan de forma tajante la concepción del *buen vivir*, si pueden condicionar proceder y formas de vida que aunque no coincidan totalmente con las lógicas de otros espacios del Abya- Yala y mucho menos con las categorías occidentales de capitalismo y socialismo clásico, sino que contienen en sí mismas categorías epistemológicas no compatibles en un primer acercamiento con la racionalidad occidental. En este sentido la hermenéutica analógica es de utilidad en la comprensión de dichas diferencias sin llegar al relativismo exacerbado. Y segundo, que estas lógicas culturales originarias han sido analogadas para la creación de un gran movimiento global especialmente latinoamericano, en el marco de la interculturalidad, que puede ser visto como de carácter utópico, en este punto, el concepto *buen vivir* si ha sido referido a otros movimientos globales y otros proyectos políticos, como es el socialismo. Al respecto, François Houtart discute desde distintos autores esta idea:

Simón Yampara menciona que el hombre aymara no es ni socialista ni capitalista y David Choquehuanca añade que se distancia del socialismo “porque ese sistema busca satisfacer las necesidades de los hombres”, haciendo alusión hacia la falta de consideración para la naturaleza. David Cortez y Keike Wagner, se preguntan si bien vivir no significa una perspectiva utópico-emancipadora del tipo socialista, es un proyecto “descolonizador” es “un proyecto alternativo de una nueva sociedad y de un nuevo desarrollo” Boaventura Sousa Santos, dentro del cambio

10 J. Vanhulst y A. Beling, *op cit*, p. 3

civilizatorio habla del “socialismo del buen vivir” puede representar la visión contemporánea del concepto (eco- socialismo)¹¹.

En el mismo orden de ideas, algunos autores y autoras consideran incompatibles las epistemologías originarias con la modernidad y sus conceptos; mientras que otros y otras en el marco del diálogo intercultural buscan crear vínculos interpretativos articulando conceptos occidentales como lo es la idea del “bien común de la humanidad” de François Houtart o de las nuevas discusiones acerca del socialismo. Al respecto el economista ecuatoriano Alberto Acosta, uno de los principales estudiosos del *buen vivir* en Ecuador, en el afán de superar ciertas concepciones rígidas univocistas que pueden surgir en torno al *buen vivir*, sin caer en relativismos equivocistas, lo direcciona hacia una noción de cambio y transición civilizatoria. Houtart en este mismo sentido aclara el punto mencionando que:

El buen vivir se trata de una propuesta desde la “periferia de la periferia”, que no debe ser considerada como una simple invitación a retroceder en el tiempo y un reencuentro con un mundo idílico, por lo demás inexistente. El Sumak Kawsay se nutre de las prácticas cotidianas, de los aprendizajes y de las diversas formas de producir conocimientos por parte de dichas comunidades, pero va más allá. Se trata de un proceso de reinvención cultural a partir de una matriz comunitaria de vida y de una trayectoria de resistencias continuadas al colonialismo occidental, que pretende construirse localmente y ser parte de una iniciativa de cambio civilizatorio a escala global.¹²

El sentido que toca Acosta del *buen vivir* como trayectoria de resistencias continuadas y cambio civilizatorio, el Sumak kawsay, desde la hermenéutica analógica puede ser considerada también como un proceso que busca la actualización simétrica de la in-

11 F. Houtart, *op cit*, pp, 18.

12 A. Acosta, *Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Ecuador: Icaria, Quito, 2013.

terculturalidad en el marco de la plurinacionalidad. Es evidente que esta actualización de paradigma es una transición compleja, por lo que el primer paso en este sentido es reconocer de manera sistemática el sincretismo obligado y el enorme proceso de aculturación y acoso del imaginario colonizador persistente acerca del supuesto “retraso” cultural, político y económico que históricamente han sobrellevado los pueblos originarios, especialmente en cuestión de relación con la tierra, la producción y la relación con los “recursos” naturales vinculados en problemáticas cada vez más urgentes como por ejemplo, el uso y la gestión del agua, el territorio, las semillas autóctonas y la producción agrícola.

Es por todo lo anterior, que considero que desde procesos y diálogos interculturales, es necesario que se identifiquen claramente los daños y perjuicios históricamente realizados hacia los pueblos originarios, sus colectividades y su relación con la naturaleza -especialmente con lo referente a la tierra y producción agrícola- para ejercer no solo la reparación del daño, sino la empatía y el auténtico respeto por la diversidad de tiempos y prácticas productivas, que se evidencien en una economía ecológica sustentable.¹³ Desde un acercamiento a partir de la hermenéutica analógica o desde la hermenéutica diatópica¹⁴ -como lo denomina Boaventura- es posible contribuir al surgimiento de procesos otros de producción, comercialización y consumo en coherencia formas de vida situadas y en armonía con su propio espacio. Es en este punto donde reside la importancia de una hermenéutica analógica situada y presente, ya que el conocimiento de la otredad y la búsqueda de lenguajes comunes es clave en dichos procesos. En este contexto, es vital situar a las comunidades indígenas, visibilizar sus epistemologías, saberes y prác-

13 Lo sustentable lo entiendo como la no- afectación de las futuras generaciones, biológicas, animales y sociales.

14 B. de S. Santos, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en: en *EL OTRO DERECHO*, Bogotá: ILSA, 2002, vol. num. 28.

ticas particulares, empatizar con sus luchas y necesidades, para que de esta manera puedan ser vinculadas desde acercamientos hermenéuticos con otras luchas y resistencias asimilando el contexto de opresión sistemático y global en el que se encuentran los pueblos originarios a lo largo de Latinoamérica. Una de las luchas y reivindicaciones de dichas colectividades son la *soberanía alimentaria*¹⁵, el trabajo digno y la educación popular que suelen ser las peticiones más extendidas y con mayor implicación de supervivencia y urgencia, peticiones que una vez más, solo pueden ser realmente re-conocidas, comprendidas y aplicadas en conjunto desde un conocimiento hermenéutico de la otredad, sus necesidades y aspiraciones de vida, de lo que significa el *buen vivir* ubicado y lugarizado. Como menciona Beuchot:

No podemos tener una posición neutra, sino ubicada. Pero eso no implica subjetivismo ni relativismo; hay maneras de superar eso por las nociones de autoridad y de clásicos que se dan en toda tradición. Precisamente el clásico es el que trasciende su propia situación particular y logra la universalidad y la objetividad. Por un proceso distinto, a saber, la realización de lo universal en lo mismo particular o individual que hace.¹⁶

El carácter hermenéutico analógico del concepto *buen vivir* ha sido tal que en términos de Santos, este ha sido apropiado y resignificado por una “regularización”¹⁷, debido a este hecho el *buen vivir* como movimiento indígena emancipador, puede perder su carácter emancipatorio original, quedando así vaciado de

15 Ver: “Carta abierta desde Maputo, Mozambique: V Conferencia internacional de La Vía Campesina”, *LA VIA CAMPESINA*. 2008.

La agricultura campesina y la soberanía alimentaria son las soluciones a la crisis global.

16 M. Beuchot, “El estado de la cuestión. La hermenéutica”, en *Diálogo Filosófico*, vol. 61, 2005, pp.10.

17 Ver: B. de S. Santos, *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, Montevideo: EDICIONES TRILCE, 2010.

sus contenidos epistémicos y ontológicos de resistencia y emancipación. Más allá de estos fenómenos antropológico-jurídicos que el *buen vivir* como concepto inacabado transita, especialmente en los Estados Plurinacionales del Ecuador y Bolivia, así como el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. El *buen vivir*, debido a las complejas epistemologías multisituadas e interpretativas, no deja de manifestar experiencias y dinámicas en constante transformación, tal como la cultura y la identidad misma lo son. Los conocimientos renovadores y la constante resignificación del *buen vivir*, alcanza niveles de comprensión de la realidad en un diálogo situado e intercultural permanente, que más allá de meras regulaciones jurídicas, se manifiesta en sus consecuencias y afectaciones culturales y sociales. La jurisdicción del *buen vivir*, fuera de dicha “regulación”, es un fenómeno que ha visibilizado a los grupos indígenas y sus necesidades, situación que evidencia una débil conceptualización de la interculturalidad en el ámbito jurídico en el caso de México; es por esto que además de seguir la experiencias del Ecuador y Bolivia conviene enfocar la mirada a las comunidades originarias ubicadas en el territorio mexicano, así como conocer y comprender las verdaderas necesidades y el origen de las afectaciones y precariedad en la que un gran porcentaje de los pueblos originarios y campesinos viven. Las emergencias y soluciones deben y pueden venir desde ellos mismos, sus propias epistemologías y saberes, desde una interculturalidad abierta a una justa y simétrica comprensión, interpretación y entendimiento de las diferencias y similitudes a partir de un ejercicio hermenéutico analógico que permita crear la justa medida entre el acercamiento -conocimiento, interpretación y comprensión- y el distanciamiento -respetar los propios procesos, ritmos y aspiraciones-.

III. Acerca de la realidad, la comprensión y la interpretación del buen vivir

El *buen vivir*, como ya se ha explicitado, tiene dimensiones complejas de reflexión en diversos niveles de comprensión, que van desde el lingüístico, el psicológico, el antropológico, el

filosófico y el jurídico, este último manifestado en Ecuador y Bolivia. Estos factores se encuentran interrelacionados en diversos espacios y pueblos originarios de Latinoamérica, es por esto que discutir desde distintos autores y disciplinas conceptos como interpretación y comprensión, aunque parezcan conceptos abstractos o puramente filosóficos, resultan de gran importancia porque son elementos centrales de la vida del ser humano, fenómenos sensoriales, intelectuales, psicológicos y sociales cotidianos; que van desde lo biológico -con la discusión acerca de los instintos-, hasta lo cultural y la cosmovisión, y como estos van moldeando las diversas concepciones del *buen vivir*, vida plena y armónica, que cada espacio y cultura pueda interpretar.

Joseph Raz estudioso de la interpretación jurídica menciona en tres puntos generales las características de la interpretación desde lo socio-cultural y jurídico describe que:

(1) La interpretación lo es de un original. (2) Una interpretación establece o muestra (e. g. en las interpretaciones ejecutivas) el significado del original. (3) Las interpretaciones están sujetas a la evaluación como acertadas o erróneas (correctas o incorrectas), o como buenas o malas (o algunas aproximaciones de estos adjetivos, tales como “casi correcta”). (4) La interpretación es un acto intencional. Nadie interpreta excepto que intente interpretar.¹⁸

En este sentido, identificar la intención y el lugar desde donde se interpreta es importante para la aplicación de los procesos de conocimientos hermenéuticos como es el caso del buen vivir y su jurisdicción.

La interpretación y la comprensión de lo propio y lo ajeno, con esa intencionalidad, atraviesa diferentes fenómenos que van de lo subjetivo a lo intersubjetivo y a lo universal. Para co-

¹⁸ J. Raz, “La intención en la Interpretación”, en *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 20, 1997, pp, 202.

nocer y reflexionar al respecto, la hermenéutica como disciplina filosófica es fundamental. Vinculando la discusión con la fenomenología¹⁹ y la centralidad de los sentidos para la explicación y la comprensión de los fenómenos sociales, la pregunta central acerca de los procesos de interpretación y comprensión cotidianos ¿son fenómenos que se manifiestan de manera “innata”? o ¿son construcciones socio-culturales que condicionan la interpretación de los fenómenos de manera “intencionada”? Supongamos que existe una realidad única, inamovible “natural” y que los seres vivos, (humanos, animales, plantas etc.) nos acercamos a ella por diferentes vías pero a una misma realidad objetiva. O por el contrario, que no exista una realidad objetiva y que cada grupo social (o individual) va interpretando (o intencionando) la realidad de acuerdo a como el transcurso histórico lo vaya “dictando”, sin embargo, en cualquiera de las dos perspectivas la “interpretación” resulta ser un concepto clave para el conocimiento y comprensión de las “cosas”, las “otredades”, los “textos” o cualquier otra relación sujeto- objeto y lo que hay más allá de esta dicotomía cartesiana. Esta discusión es también sobretodo acerca de la ubicación del “uno mismo”; del “rol” y la “intención” del sujeto en el momento de la interpretación. Isabel Trujillo, estudiosa de la hermenéutica jurídica menciona que:

Cuatro son los cánones que deben presidir [...]: la autonomía hermenéutica del objeto del interpretar (*sensus non est inferendus, sed efferendus*), la totalidad del sentido (que pone en relación las partes y el todo), la actualidad del entender (que reconoce la actividad y no la pasividad del intérprete), la correspondencia del significado (que exige al intérprete ponerse en sintonía con el sentido del texto).²⁰

19 M. Merleau-Ponty, “La unión del alma y el cuerpo en Malebranche, Biran y Bergson”, en *ENCUENTRO*, Vol. 238, 2011.

20 I. Trujillo, “El poder de la razón jurídica”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 27, 2004, pp. 441.

En relación con lo discutido anteriormente, el *buen vivir*, es un concepto filosófico -inclusive jurídico- abstracto, aunque también resulta una realidad concreta. La hermenéutica analógica puede servir, por ejemplo para analizar como en una realidad macro; globalizante, imperial, neocolonial, neoliberal y sus manifestaciones en la vida social y cultural cotidiana, se posicionan como un fenómeno abrumador en el sentido en el cual condicionan procederes homogenizantes de denominación y exclusión. Aunque evidentemente de manera asimétrica, contiene una lógica global complementaria centro- periferia, norte- sur, lo macro y lo micro con toda la complejidad de interrelaciones y matices que existen entre dichas polaridades.

Ante esta realidad es en el marco de la hermenéutica analógica que las nociones del *buen vivir* y su conocimiento, interpretación y comprensión desde diferentes espacios, incluye un enorme esfuerzo, resistencia y lucha. A pesar de estos contextos abrumadores y de desventaja estructural, los niveles de comprensión de las lógicas y procederes intersubjetivos y situados en el interior de los pueblos originarios, pueda ser traducida desde una interpretación bien fundamentada, argumentada y sobretodo conjunta en el respeto de sus derechos, espacios y epistemologías de lo que es vivir en plenitud o *buen vivir* para cada grupo y espacio social. De lo anterior, tanto en las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador y sus procesos constituyentes, así como en otras movilizaciones socio-legales a favor de los pueblos originarios y sus resistencias, este conocimiento situado, sin caer en univocismos ni equivocismos, sino en búsqueda de analogías culturales, la hermenéutica puede ser una herramienta de lucha a favor de los oprimidos con interpretaciones que procuren una visión integral del *buen vivir*, el reconocimiento de las prácticas, el sitio en el que se interpreta y la vinculación con el “con-texto” de lo que se esta interpretando.

Mauricio Beuchot, en un análisis desde los principales hermenéutas en específico en Ricoeur y Gadamer, analiza el papel de la interpretación y la comprensión hermenéutica y como esta

puede ser aplicada como metodología, que es el caso empleado para la comprensión del buen vivir como concepto inacabado, abierto a diversas interpretaciones y comprensiones en el amplio sentido comunitario y jurídico, por lo que menciona como:

De Ricoeur proviene la idea de que la hermenéutica tiene también un aspecto metodológico, ese aspecto de método que Gadamer dejaba tanto de lado, para refugiarse en la experiencia vivencial de la comprensión interpretativa. De él retoma los conceptos de apropiación y distanciamiento. La apropiación nos acerca a la comprensión del texto, involucrando nuestra subjetividad en ello; pero el distanciamiento nos recupera la objetividad, de modo que podemos reducir lo más posible nuestra injerencia subjetiva y poder hablar de verdad y validez en la interpretación. Asimismo, Ricoeur pone como principal objeto de la hermenéutica el símbolo, que tiene como formas el mito y la poesía. La manera de interpretarlos es conforme a un modelo que se ajusta a la metáfora, pues ella tiene un sentido literal y un sentido metafórico, y ambos luchan dialécticamente, de modo que viven de su tensión. Así queda un modelo metafórico de la interpretación, no sólo porque lo más propiamente hermenéutico, que es el símbolo (mito y poema) son interpretados metafóricamente, sino porque todos los textos en definitiva pueden encerrar, además de su sentido literal, otro sentido oculto, o innúmeros sentidos (polisemia) y con ello todos los textos han de ser interpretados con una hermenéutica que tiene como modelo la interpretación de la metáfora. Asimismo, es interpretación metafórica porque al interpretar nos hacemos metáforas de los textos.²¹

Después de esta extensa cita es posible percatarse que el *buen vivir* situado puede alcanzar sentidos metafóricos, que se acerquen más al mito y la polisemia que a la regulación jurídica como las

21 M. Beuchot, *La Hermenéutica como herramienta en la investigación social*, San Luis Potosí: Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Facultad de Derecho UASLP, 2007., pp. 10.

nuevas constituciones lo han propuesto, es decir, el *buen vivir* desde los pueblos originarios del Abya-Yala puede tener raíces epistemológicas en un primer acercamiento incompatibles con la modernidad, así como sus manifestaciones (que en muchos casos están vinculadas con la “renovación” de constituciones con sus reglas y principios históricamente rígidos y contruidos desde una racionalidad instrumental). El *buen vivir* contiene lógicas de comprensión de la realidad que sólo desde un trabajo de traducción o de una metodología hermenéutica analógica, que medie sus contenidos simbólicos y los procesos concretos; como continúa Beuchot:

La hermenéutica analógica es un intento de ir más allá de la hermenéutica metafórica de Ricoeur, pero sobre todo, para mediar entre las hermenéuticas univocistas y equivocistas que proliferan en la actualidad. De hecho se ve que la hermenéutica contemporánea oscila entre el univocismo y el equivocismo. La univocidad es el modo de significar claro y distinto, la equivocidad es el modo de significar completamente irreductible, relativista extremo, totalmente ambiguo; entre ellos se coloca el modo de significar analógico, que, sin reducir toda diferencia, alcanza suficiente semejanza como para que haya cierta objetividad y universalidad.²²

Es entonces como en conjunto con un trabajo de campo, etnografías multi- situadas y comprometidas en este sentido hermenéutico como metodología, se pueden alzar puentes de entendimiento entre las diferentes versiones y comprensiones del *buen vivir*, que fácilmente en un primer acercamiento generalizante e instrumentalista -sobre todo meramente jurídico- pueden quedar ocultos los elementos multi-sentidos o metafóricos que difícilmente pueden ser captados por los modelos lingüísticos institucionalistas. Ya que dichos modelos aparecen en la Constitución como la positivización de la disciplina jurídica, esto desde la perspectiva más laxa de la racionalización occidental.

22 *Ibid.*

Aunado a la globalización capitalista que, sin importar en ningún sentido estas diferencias culturales y polisémicas, busca homogenizar las culturas con respecto a la relación con la naturaleza, el trabajo, la producción y el consumo. No es sino después del conocimiento de las metáforas culturales, las lógicas internas de las comunidades y grupos originarios; la intertextualidad, la comprensión de las intersubjetividades y la traducción compleja y contextualizada de estas, es que los acuerdos analógicos entre las nociones del *buen vivir* puedan surgir.

IV. Análisis y comparación analógica de las experiencias estatales del buen vivir en Ecuador y Bolivia

Como ya se mencionó, los países con mayores adelantos y desarrollo en materia jurídica al respecto del *buen vivir* o del *vivir bien* son Bolivia y Ecuador, cada uno con sus características particulares, por un lado el concepto de “vivir bien” en el Plan Nacional de Bolivia, es así definido:

El vivir bien es la expresión cultural que condensa la forma de entender la satisfacción compartida de las necesidades humanas más allá del ámbito de lo material y económico, porque incluye la afectividad, el reconocimiento y prestigio social, a diferencia del concepto occidental de “bienestar” que está limitado al acceso y a la acumulación de bienes materiales.²³

Así mismo Fernanda Wanderley, ecuatoriana estudiosa del tema, define el *Suma Qamaña* boliviano como un concepto “centrado en la satisfacción de la alimentación, asegurada por el control de la producción, para llegar a la plenitud de la vida”.²⁴ En este sentido es interesantísimo observar como el concepto de *buen*

23 F. Wanderley, “Pluralismo Económico, Mercado y Estado”, *Bolivian Research Review/ RevistaE*. Vol 8 (2), Octubre-Noviembre, 2010.», vol. 8, n.o 2, 2010, pp. 5.

24 *Ibid.*

vivir en manifestaciones concretas y situadas, se va acercando más a conceptos análogos provenientes de luchas campesinas, específicamente de la Vía Campesina, como lo es el concepto de “soberanía alimentaria”²⁵ cayendo en cuenta de la vital importancia que tiene el sistema de producción agrícola para los pueblos indígenas y para el campesinado en general, el acoso por parte de la lógica neoliberal, donde una vez más no hay interés ni una metodología hermenéutica en el conocimiento de la diversidad y el respeto a las relaciones de producción diversas.

Por su parte en la nueva Constitución de Ecuador, la referencia al *buen vivir* “aparece por primera vez en el preámbulo, subrayando la decisión del país de construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el Buen vivir, el *sumak kawsay*”²⁶. En este instrumento de planificación nacional, el *buen vivir* está definido como:

Una apuesta de cambio [...] que permita la aplicación de un nuevo paradigma económico cuyo fin no se concentre en los procesos de acumulación material, mecanicista e interminable de bienes, sino que promueva una estrategia económica incluyente, sustentable y democrática. [...] Asimismo, el Buen vivir se construye [...] desde el tránsito del actual antropocentrismo al biopluralismo [...].²⁷

En el contexto de la nueva constituyente, la hermenéutica analógica es importante en dos niveles. El primero ya fue referi-

25 Ver: “Soberanía Alimentaria. Biodiversidad y Culturas”. *Coeditada por: La Vía Campesina, Plataforma Rural, Fundación Agricultura Viva-COAG, y GRAIN*, 2010.

26 “Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo” – SENPLADES, 2009, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*, Quito, Ecuador: 2009., pp. 8.

27 *Ibid.*, pp, 11.

do, es el trabajo de traducción entre las epistemologías situadas de los pueblos originarios hacia la racionalidad occidental, como puede ser la institucionalidad y la Constitución. En segundo lugar después de haber logrado un conocimiento analógico multi-situado, que idealmente fue realizado tanto en Ecuador como en Bolivia, surge el problema de la *aplicación* de estos nuevos valores interculturales y las contradicciones que han sido plasmadas en la nueva Constitución, las cuales tienen la pretensión de ser bio-centradas y plurinacionales. Dichas contradicciones se evidencian especialmente frente a las dinámicas de mercado y las economías globales extractivistas. Uno de los principales autores que discute desde la hermenéutica acerca del problema de la *aplicación* es Hans-Georg Gadamer, quien enuncia que:

La fusión interna de comprensión e interpretación trajo como consecuencia la completa desconexión del tercer momento de la problemática hermenéutica, el de la aplicación, respecto al contexto de la hermenéutica [...] nuestras consideraciones nos fuerzan a admitir que en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del interprete [...] la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación.²⁸

En este sentido para comprender el *buen vivir*, como concepto hermenéutico, es necesario situarse y conocer las particularidades, siempre buscando el sentido común- analógico con otros espacios. El problema de la *aplicación* de estos saberes que se buscan intermediar es compleja, debido a que el *buen vivir* y la vida plena conforman símbolos y polisemias centrales en el interior de las comunidades y grupos sociales que para Gadamer tendrían una complejidad mayor. Entre dichos conceptos se ubica el “tekhne” que Gadamer retoma, como esa habilidad artesanal

28 H.G. Gadamer, *Verdad y método I.*, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001., pp, 379.

de saber producir ciertas cosas, o saber “cómo” producirse a sí mismo, adquirir por adelantado cierta cosa, lo que representa un modelo para el saber moral.²⁹ Es decir, el *buen vivir*; desde el interior de las comunidades y grupos originarios, es como un conocimiento “dado” adquirido sin una “técnica” racionalizada e instrumentalizada, sino que puede ser simplemente una concepción de “como” vivir la vida, bajo que parámetros, que valores o éticas, estas desde el imaginario colectivo y transmisible en el “acto”.

Es entonces que los referentes culturales no se racionalizan sino que sólo se “aprenden”. Tener claro esta “naturalidad” de lo “tekhne” es relevante para la metodología hermenéutica, pues la sostiene una lógica diferente a la racionalidad instrumental occidental, por ejemplo, donde las especificaciones de las reglas y principios son racionalizadas desde una lógica analítica. En este sentido el *buen vivir*, contendría una lógica “tekhne” diferente a esta racionalidad, ya que es otra donde simplemente “se sabe cómo” vivir y lo que significa vivir bien. Gadamer menciona que “la tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso”³⁰ es decir, el saber traducir este “tekhne”, es clave para la comprensión de la otredad y aún más cuando tiene pretensiones de jurisdicción, como cita Calvo: “para Agustín de Hipona [...] sacar y trasladar al ánimo del otro lo que tenía en el suyo aquel que dio tal señal³¹, es decir, saber hacer la conexión entre lo que uno es y lo “ajeno”.

Beuchot articula lo anterior, mencionando que “Es como la sabiduría práctica de Aristóteles, concretamente la *frónesis*. Versa sobre lo particular y concreto, y no tiene método, pero se va formando en esa actividad. Y ayuda a trascender lo particular

²⁹ *Ibid.*, pp. 386-387.

³⁰ *Ibid.*, pp. 401.

³¹ M. Calvo García, “La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”, en *Revista DOXA*, vol. N. 03, 1986; pp. 115-116.

y a alcanzar lo universal”³² y continúa enunciando como “[c]on esto reivindica la filosofía práctica de Aristóteles, sobre todo la *frónesis*, que es un saber de lo concreto, movedido, contingente y particular. En contra del subjetivismo idealista y en contra del objetivismo positivista, se plantea una cosa distinta: la *frónesis*”.³³ Una vez más el conocimiento del “tekhne” y la *frónesis* aristotélica para el conocimiento, comprensión e interpretación del *buen vivir* y sus traducciones o “regulaciones” jurídicas, pueden ser útiles como metodología de la investigación y aplicación diversa del *buen vivir*. Como menciona Beuchot de Ricoeur, “la analogía no es ni pura identidad ni pura diferencia, sino algo intermedio”³⁴. Por lo que el *buen vivir*, ante su uso como concepto emancipador, decolonizador y de resistencia, no trata de homogenizar las luchas a lo largo del espacio latinoamericano, sino de mediar justamente entre la identidad y la diferencia, retomando a Houtart, se trata de la búsqueda del “bien común de la humanidad”.³⁵

V. Conclusión

El concepto *buen vivir* está sujeto a la reflexión hermenéutica como concepto filosófico, pero también es susceptible al acercamiento hermenéutico como metodología. En este sentido la hermenéutica analógica de Mauricio Beuchot es útil, puesto que el hecho de visibilizar epistemologías del *buen vivir* situadas y contextualizadas, es un medio para el conocimiento del “tekhne” y la *frónesis* aristotélica cultural y comunitaria que pueda abrir espacios sólidos para la correcta interpretación y comprensión de la otredad, y que además implique un conocimiento lo más certero y justo posible. De esta manera la hermenéutica analógica, en la pretensión de la comprensión de alteridades, busca

32 M. Beuchot, *El estado de la cuestión. La hermenéutica. Op cit*, pp. 7.

33 *Ibid.*, pp, 11

34 *Ibid.*, pp, 17.

35 Ver: F. Houtart, *El bien común de la humanidad*, CENE-JUS-UASLP-UNICACH, San Luis Potosí, 2015.

mediar entre los conocimientos, en específico, entre epistemologías propias y aspiraciones de vida de los pueblos originarios, así como la regulación jurídica e institucionalista de manera simétrica, desde donde es posible descubrir los particularismos culturales, sin perder de vista el panorama global, político, jurídico y económico en las que se desenvuelven, crear puentes de comunicación analógica para la construcción no meramente retórica de un “mundo donde quepan muchos mundos”.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Alberto, *Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Quito, Icaria, 2013.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica, analogía y derechos humanos*, San Luis Potosí, UASLP-CENEJUS-UNICACH, 2010.
- BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*, San Luis Potosí, UASLP-CENEJUS-UNICACH, 2010.
- BEUCHOT, Mauricio, *La hermética como herramienta en la investigación social*, San Luis Potosí: UASLP, 2007.
- BEUCHOT, Mauricio, “El estado de la cuestión. La hermenéutica”, en *Diálogo Filosófico*, vol. 61, 2005, p. 4-28.
- CALVO GARCÍA, Manuel, “La voluntad de legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”, en *Revista DOXA*, vol. N. 03, 1986, p. 113-127.
- CARTA ABIERTA DESDE MAPUTO, Mozambique: V Conferencia internacional de La Vía Campesina, *LA VIA CAMPESINA. 2008. La agricultura campesina y la soberanía alimentaria son las soluciones a la crisis global*.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, Montevideo: TRILCE, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *El otro derecho*, Bogotá: ILSA, 2002, vol. num. 28.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*, Lima: UNMSM, 2006.
- FERRARIS, Mautizio, *La hermenéutica*, D.F.: Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2000.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I.*, Salamanca: Ediciones Sígueme, 2001.

HOUTART, François, “El concepto de *Sumak kawsay* (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”, en *Revista de Filosofía*, vol. 69, n.o 3, Quito, 2011.

HOUTART, François, *El bien común de la humanidad*, San Luis Potosí, UASLP-CENEJUS-UNICACH, 2015.

MERLEAU-PONTY, Maurice, “La unión del alma y el cuerpo en Malebranche, Biran y Bergson”, en *ENCUENTRO*, Vol. 238, 2011.

QUIJANO, Aníbal, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, Lima, CIES, 2000.

RAZ, Joseph, “La intención en la Interpretación”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 20, 1997, pp. 249-286.

SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO – SENPLADES, 2009, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*, Quito, Ecuador: [s.n.], 2009.

SOBERANÍA ALIMENTARIA. Biodiversidad y Culturas. *Coeditada por: La Vía Campesina, Plataforma Rural, Fundación Agricultura Viva-COAG, y GRAIN*, 2010.

TRUJILLO, Isabel, “El poder de la razón jurídica”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 27, 2004, pp. 437-453.

VANHULST, J y Adrian Beling, “Buen vivir: la irrupción de América Latina en el campo gravitacional del desarrollo sostenible”, en *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, vol. 21, Quito, 2013.

WANDERLEY, Fernanda, “Pluralismo Económico, Mercado y Estado”, *Bolivian Research Review/ RevistaE*. Vol 8 (2), Octubre-Noviembre, 2010, vol. 8, n.o 2, 2010.

sostenible”, en *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, vol. 21, Quito, 2013.

Cómo ser abogado en el nuevo orden medieval *por Juan Bautista Justo*¹

I. Introducción

En general, predomina entre nosotros la visión de la Edad Media como un período histórico oscuro, en el que no existía un orden jurídico formal y todo estaba librado a la arbitrariedad de los más poderosos.

Lo cierto es que esa descripción no es del todo veraz. Por el contrario, esta época estuvo caracterizada por el pluralismo jurídico, es decir, por un esquema de convivencia de diferentes sistemas y fuentes del derecho sobre un mismo territorio en el que ninguno de los órdenes particulares podía tener la pretensión de absorber o excluir a los demás. Esa interacción hacía que la función más importante del poder público fuera la jurisdiccional, pues solo a partir de ella era posible intentar coordinar la multiplicidad de regulaciones que componían el orden medieval.

Como vamos a ver, ese escenario se repite hoy, lo cual plantea desafíos inéditos y nos obliga a cambiar la mentalidad en la que fuimos formados como abogados.

II. El orden medieval

Con el término “Edad Media”, se suele describir el tramo de diez siglos de historia europea que va desde la caída del Imperio Romano en el siglo V hasta la aparición de la soberanía estatal moderna en el siglo XV renacentista.²

1 Cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. justo.juanbautista@gmail.com

2 Tamahana, Brian, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol. 30, 375, 2008.

La trama central de esos diez siglos reside en la ausencia de un ejercicio unificado del poder. Aun cuando luego de la decadencia de Roma sobreviven estamentos orientados bajo cierta vocación universalista, como el imperial, esa pretensión carece de efectividad, por lo que predomina en los hechos una multiplicidad de poderes con capacidad de control sobre espacios bastante limitados, generalmente legitimados por la posesión de la tierra.³

Existen rey, príncipes y señores, laicos y eclesiásticos -cada uno con su propio régimen- y partir del siglo XI se suman los ordenamientos de las ciudades, que van dotándose de formas de gobierno cada vez más autónomas. Sin embargo, ninguno de esos liderazgos puede calificarse como soberano, en la medida en que ninguno de ellos monopoliza el control militar, económico y menos jurídico del territorio común. Por el contrario, en el mismo espacio convivían diferentes autoridades y, por lo tanto, las funciones gubernamentales eran provistas por uno o más sujetos -nobles, vasallos, gremios, Iglesia- de acuerdo a criterios funcionales o personales. Los habitantes se debatían entre diferentes mandatos y por eso se dice que el de la Edad Media era un sistema de autoridades superpuestas y lealtades múltiples.⁴

No existe, como vemos, un proyecto totalizador. La mayor parte de la vida de los ciudadanos, sobre todo aquella de relevancia económica y patrimonial, se desarrolla fuera de las escasas previsiones legales. La principal herramienta jurídica se residencia en la fuerza normativa autónoma y primaria de la costumbre, sedimentada en un entramado de miles de vínculos, que van des-

3 Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2011, p. 34; Bemont, Charles & Monod, Gabriel, *Medieval Europe. 395-1270*, Lecturable, New York, 1902; Strayer, Joseph, *On the medieval origins of the Modern State*, Princeton University Press, New Jersey, 2005.

4 Bull, Hedley, *The Anarchical Society. A study of order in world politics*, Palgrave, New York, 1977, p. 254.

de el terreno político al económico, del estamental al profesional, del religioso al familiar, y así.⁵

El orden medieval se caracteriza, al final de cuentas, por la intrínseca limitación de los poderes públicos.⁶ A diferencia del Estado de derecho constitucional —en el que esa limitación constituye la meta esencial de lo jurídico para la salvaguarda del individuo—,⁷ no se trata aquí de una restricción conscientemente buscada y cristalizada en normas positivas generales —que ninguno de esos poderes tenía el poder ni el deseo de elaborar— sino de una limitación de hecho, que responde a la desaparición de la posibilidad misma de ordenar las relaciones civiles, económicas y políticas a partir de un núcleo, a la ausencia de una fuerza centrípeta que mantenga unido al todo y contrarreste las tendencias centrífugas provenientes de la individualidad y de las corporaciones.⁸

La sociedad feudal no contempla la intervención de un poder externo a ella. La idea de un sujeto con capacidad de titularizar la coacción en nombre de un interés general le resulta enteramente extraña. La caída del Imperio Romano, como arquetipo del poder de vocación totalizante, hace que el poder político se redistribuya en una poliarquía, una constelación de corporaciones

5 Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

6 Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 35.

7 “La lucha por la instauración y el progresivo perfeccionamiento del Estado de Derecho es la lucha para el establecimiento y la ampliación de los límites del uso de la fuerza” (Bobbio, Norberto, “La Crisis de la Democracia y la Lección de los Clásicos”, Bobbio, N., Pontara, G. y Veca, S., *Crisis de la Democracia*, Ariel, Barcelona, 1985).

8 Gamba, Ricardo, “Estado, Descentralización y Democracia”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Nacional del Comahue, 1997.

con sus propias reglas y foros que se reparten el poder con el monarca, quien –lejos todavía del status de soberano– ejerce un papel secundario y mediatizado, que no resultará cualitativamente distinto al de los señores sino hasta la recepción de las construcciones de Bodin.

En ese marco, en la forma de producción del derecho medieval sobresalían tres rasgos:⁹

- a) Era *aluvional*, es decir, seguía el devenir de la sociedad sin intentar predeterminarla, haciendo que las prácticas y soluciones jurídicas fueran acumulándose en capas;
- b) Era *pluralista*, pues estaba en conexión con la sociedad y con sus fuerzas plurales, expresándolas sin pretensión de sofocarlas bajo modelizaciones abstractas;
- c) Era, en consecuencia, *extraestatal*. Salvo en aquellos ámbitos más directamente ligados a la esfera pública, la producción jurídica dependía de los sujetos titulares de los diferentes órdenes particulares –nobiliario, estamental, eclesiástico, etc.– y no de un único centro.

Ahora bien, esta dispersión de fuentes hacía que la labor de armonización de los intereses en conflicto que corresponde a la autoridad no pudiera lograrse a través de la uniformación de soluciones plasmada en normas generales e imperativas para todos. Por eso, en esta etapa la función esencial del poder público no es de carácter legislativo sino jurisdiccional.¹⁰

⁹ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 70.

¹⁰ Mannori, Luca & Sordi, Bernardo, “Justicia y Administración” en Fioravanti, Mauricio (ed.), *El Estado moderno en Europa*, Trotta, 2004, Madrid, p. 65 y ss.

El príncipe medieval es el gran juez de su pueblo, no su legislador,¹¹ porque la función de creación del derecho está en manos de la constelación de corporaciones medievales.

III. Modernidad y ley

El Estado Moderno surge como resultado de la firme voluntad de erradicar ese pluralismo jurídico tan propio del orden medieval. La meta común de los dos grandes enemigos del feudalismo -primero el príncipe devenido en monarca absoluto (siglos XIII a XVIII) y luego el burgués devenido en legislador (siglos XVIII a XX)- es la completa eliminación de esa red de ordenamientos particulares.¹²

El gran dispositivo para esa erradicación será la soberanía. En función de ella, todos los poderes que antes se encontraban dispersos y carecían de una voz de mando que los unificara, pasan a encontrarse nucleados bajo una autoridad superior común: el soberano. El rasgo distintivo del recorrido histórico que da lugar al Estado moderno reside en la consolidación de un único centro de poder, supremo frente a todas las entidades intermedias. Del pluralismo medieval se pasa a una estructura totalmente binaria: para el Derecho sólo están el Estado y el individuo.¹³

11 Grossi, Paolo, *Derecho, Sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, Escuela Libre de Derecho, Michoacán, 2004, p. 24.

12 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, cit., p. 32.

13 Probablemente, el desalojo del principio de fraternidad -que integraba junto con la libertad y la igualdad el tríptico fundacional del ideario democrático moderno- de la escena política posterior a la revolución francesa respondió a esa concepción binaria. El nuevo sistema social quedó cifrado en torno a la coordinación exclusivamente estatal de derechos titularizados por individuos independientes y racionales que persiguen su propio interés en competencia y todas las expresiones de lo común canalizadas por fuera del Estado fueron desterradas a los márgenes del sistema político (véase, Justo, Juan, “La tragedia ambiental y la pieza que falta”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de*

Es justamente gracias a ese dato de la supremacía que el Estado nacional pudo consolidarse frente a las demás instancias de poder que predominaban en la época de su surgimiento, como la Iglesia o los señores feudales. La configuración de los elementos esenciales del Estado sólo fue posible luego de asegurar al rey un mando no subordinado a ningún otro poder exterior o interior y ello se tradujo en: a) un territorio unificado; b) una población sometida a un único centro de poder, y; c) una única burocracia y un sólo ejército.¹⁴

El gran dispositivo de centralización fue la jerarquización de la función legislativa como herramienta principal del poder público. Las monarquías modernas son el resultado del fortalecimiento del poder regulador de los reyes, de la exigencia de expresarse como legisladores. En oposición al ideal anterior, que veía al príncipe sobre todo como juez supremo, ahora se toma la producción de normas autoritarias como emblema de la realeza y de la soberanía.¹⁵ La nueva idea de autoridad política ya no reside solo en el derecho a dictar decisiones finales en los conflictos sino que se funda sobre todo en la posesión del poder de legislar e imponer burocráticamente la aplicación de esas reglas.

Ya no se trata, entonces, de coordinar una multiplicidad de unidades políticas y sociales tendientes a la horizontalidad y en gran medida autorreguladas, sino de establecer un sistema unificado de decisiones públicas sobre los cada vez más variados aspectos de la vida cotidiana a los que la autoridad extendía su competencia.

A partir de la caída del absolutismo en el siglo XVIII, se entenderá que el ejercicio de ese poder único —que queda ahora

Palermo, Año 2, N° 1, mayo 2013).

14 Fayt, Carlos, *Derecho Político*, t.I, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 238.

15 Salgado, Juan Manuel, “La utopía burocrática. La racionalidad estatal en la física moderna”, (tesis doctoral inédita), p. 46.

residenciado en el Pueblo- debe conferirse a los órganos representativos de la voluntad general. La soberanía de origen divino que justificó el absolutismo se transformaría con la Revolución Francesa en soberanía popular y de esa forma pasaría a dar contenido a la democracia moderna. La voz del representante legislativo es la herramienta excluyente de organización social; al aparato burocrático sólo le cabe el rol de brazo ejecutor de esos mandatos generales aplicables a todo el territorio y al juez el de un simple emisario de la ley.

La ley pasa a ser el sol del nuevo régimen porque constituye la expresión más acabada del dispositivo central de legitimación, la autonomía individual. Persona y poder público, libertad y autoridad *se hacen uno en la ley*. Si el fundamento axiológico del Estado pasa a estar depositado en la idea de *autodisposición* de la sociedad sobre sí misma, si la dicotomía autoridad / libertad se resuelve en el predominio absoluto de la ley formal como expresión de la voluntad común de sus destinatarios,¹⁶ necesariamente ella no puede ser postergada por ninguna pretensión particular.¹⁷ La ley desplaza lo sectorial, porque lo absorbe.¹⁸

16 Resumida en el ideal rousseauiano por el que “cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes” (Rosseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Altaya, Barcelona, 1993, p. 14) y plasmada en los arts. 4º, 6º y 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

17 García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 114.

18 “La Ley es el instrumento sine qua non de la igualdad; frente a las órdenes individuales y arbitrarias, frente a los privilegios y las derogaciones singulares, que definían el contenido típico del sistema jurídico medieval y absolutista, la Ley nueva, en su misma esencia, sólo contiene preceptos generales, universales, que alcanzan por igual a todos los ciudadanos, generalizando y unificando en un sólo régimen común... la pluralidad de status y de situaciones jurídicas singulariza-

El principio de legalidad constituye el punto culminante de la estrategia histórica de concentración de poder y el resultado de esta transición es la *reducción del Derecho a la ley*.¹⁹ Los órdenes particulares de base religiosa, gremial o estamental son sustituidos por una única fuente del derecho: la ley como expresión de la voluntad general. La costumbre, que antes tenía un rol principal, pierde dramáticamente su valor jurídico. La reducción del derecho consuetudinario a la condición de mero hecho es una de las expresiones más fuertes del plan de erradicación del pluralismo jurídico, en la medida en que expresa la negación de la vinculatoriedad de las prácticas espontáneas en el espacio social y su sustitución por el derecho emanado del Estado.²⁰

El cenit de esa nueva cosmovisión es el Código Civil, con su pretensión de ser fuente unitaria, completa y exclusiva del derecho por sobre todas las demás expresiones jurídicas²¹

doras precedentes” (García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, p. 43).

19 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, cit., p. 36.

20 Grossi, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado: una recuperación para el derecho*, cit., p. 21; Ross, Richard & Stern, Philip, “Reconstructing Early Modern Notions of Legal Pluralism”, en Benton, Lauren & Ross, Richard (eds.), *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*, New York University Press, New York, 2013, p. 109-41.

21 El posicionamiento de los códigos como arquetipo del fenómeno jurídico fue el resultado de la estrategia radicalmente innovadora que demandaba la consolidación de la burguesía como clase dominante y que consecuentemente animó la experiencia revolucionaria francesa y continuó la codificación napoleónica. Esa finalidad abrogatoria del derecho (estamental) existente fomentó la creencia de que el nuevo complejo sistemático de normas expresaba la sustancia del ordenamiento, de ahí el tratamiento de “derecho de fondo” y “Código Civil” como sinónimos. En esa fabulosa empresa “El nuevo Derecho ya no es un añadido más (al) complejo normativo existente; es, primordialmente, totalmente abrogatorio del Derecho existente, opera un vaciado

Si antes se entendía al derecho como algo dado por la costumbre y el orden natural, pero no gestado exclusivamente por el poder público; en la modernidad sólo existirá el Estado y recién luego el derecho, como un producto exclusivamente estatal.²² Si el Estado no reconoce una regla, ella carece de relevancia jurídica, no es derecho. No es una casualidad que el art. 1197 del Código Civil velezano estableciera que el contrato es ley para las partes. La única causa vinculante puede ser la ley y por lo tanto es necesario asimilar la convención a ella para dotarla de imperatividad.

De modo vertiginoso, el nuevo sistema de fuentes quedó herméticamente cifrado en una organización jerárquica, el pluralismo jurídico murió y la principal función del poder público pasó a ser la legislativa. En ese esquema nos formamos como abogados y ejercemos la profesión.

IV. La globalización del derecho y la vuelta al orden medieval

La globalización del derecho, que encuentra en la protección de los derechos fundamentales una de sus puntas de lanza más potentes, se ha traducido en la decadencia de la ley como instrumento de regulación social, la reaparición del

total del

Derecho vigente en una sociedad determinada *para sustituirlo por otro enteramente nuevo, construido y articulado como un aparato racional sistemático completo*, que pretende encerrar en sus ordenadas cuadrículas la totalidad de la vida social, aunque remita una buena parte de ella a la libertad” (García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 92, 1996).

22 Clavero, Bartolomé, “La idea de código en la ilustración jurídica”, *Historia. Instituciones. Documentos*, Vol. 6, p. 49-88, 1979.

pluralismo jurídico²³ y la revalorización del juez como el gran gestor del caos de normas y mandatos en conflicto.²⁴ Este fenómeno responde a tres razones fundamentales:

1) Fragmentación normativa

El sometimiento a normas y tribunales internacionales, que penetran cada vez más en el funcionamiento doméstico, implica la sujeción a un orden donde –al igual que en la Edad Media– no existe un único centro de poder. Con salvedades muy puntuales, como el *ius cogens*, en el derecho internacional no rige el principio de jerarquía,²⁵ con lo cual los crecientes conflictos entre normas no pueden ser resueltos bajo los criterios modernos. Ello conduce a la fragmentación del orden jurídico.

Como en la Edad Media, hay pluralidad de fuentes y ellas no están ordenadas por un criterio sistémico. Más aún, dentro del nuevo modelo la ley desempeña un papel secundario, y así lo explicitan los incisos 22 y 24 del art. 75 de la Constitución argentina al consagrar la supralegalidad de la fuente jurídica internacional. La calidad superior de la ley, como invención máxima de la modernidad, está desterrada expresamente en el propio texto de la nuestra Constitución luego de 1994. Ese destierro no es una especulación teórica, sino una realidad jurídica dramática; y es difícil saber si los constituyentes conjeturaron sobre las implicancias de tal decisión.

23 Berman, Paul Schiff, “Global Legal Pluralism”, *Southern California Review*, Vol. 80, 2007; Zumbansen, Peer, “Transnational Legal Pluralism”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 10, N° 2, 2010.

24 Justo, Juan, “La estabilidad en el empleo público. Cincuenta años de reconfiguración de fuerzas en la división de poderes”, *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero 2013.

25 Justo, Juan, “La estabilidad en el empleo público. Cincuenta años de reconfiguración de fuerzas en la división de poderes”, *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*, febrero 2013.

2) Fragmentación interpretativa

El poder público doméstico ya no tiene la última palabra. Asistimos al surgimiento de diferentes formas de jurisprudencia a cargo de cuerpos internacionales desconectados entre sí, que en ocasiones persiguen fines

contradictorios.²⁶ Por caso, el Estado argentino debe acatar los fallos y opiniones consultivas de la Corte Inter americana de Derechos Humanos, las recomendaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, los laudos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC), del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, etc. Podemos agregar varias decenas de órganos que terminan produciendo obligaciones más o menos vinculantes (*hard y soft law*) sobre el Estado.

Ese nuevo escenario de pluralidad de regímenes disociados entre sí hace que los diferentes actores acudan a los foros más favorables para condicionar las políticas que los afectan. Se elige el foro y al hacerlo se determina el enfoque y el marco jurídico bajo el que se será examinada la controversia.²⁷ Las tensiones interpretativas que existen entre los diferentes “tribunales” muestran que asistimos a una lucha por la hegemonía, en la cual cada subsistema aspira a que sus intereses sectoriales se identifiquen con el interés general del derecho internacional.

26 Romano, Cesare, “The Proliferation of international judicial bodies: The Pieces of the Puzzle”, *NYU Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, 170, 1998; Shany, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 19.

27 Abramovich, Víctor, “Poderes Regulatorios en el pluralismo jurídico global”, *Revista Sur*, N° 21/2015.

Todos estos cuerpos se rigen por normas igualmente imperativas para el Estado argentino –porque no se admite jerarquía entre ellas- y sus resoluciones son igualmente vinculantes para nuestro país.

3) Naturaleza meramente fáctica del derecho interno

Por otra parte, en virtud de la regla de inoponibilidad del derecho interno plasmada en el art. 27 de la Convención de Viena, las normas –tanto legales como constitucionales- las sentencias y los actos emanados del Estado son para los cuerpos internacionales simples *hechos*,²⁸ que se analizan a nivel internacional con total prescindencia de su significación o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.²⁹

Esa naturaleza meramente fáctica del plexo normativo del país, de sus sentencias, de sus actos administrativos y –en suma- del cúmulo de expresiones posibles del poder público frente a las normas convencionales se asimila perfectamente a la privación de valor jurídico a las prácticas consuetudinarias de los órdenes particulares medievales. Así como el Estado moderno despojó de valor jurídico a las prácticas culturales medievales, lo mismo hizo el proceso globalizador, que confirió a los cuerpos internacionales la capacidad de juzgar la validez de las decisiones de ese mismo Estado como carentes de toda imperatividad.

El derecho más imperativo –la Constitución- tiene para los cuerpos internacionales el mismo valor que la costumbre para el juez

28 Corte IDH, OC-13/93, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), 16 de julio de 1993, párr. 34.

29 Corte IDH, OC-14/94, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), 9º de diciembre de 1994, párr. 22.

del siglo XX. Irrelevancia jurídica y valor fáctico. Como en la Edad Media, el poder político doméstico no tiene la capacidad de creación del derecho. El derecho fiscal se crea en la OMC, el derecho administrativo y regulatorio se crea en el CIADI, y el derecho constitucional en la Corte Interamericana. A veces se crea formalmente y otras interpretativamente.

El ordenamiento interno ha perdido, así, su rol de elemento de cohesión. Los abogados debemos operar en un sistema de fuentes normativas e interpretativas fragmentadas, que no encuentra un anclaje único. El legislador ya no puede gestionar ese escenario mediante la uniformación de conductas y el único que puede intentar coordinar esos mandatos en conflicto es el juez, caso por caso y no de acuerdo a reglas, sino a principios.

Podemos verlo en los *leading cases* de la Corte. El fallo de mayor impacto –tanto en términos de comprensión de la dinámica republicana como en la complejidad del problema– en lo que va del siglo XXI, el caso *Mendoza*,³⁰ no hace prácticamente referencia a ninguna norma. No nombra al Código Civil, pero sí a un principio como es la gestión integrada de cuencas hídricas. En *Halabi* se produce la refundación de las categorías jurídicas subjetivas sin anclaje en una sola disposición legal. Influye más en esa construcción la categorización de Alexy sobre los bienes colectivos que el derecho positivo.³¹ Del mismo modo, el fallo

30 CSJN, *Mendoza*, 2006, *Fallos*, 326:2316; 2007, *Fallos*, 330:3663; 2008, *Fallos*, 331:1622.

31 CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332:111, cons. 11. Allí la Corte –siguiendo *Mendoza*– ratifica el recurso a la conceptualización de Alexy sobre el bien colectivo. Para ese autor, “Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no-distributivos” (Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 187). De ese modo, la

Q no aplica leyes, pero sí recurre a los principios rawlsianos.³²
En *Kersich* se hace lo mismo con el derecho humano al agua.³³

Son todos fallos valiosos, pero evidencian que los jueces han soltado amarras de la ley hace tiempo. Es difícil decir si está bien o mal, pero seguir pensando que el santo grial del derecho administrativo está en el principio de legalidad no refleja la realidad en la que vivimos y nos conduce a la frustración.

El juez medieval resolvía las disputas recurriendo a principios del derecho natural y no a normas positivizadas, porque todo lo positivizado había sido arrasado junto con el Imperio Romano. Lo mismo pasa hoy; el juez resuelve de acuerdo a principios y no a disposiciones, porque ellas son meros hechos carentes de relevancia jurídica cuando se trata de verificar la sujeción del Estado al orden jurídico supranacional.

En definitiva, nuestro derecho es hoy fragmentado tanto normativa como interpretativamente, sin un centro único de poder, y el juez es el gran encargado de coordinarlo, para lo cual ya no puede echar mano a un orden racional y hermético, sino que tiene recurrir a principios, con toda la ambigüedad que ello implica.

V. Desafíos para abogados

La pregunta es, entonces, ¿cómo hacemos para ejercer la profesión en el nuevo contexto?

imposibilidad real (o legal) de dividir el bien en partes y asignar porciones a los individuos es el elemento que resume la definición analizada.

32 CSJN, *Q.C., S.Y.*, 2012, *Fallos*, 335:452, cons. 12.

33 CSJN, *Kersich*, 2014, *Fallos*, 337:1361. Véase, Justo, Juan, “Bases jurídicas de la gestión del agua en Argentina: del dominio público a los bienes colectivos y del servicio público a los derechos humanos”, *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*. En prensa.

Nuestros mayores sabían que con disciplina y tesón podían aprender a administrar casi automáticamente un orden racional plasmado en los códigos. El razonamiento jurídico podía reposar en la lógica interna de esos cuerpos normativos, que iban a proveer siempre al operador de una solución. El juez no podía dejar de fallar y solo en un caso extremo podía acceder a un ámbito de ambigüedad como es el de los principios generales del derecho.

Los abogados se aproximaban al derecho cognoscitiva y no creativamente. El momento creativo estaba reservado al legislador. Luego sólo se trataba de subsumir los hechos del caso en la regla abstracta.

Nosotros ya no tenemos esa contención ni esa tranquilidad –que tenía mucho de espejismo-. La muestra más clara de ello está en las fuentes que reconoce el nuevo Código Civil y Comercial, que se abre a un derecho internacional marcado por la fragmentación.³⁴

34 De acuerdo al art. 1° del Código Civil y Comercial “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Por otra parte, según el art. 2°, “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. En ambas disposiciones, el legislador argentino ha decidido asignar primacía –normativa e interpretativa- a las convenciones de derechos humanos por sobre otros tratados, lo cual –pese a lo loable de la intención- no tiene incidencia al momento de evaluar la responsabilidad del Estado en ciertos foros, en especial los asociados al Derecho Económico Internacional.

La primera enseñanza es que hoy no tenemos previsibilidad. Todo depende de quién decide. Ya no podemos descansar en un pronóstico elaborado en base a un cuerpo consistente de normas que arroja la misma solución para todos los jueces. Todo depende del magistrado que nos toca. Según sea uno que simpatiza con el CIADI, los DESC o el Mercosur, la solución podrá ser radicalmente distinta.³⁵

Las fórmulas para enfrentar el nuevo escenario debemos construirlas entre todos y para ello lo primero es asumir que las cosas han cambiado y que la universidad no nos ha dado las herramientas para encarar los desafíos que vienen.

Por sólo aventurar algunas propuestas, en el nuevo marco del ejercicio profesional hay que formarse fuertemente en técnicas de argumentación, en principios, en criterios de ponderación y en realismo jurídico. Tenemos que tratar de lograr una relación menos formalista con la disciplina jurídica, empezando por asumir que el derecho es aplicación más que norma y que la aplicación es más preferencia que subsunción.³⁶ El juez tiene ahora un margen mucho mayor de arbitrio que antes.

35 Véase el caso *Chevron v. Ecuador* en Bohoslavsky, Juan Pablo & Justo, Juan, “Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo?”, en Tanzi, Attila & Lorenzo Gradoni (eds.), *Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras: Problemas y Perspectivas*, Brill, Leiden, 2016.

36 Véase, Kennedy, Duncan, “Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000” en Trubek, David & Santos, Alvaro (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 31; Del mismo autor, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, *Revista Doxa-II* (1992); “La Crítica de los Derechos en los Critical Legal Studies”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 7, N° 1, Julio, 2006; Miljiker, María E., “Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, cit.

Otra herramienta interesante cuyo uso debemos intensificar es el principio de proporcionalidad.³⁷ Ese estándar es el gran articulador del derecho público para disciplinar la relación entre Estado e individuo, para tratar de dar algo de consistencia a la forma de resolver conflictos derivados de la limitación de derechos por parte de la autoridad pública. Aun con sus aristas complejas, en especial en términos de división de poderes, el recurso a este principio tiene un valor decisivo, pues contribuye a que *pasemos de una cultura de la autoridad hacia una de la justificación*.

En esencia, una cultura de la justificación requiere que los gobiernos ofrezcan un respaldo argumental sustantivo de todas sus acciones, es decir una explicación satisfactoria de la racionalidad de cada decisión, de los intereses en juego y de los intercambios de costos y beneficios que toda medida pública conlleva.³⁸ Con esa impronta, la proporcionalidad permite que las disputas sobre los límites de la actividad gubernamental se resuelvan sobre la base de la argumentación racional y no de los clichés. Permite comparar y evaluar los intereses, las ideas, los valores, los hechos, las estadísticas, y de ese modo conduce a formas más transparentes de resolución de los conflictos.

Eso es muy importante para Argentina, un país en el que el poder no está acostumbrado a dar explicaciones. Predomina entre nosotros una cultura formalista donde el legislador no debe motivar las leyes y donde tanto la Administración como los jueces recurren a muletillas —como la presunción de legitimidad o el interés público— que los dispensan de tener que fundar los actos y sentencias en hechos y valoraciones concretas.

37 Justo, Juan, “El procedimiento administrativo en Neuquén y el valor de las experiencias locales”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 383, 163-170, 2010.

38 Cohen-Eliya, Moshe & Porat, Iddo, “Proportionality and the Culture of Justification”, *American Journal of Comparative Law*, 2010.

Tenemos una fuerte construcción de discursos basados en derechos, pero con poco anclaje en la realidad de la resolución de conflictos cotidianos y –en suma– una muy baja demanda de razones a las autoridades. La proporcionalidad puede ayudar a revertir esta tendencia.

Por eso, el aporte más relevante del principio de proporcionalidad reside en reorientar el control hacia la exigencia y ponderación de razones públicas para el obrar estatal. Si promovemos su uso por los jueces, puede lograrse un cambio de la forma de trabajo de los cuerpos legislativos y los órganos administrativos. Como abogados debemos exigir esa transformación a través de nuestros planteos.

VI. Conclusiones

Para recapitular:

- 1) El Estado moderno tuvo una meta clara: erradicar el pluralismo jurídico del orden medieval. La soberanía, primero del monarca absoluto y luego del legislador democrático logró el cometido y sustituyó Derecho por constitución y ley.
- 2) La globalización nos ha devuelto a ese orden medieval, pues nos inserta en un sistema jurídico caracterizado por la inexistencia de un centro único de poder que deriva en:
 - a) Fragmentación normativa, debido a la ausencia de jerarquía de las fuentes internacionales.
 - b) Fragmentación interpretativa, habida cuenta de la proliferación de cuerpos internacionales con capacidad jurisdiccional que responden a sistemas y fines contradictorios.
 - c) Condición meramente fáctica de todo el ordenamiento doméstico, en cualquiera de sus expresiones.

3) El gran articulador del nuevo escenario ya no es el legislador, sino el juez, que no resuelve conforme a normas porque el espejismo del sistema hermético se cayó. Resuelve conforme a principios y sólo la suerte dirá si coinciden con los del litigante. Un juez pro mercado prestará mayor atención a un laudo del CIADI y uno más pro justicia social a las recomendaciones del Comité DESC. Depende del azar. Ni hablar del problema contramayoritario que esto implica.

4) Para gestionar este nuevo escenario los abogados tenemos que desarrollar destrezas diferentes a las de nuestros mayores. El rigor lógico en la interpretación de un corpus cerrado de normas es reemplazado por la capacidad argumentativa, el diálogo y la capacidad de generar empatía con el juez, que en el fondo resuelve de acuerdo a su fuero íntimo y toma del menú del universo de ordenamientos lo que más le gusta.

Lo importante es no dejarse vencer por el desencanto y ver una gran oportunidad en todo esto. Ya no tenemos la contención de la autoridad de la ley y en cierto modo tenemos que hacernos responsables de esa libertad.

Análisis de la (In) Constitucionalidad
y la (In) Convencionalidad del artículo 231 bis
del Código Procesal Penal de la Provincia
de Buenos Aires

por Pedro Luis Sisti

1.-Introducción:

En el presente trabajo se procederá a analizar la (in)constitucionalidad y/ la (in)convencionalidad del art. 231 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, norma que ha servido como fundamento de desalojos masivos en distintas causas penales donde se investigaba el delito de usurpación.

Si bien este análisis podría considerarse una cuestión netamente local, el anterior Código Procesal Penal de Nación contenía una norma similar en su art. 238 (que es expresamente tomado como fuente), como así también contienen artículos similares los Códigos de Rito Penal de la Ciudad (en el art. 335) y de la Provincia de Corrientes (en el art. 239 bis), entre otros. No obstante lo cual, el artículo 231 bis posee algunas características propias que lo hacen indudablemente inconstitucional, como se demostrará en el segundo acápite de este trabajo.

Primero se procederá a describir al artículo en cuestión y explicar los fundamentos que llevaron a su sanción, para luego abordar los casos en los que habitualmente se hace uso del mismo. Luego se contrastará la letra de dicho artículo con lo establecido a nivel constitucional y de los principios rectores en materia penal primero, y luego a nivel convencional, tomando como parámetro de esta última cuestión la Observación General Número 7 del Comité DESC como interpretación adecuada y vigente del Pacto DESC de Naciones Unidas.

A continuación, se revisará la aplicación que ha tenido este artículo en sede penal y en sede contenciosa, en especial en lo que hace a la aplicación de los estándares internacionales, con

la correspondiente responsabilidad internacional ante el caso de contradicción con dichos estándares. Por último, se intentarán extraer algunas conclusiones respecto de la aplicación de este artículo y las posibles soluciones respecto de las distintas apreciaciones que han sido receptadas en sede judicial.

2.-Análisis del art. 231 bis:

Con fecha 19 de enero de 2006 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires la Ley 13.418, por la cual se incorporó el art. 231 bis al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires¹. Este artículo autoriza el reintegro de la posesión de un inmueble en los casos de usurpación a quien acredite verosímelmente un derecho afectado en el caso del delito de Usurpación. El proyecto fue enviado a la Legislatura por el entonces Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y el texto de dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 231° bis: En las causas por infracción al artículo 181° del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aún antes de la convocatoria a prestar declaración en los términos del artículo 308° de este Código, el Agente Fiscal podrá solicitar al órgano jurisdiccional interviniente que reintegre el inmueble al damnificado.

Idéntica petición podrá ser presentada por la víctima o el particular damnificado directamente ante dicho órgano.

La solicitud deberá ser resuelta en el menor plazo posible y se podrá disponer provisionalmente la inmediata restitución de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el peticionante fuera verosímil. El reintegro podrá estar sujeto a que se de caución si se lo considera necesario.

Las solicitudes y diligencias sobre restitución de inmuebles usurpados tramitarán mediante incidente por separado.”

¹ <http://www.gob.gba.gov.ar/intranet/digesto/PDF/113418.pdf>

El primer comentario crítico que debe realizarse a esta reforma es su mala técnica legislativa, ya que se incorporó dentro del Título VIII (Medios de Prueba), Capítulo IV (Secuestro). Indudablemente la restitución de un inmueble no puede ser considerado un Secuestro, y menos aún un Medio de Prueba para acreditar la comisión de un hecho ilícito (en el caso específico, el delito de usurpación) bajo ningún concepto. La restitución del inmueble no puede servir para probar nada en relación al delito, ya que es una medida que se toma con posterioridad y no tiene conexión alguna con el hecho en cuestión. El único sentido de esta medida sería el restituir la tenencia/posesión de manera expedita para evitar que el inmueble sufra daños. Por lo expuesto, resulta evidente que su ubicación intra-sistemática resulta poco adecuada, pero veremos a continuación que sus falencias no se agotan en esta cuestión de técnica legislativa.

El segundo comentario que cabe realizar es la falta de relación entre el artículo sancionado (y su aplicación), respecto de las razones que sirvieron de fundamento para su sanción. Los fundamentos enviados por el Ministerio de Seguridad fueron los siguientes² :

“HONORABLE LEGISLATURA:

Tengo el honor de dirigirme a Vuestra Honorabilidad con el objeto de someter a su consideración el adjunto proyecto de ley, que propicia la incorporación del artículo 231 bis al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de solucionar los conflictos que se suscitan en torno a la restitución de bienes inmuebles, cuya posesión o tenencia ha sido turbada en los términos del artículo 181 del Código Penal de la Nación.

La reciente experiencia recogida en las contiendas suscitadas con relación a predios rurales, es decir la tardía restitución de los mismos a sus legítimos poseedores o tenedores obedece a

2 <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-13418.html>

interpretaciones diversas sobre la oportunidad procesal en que puede disponerse la devolución, de ahí la necesidad de dotar a los jueces de la herramienta normativa idónea que pueda ser utilizada como criterio rector.

La norma cuya incorporación se sugiere facilitará la labor de los magistrados que intervienen en el conocimiento de los delitos descriptos en el artículo 181 del Código Penal, ya que mediante ésta se faculta expresamente al juez -cualquiera fuera el estado procesal de la investigación penal- para disponer la restitución provisoria del inmueble objeto de despojo, sin otro requisito más que la verosimilitud del derecho invocado.

De este modo se armonizan debidamente los derechos de la víctima de la usurpación, con los de quien es indicado como el legítimo tenedor o poseedor, ya que, por una parte permite poner término a los efectos permanentes del delito y por otra, asegura los eventuales perjuicios que pudieran derivarse de la devolución del inmueble al otorgar la facultad de fijar una caución.

Es dable señalar que la norma que se propone reconoce como fuente al artículo 238 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

A mérito de las consideraciones vertidas, y en ejercicio de la autorización conferida al Poder Ejecutivo, es que se solicita de ese Honorable Cuerpo la pronta sanción del proyecto adjunto. Dios guarde a Vuestra Honorabilidad.”

Los fundamentos hablan de contiendas en relación a predios rurales, sin embargo su aplicación suele darse en casos de usurpaciones de predios urbanos (como se verá en el acápite tres de este trabajo). Lo más preocupante es que en los fundamentos se sostenga que se garantizan los derechos del legítimo tenedor/poseedor con la mera posibilidad de establecer una caución (no es un requisito *sine qua non*, sino que queda a criterio judicial), pero en la redacción del artículo se habilita la procedencia de esta medida incluso antes de la declaración del imputado. Algo

que no solamente resulta a todas luces inconstitucional (y se desarrollará en el siguiente punto de este acápite), sino que redundada en una contradicción flagrante entre los fundamentos de la norma (*ratio legis*) y su efectiva consagración.

Vemos en consecuencia que este artículo posee errores de técnica legislativa, de fundamentación y también de contradicción con normativa fundamental. Este último punto se desarrollará a continuación.

2a.- Inconstitucionalidad:

La contradicción más evidente entre este artículo y la Constitución Nacional (o Provincial) surge de realizar un contraste entre la frase que se encuentra en el primer párrafo del artículo que establece que la medida puede tomarse “*aún antes de la convocatoria a prestar declaración en los términos del artículo 308° de este Código*”³

3 Se aclara que el artículo 308 es el que hace referencia a la declaración del imputado. Dicho artículo establece: “**ARTICULO 308.- (Texto según Ley 13943)** *Procedencia y término: Existiendo elementos suficientes o indicios vehementes de la perpetración de un delito y motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en su comisión, el Fiscal procederá a recibirle declaración, previa notificación al Defensor bajo sanción de nulidad.*

Si lo solicitare motivadamente el imputado, podrá declarar ante la presencia del Juez de Garantías.

Ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración cuando su abogado defensor no haya podido asesorarle sobre si le conviene o no declarar, o advertirle sobre el significado inculpatario de sus manifestaciones.

y la Garantía Procesal del Debido Proceso, probablemente una de las Garantías más importantes que rigen en materia de Derechos Humanos. Para clarificar, sostener que alguien pueda ser desalojado de un inmueble (eso conlleva la restitución del mismo) sin siquiera ser oído resulta en una clara violación de la garantía del Debido Proceso, e incluso podría incurrirse en una violación de la Defensa en Juicio (catalogada dentro del art. 18 de la Constitución Nacional como inviolable).

Aparte de la violación de la Garantía del Debido Proceso, este artículo viola también el Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal, ya que de alguna manera el desalojo (para lograr la restitución del inmueble) termina siendo una sanción/pena. Cabe aclarar que si bien el Principio de Subsidiariedad no es un Principio expresamente receptado a nivel constitucional, sí se

Cuando el imputado se encuentre aprehendido o detenido, el acto deberá cumplirse inmediatamente o a más tardar dentro de las veinticuatro (24) horas desde el momento en que se produjo la restricción de la libertad. Este plazo podrá prorrogarse por otro igual cuando el Fiscal no hubiese podido recibirle declaración o cuando lo solicitare el imputado para proponer defensor. Aun cuando no existiere el estado de sospecha a que se refiere el primer párrafo, el Fiscal podrá citar al imputado al sólo efecto de prestar declaración informativa. En tal caso, el imputado y el letrado asistente tendrán todas las garantías, derechos y deberes correspondientes al imputado y defensor.

En el caso de los nacionales extranjeros, salvo expresa oposición del interesado, estos deberán ser notificados inmediatamente y sin dilación alguna de su derecho a recibir asistencia consular, bajo sanción de nulidad (art. 36 inc. 1. B de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, implementado por la Ley N° 17.081).

Las declaraciones se producirán en la sede de la Fiscalía o en las oficinas judiciales destinadas al efecto, salvo que las circunstancias requieran el traslado del Fiscal a otro sitio para recibirla.”

considera un principio rector en materia penal y por lo tanto debe considerarse como fundante de las normas de rito en esta materia.

En este caso en particular resulta evidente que el Principio⁴ de Subsidiariedad colisiona con este artículo, ya que existen otras herramientas procesales para garantizar la restitución de un inmueble en materia civil (Interdicto de Recobrar, Desalojo y Reivindicación, por ejemplo), que son vías más idóneas para discutir la tenencia/posesión de un inmueble. En cambio, tomarlo como una especie de medida precautoria (ya que puede requerirse caución) en medio de una investigación/proceso penal destinado a comprobar si se usurpó o no dicho inmueble es un error conceptual que violenta el mencionado Principio, ya que no hay necesidad de esta “*Ley Penal*”, porque el derecho que se intenta proteger con el artículo 231 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, se encuentra adecuadamente protegido por la normativa civil⁵.

4 Cuando se habla de “*Principio*” se sigue a Manuel Atienza quien, citando a Dworkin, señala la tendencia de la teoría del derecho actual que sostiene que un sistema de derecho positivo no está integrado únicamente por normas (y definiciones) sino también por principios o enunciados que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos (directrices) y exigencias de justicia, equidad y moral positivas (principios en sentido estricto). Estos enunciados no serían propiamente normas, en la medida en que no están determinadas con precisión las condiciones de su aplicación, pero juegan un papel importante a la hora de establecer, por vía interpretativa, el significado de las normas del sistema. Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero; Las piezas del derecho; Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1-19

5 Ratifica esta postura lo establecido por Luigi Ferrajoli cuando sostiene que “*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*” es una garantía sustantiva en lo penal. Ferrajoli, Luigi; Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Ed. Trota, 3ª ed, Madrid, 1998, en especial pp. 91-115.

Cuando se analice la recepción judicial en sede penal se profundizará en la fundamentación de que la vía civil es la idónea para discutir todo lo referente a la posesión, e incluso se verá en un caso particular cómo la elección de la vía penal termina repercutiendo en la violación del derecho a ser oído de terceros involucrados en la cuestión, pero que no son ni el imputado ni el particular damnificado/querellante.

2b.- Inconvencionalidad:

La contradicción entre el artículo 231 bis y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas nace de la sola lectura de la Observación General Número 7 del Comité DESC.

Huelga sostener que el análisis de (in)convencionalidad se fundamenta en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en la causa Giroldi -con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos- que la frase “...*en las condiciones de su vigencia*” establecida en el precepto constitucional del art. 75 inc. 22 significa “*tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*”, agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, señalando finalmente que, “*en consecuencia, a esta Corte, como órgano su premo de uno de los poderes del Gobierno federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya*

que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”.⁶

Posteriormente, la Corte hizo extensiva dicha regla hermenéutica a las opiniones vertidas en los informes emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷ Esta interpretación que la Corte Suprema realiza del art. 75 inc. 22 C.N. respecto de la Convención Americana, resulta enteramente aplicable al resto de los tratados de derechos humanos contemplados en esta norma.

Por ello resulta de especial interés el análisis de las Observaciones Generales emanadas del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado tanto del control de cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dado que dichas Observaciones Generales sientan las pautas hermenéuticas para desentrañar el correcto alcance de los derechos contemplados en el mencionado pacto, pautas que incluso son tenidas en cuenta por el citado Comité al momento de evaluar los informes periódicos que presentan los Estados parte respecto del estado de cumplimiento del pacto.

Respecto de los desalojos forzosos, como ya se dijo tiene especial importancia la Observación General N° 7 del Comité DESC, que los define como *“el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos ...”* (Observación General N° 7, Punto 3).

En dicho documento el Comité puso de manifiesto que *“fundamentalmente, las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto*

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Giroldi”, Fallos 318:514, consid. 12

7 C.S.J.N., causa “Bramajo, Hernán J.”, del 12/9/1996, consid. 8.

en relación con los desalojos forzosos se basan en el párrafo 1 del artículo 11 interpretado junto con otras disposiciones pertinentes. En particular, el párrafo 1 del artículo 2 obliga a los Estados a utilizar ‘todos los medios apropiados’ para promover el derecho a una vivienda adecuada. Ahora bien, dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 1 del artículo 2 al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente. El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se definen en el párrafo 3 supra). Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada” (Observación General N° 7, Punto 8).

La parte fundamental de esta Observación General en lo que hace al análisis de (in)convencionalidad lo encontramos cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que: *“aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos*

cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales” (Observación General N° 7, Punto 15).

En este último Punto (15) analizado surge palmariamente la contradicción entre lo establecido por el art. 231 bis del CPPBA y el Pacto DESC. El Punto 15 establece lisa y llanamente el estándar de Debido Proceso en materia de desalojos forzosos. Es decir, todo desalojo forzoso que se lleve adelante debe respetar estos estándares, y el artículo aquí analizado (que incluso habilita el desalojo sin siquiera oír al imputado) bajo ningún criterio puede sostenerse que cumple con estos estándares. Resulta especialmente interesante la consagración de un estándar en materia de Debido Proceso por el Comité DESC, ya que al tratarse de una garantía directa y plenamente exigible (como es la del Debido Proceso), obliga sin más a los Estados a cumplir con este estándar en todo desalojo forzoso.

Resulta evidente a esta altura que el artículo 231 bis contradice abiertamente nuestra norma fundamental y violenta los estándares establecidos en la misma, como así también violenta los estándares internacionales aplicables en materia de desalojos forzosos, y por ende debería ser declarado inconstitucional por la jurisdicción, sin embargo esto no siempre ha ocurrido. A continuación se analizará un caso particular de aplicación de este artículo y las respuestas brindadas por los tribunales de la Ciudad de La Plata.

3.-Recepción jurisprudencial:

En este acápite se realizará un análisis de un caso en el cual se puso en tela de juicio la aplicación del artículo 231 bis, tanto en sede penal como en sede contenciosa. Lo interesante es el contraste de las distintas interpretaciones de una y otra sede respecto

de la aplicación de este artículo y la Observación General N° 7 del Comité DESC.

También se planteó en relación al mismo caso una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, pero la misma fue rechazada por cuestiones formales⁸ y lamentablemente no se ha vuelto a expedir respecto de la constitucionalidad del artículo en cuestión.

3a.- Sede Penal:

Lo primero que hay que dejar asentado es que fue en el marco de una Investigación Penal Preparatoria (N° 8658-12, llevada a cabo contra el señor Marco Antonio Fernández) por la Unidad Fiscal de Investigación N° 6 y ante el Juzgado de Garantías N° 5 de La Plata que se ordenó el desalojo ante el requerimiento del Particular Damnificado (quien ostentaba el carácter de titular de un inmueble baldío en zona urbana), en estricta aplicación del artículo 231 bis del CPPBA. Nada decía en dicha orden de los estándares establecidos por la Observación General N° 7 del Comité DESC.

Lo llamativo del caso es que quienes iban a ser desalojados, eran los vecinos que le habían comprado mediante boletos de compra-venta a quien supuestamente había usurpado el terreno (esto tampoco era así, ya que para la configuración del delito de usurpación debe forzarse la entrada y este lote en particular era un baldío sin ningún tipo de protección/delimitación).

Los vecinos que iban a sufrir el desalojo solicitaron ser tenidos por parte en el proceso penal, que se diera cumplimiento a lo

8 "FLORENTIN LILIANA Y OTROS C/ PROVINCIA DE BS. AS. S/ INCONST. ART. 231 BIS COD. PROCESAL PENAL". Causa I-72.580, SCBA.

establecido en la Observación General N° 7 del Comité DESC y que se declarase la inconstitucionalidad del art. 231 bis. Su solicitud fue rechazada en porque, al no ser los damnificados por el delito, ni el imputado, ni el fiscal, no tenían legitimación alguna para ser parte de dicho proceso. Esta resolución fue ratificada por la Cámara de Apelaciones y luego por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Nótese la “*particularidad*” (diría más bien “*ridiculez*”) de que quienes van a ser efectivamente desalojados en un proceso judicial no pueden ser parte del mismo.

Aquí vemos ratificado en la práctica lo expuesto con anterioridad respecto de que la discusión respecto de la tenencia/posesión del inmueble debería darse en lo civil y no en lo penal. La sede penal tiene legitimación acotada por ley, y puede darse (como ocurrió en este caso) que no pueda contener a todas las personas interesadas en la cuestión. En cambio en sede civil existe la institución de los terceros/tercerías que pueden incorporarse sin limitación.

De cualquier manera, y más allá de que no existiese una institución específica que pudiera contener a quienes iban a ser desalojados, un tribunal si deseara respetar la jerarquía normativa, y por encontrarse la Constitución Nacional (y/o Provincial) por encima del CPPBA, debió haber creado dicha institución de manera pretoriana, ya que el Derecho a ser oído es una garantía esencial en materia de Derechos Humanos. Aquí vemos cómo claramente primó una aplicación restrictiva propia de un Estado Legislativo de Derecho (aplicando el Código de Rito a rajatabla), en vez de lo que correspondía que era una aplicación de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, ampliando la legitimación y dándoles la oportunidad de ser oídos en el Proceso. Lamentablemente, en sede Penal en los tribunales de La Plata, la postura que prima habitualmente es la de un Estado Legislativo de Derecho, violentándose la normativa fundamental de nuestro Estado.

También hay que resaltar que las veces que se ha planteado la inconstitucionalidad del artículo 231 bis en sede Penal, dicho planteo ha sido rechazado en la totalidad de los casos, ratificando la constitucionalidad del mismo.

3b.- Sede Contenciosa:

Luego del rechazo de la SCBA de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, se presentó una demanda en lo Contencioso Administrativo por la posible responsabilidad internacional en la que incurriría el Estado Nacional, si los Estados Provincial y Municipal no impedían que se avanzara con el desalojo conforme había sido ordenado en sede Penal. No se solicitaba que se dejara sin efecto la orden de desalojo, sino que se ordenase a los Estados Provincial y Municipal, como obligados también por la normativa internacional y garantes de los derechos consagrados, a presentarse en la mencionada Investigación Penal Preparatoria y manifestar si estaban en condiciones de asegurar que se cumplieren con todos los puntos de la Observación General N°7 del Comité de Derechos Económicos Sociales de Naciones Unidas.

En especial, la obligación del inciso 15, a), que dispone *“la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo”*, así como lo ordenado en el inciso 16: *“Los desalojos no deberán dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.”* Todo esto sin necesidad de la información sumaria establecida en el inc. 1 del art. 23 del Código Contencioso Administrativo, es decir, que se le diera un tratamiento Precautelar atento a la urgencia que había.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata ordenó *“Hacer lugar a la medida cautelar*

peticionada por Florentin, Liliana y otros y ordenar a la Municipalidad de La Plata y a la Provincia de Buenos Aires a través de sus organismos competentes –Ministerio de Infraestructura, Ministerio de Salud y Ministerio de Desarrollo Social-, se hagan presente en el “Barrio Alegre” de la ciudad de La Plata, delimitado por las calles 122 entre 613 y 614, a prestar la asistencia social inmediata y concreta de las familias que habitan en el mismo, en materia de salud y vivienda. Asimismo, las demandadas deberán presentarse en la causa penal incoada contra el señor Marco Antonio Fernández, por el delito de usurpación, IPP N° 8658-12, en trámite por ante la UFI N° 6, y con intervención del Juzgado de Garantías N° 5 de La Plata, a los fines del cumplimiento de la Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales de Naciones Unidas (inc. 16) (arts. 22 y concs., C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101).”⁹

En pocas palabras, hizo lugar en su totalidad al pedido y les ordenó a los Estados Provincial y Municipal que garantizaran el debido cumplimiento de los estándares internacionales.

Esta Medida Cautelar fue luego ratificada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, por mayoría de dos contra uno, ante la apelación presentada por la Municipalidad de La Plata. Ya que la Provincia consintió la Medida Cautelar y comenzó a dar cumplimiento de manera inmediata.¹⁰

Como se puede apreciar, en la sede Contenciosa la aplicación de los estándares internacionales se hizo de manera expresa y

9 Causa “FLORENTIN IZQUIERDO LILIANA Y OTROS C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/ PRETENSION RESTABLECIMIENTO O RECONOC. DE DERECHOS - OTROS JUICIOS”. Expediente de Primera Instancia 27.167.

10 Causa “FLORENTIN IZQUIERDO LILIANA Y OTROS C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/ PRETENSION RESTABLECIMIENTO O RECONOC. DE DERECHOS - OTROS JUICIOS”. Expediente de Cámara 14.430.

en todo de acuerdo con un Estado Constitucional y Convencional de Derecho. Hasta la fecha, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo no ha vuelto a resolver en casos de aplicación del artículo 231 bis del CPPBA, por lo que debería tomarse a esta como la jurisprudencia vigente. Pero no ha resuelto la cuestión de fondo respecto de la (in)constitucionalidad de dicho artículo, por lo que esta cuestión sigue estando sin tener una adecuada resolución.

4.- Conclusión:

Luego del pormenorizado análisis de la letra misma del artículo y sus evidentes contradicciones con la normativa fundamental de nuestra Nación, como así también su contradicción con los principios rectores en materia Penal (y la correlativa adecuación de normas idóneas de protección del mismo bien en sede civil) resulta extraño que esta norma siga vigente. Más aún si tenemos en cuenta que también contradice la Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales de Naciones Unidas y sus estándares respecto del Debido Proceso en materia de Desalojos Forzosos de manera flagrante, tanto en su texto como en la práctica por parte de los tribunales platenses.

Sin embargo, el artículo 231 bis del CPPBA continúa siendo aplicado en sede penal¹¹ y la posibilidad de que el Estado incurra en responsabilidad internacional sigue latente. Lamentablemente, la consagración del Estado Constitucional y Convencional de Derecho que se realizó a nivel Nacional en 1994, aún no ha germinado en la Sede Penal de los Tribunales de Provincia. Sigue priorizándose la aplicación de los Códigos (de Rito) por sobre lo establecido en la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos Constitucionalizados.

11 <http://www.eldia.com/la-ciudad/abasto-el-desalojo-fue-con-ex-trema-tension-y-hubo-heridos-y-detenidos-54661>

Tampoco ha habido decisiones definitivas en esta cuestión por parte de la Suprema Corte de la Provincia, que cuando tuvo la posibilidad de decidir rechazó *in limine* la demanda, sin adentrarse en el análisis del fondo y, por ende, manteniendo incólume la constitucionalidad de este problemático artículo. No obstante esta situación, esperamos que el presente trabajo sirva como un ladrillo más que ayude a construir la convicción de la judicatura en pos de la definitiva declaración de inconstitucionalidad de este artículo, que desde nuestra perspectiva es la única interpretación conforme al actual Estado (Constitucional y Convencional) de Derecho vigente en nuestro país.

LEGISLACIÓN



PROPUESTA DE BASES PARA LA DISCUSIÓN DE UN PROYECTO DE LEY QUE REGULE LOS PROCESOS COLECTIVOS ¹

Leandro J. Giannini

Alejandro Pérez Hazaña

Caren Kalafatic

Dante Rusconi

José M. Salgado

Matías A. Sucunza

Matías R. Tau

M. Carlota Ucín

Francisco Verbic

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene una propuesta de bases para colaborar en la discusión y elaboración de una Ley Nacional de Procesos Colectivos para la República Argentina.²

1 En el presente número se publica parcialmente dicho trabajo, cuyo contenido completo está disponible en la página www.palabrasdelderecho.com.ar.

2 La propuesta fue redactada por los autores con motivo de la invitación realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para remitir aportes o sugerencias en el marco de la *Primera Mesa de Trabajo para la elaboración de un Proyecto Normativo que regule los Procesos Colectivos*, celebrada el día 30 de junio de 2016. La iniciativa forma parte del *Programa Justicia 2020* y es encabezada por la Directora del Programa Nacional de Coordinación General de Derecho Privado, Agustina Díaz Cordero, con la coordinación de la señalada Mesa de Trabajo a cargo de Javier Wajtraub y Hernán Calvo. El documento fue enviado el 15/08/16 a todos los participantes de dicha mesa de trabajo y ya está incorporado a la plataforma Justicia 2020 en la sección 3.3 *Civil: Cambios procesales para un mejor servicio de justicia/ Ley de procesos colectivos* (<https://www.justicia2020.gob.ar/foro/topic/ley-de-procesos-colectivos/>).

El estudio de los procesos colectivos ha arribado en nuestro país a un grado de madurez que se distingue claramente respecto del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia. En efecto, desde hace décadas y especialmente a partir de la introducción de la categoría de los “derechos de incidencia colectiva” con la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha desarrollado progresivamente distintos contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de estos mecanismos de procesamiento y enjuiciamiento de conflictos colectivos.

Sin embargo, la legislación sigue manteniendo una tendencia fragmentaria en la materia, que se exhibe especialmente desde dos perspectivas:

(i) Al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunos de sus aspectos controvertidos (típicamente: la enunciación de los sujetos legitimados para accionar colectivamente o la previsión de algunas variantes de regulación de los alcances subjetivos de la cosa juzgada), descuidando otros temas relevantes (vg., la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc.).

(ii) Al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia (por ejemplo, leyes de defensa del consumidor o del medio ambiente; leyes de amparo, etc.), desconociendo así la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los conflictos y procesos colectivos.

La CSJN de Justicia de la Nación (CSJN), en el conocido caso “Halabi” (2009), puso de manifiesto la existencia de un cuadro de “mora legislativa” en la materia al advertir la inexistencia de un cuerpo de reglas fundamentales que permitan dar efica-

cia al citado mandato constitucional, así como aportar certeza y eficiencia al trámite destinado a la resolución de esta clase de conflictos. Como es sabido, en dicho precedente, la Corte consideró que dicha omisión del legislador no podía ser obstáculo para reclamar ante nuestros tribunales la tutela efectiva de derechos de incidencia colectiva, dado que un criterio opuesto importaría invertir el sistema de prelación normativa y reconocer la supremacía del legislador procesal sobre la Constitución misma.

La CSJN entendió que aun en ausencia de reglas explicitadas, los jueces deben encontrar mecanismos adecuados para tramitar y decidir esta clase de pretensiones. Además, indicó en ese mismo fallo cuáles serían algunas de las instituciones a contemplar en cada caso tales como la tipología de casos susceptibles de ser enjuiciados colectivamente, la legitimación, la representatividad adecuada, la notificación a los miembros del grupo, la posibilidad de ejercer el derecho de autoexclusión, la modalidad de definición de la clase, la litispendencia y la relación entre las acciones colectivas y las individuales, la cosa juzgada, etc.

Si bien dicho precedente cumplió un papel fundamental en el desarrollo de las acciones de clase en nuestro país, lo cierto es que no fue suficiente para que los distintos tribunales de las diversas instancias y fueros de todo el país puedan afrontar la multiplicidad de dilemas que enfrentan cuando llega a sus estrados una acción de este tipo. En otros términos, ni el fallo “Halabi” ni la significativa jurisprudencia posterior de la CSJN (o sus reglamentaciones) han remediado los serios inconvenientes que produce la necesidad de tramitar y decidir conflictos atípicos y complejos como son los que tramitan en el marco de procesos colectivos, con estructuras judiciales y reglas procesales que no fueron concebidas ni están preparadas para ello.

A más de siete años del caso “Halabi”, por lo tanto, se renueva y refuerza la necesidad de encontrar reglas adecuadas para afrontar el debate y resolución de esta clase de conflictos.

II. CARACTERES Y FUNDAMENTOS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS. OBJETIVOS DE UNA LEY NACIONAL DE PROCESOS COLECTIVOS

Conocer los caracteres y fundamentos de una institución constituye el necesario puntapié inicial para intentar reglamentarla adecuadamente. Al poner en evidencia sus rasgos más salientes y definir para qué sirve un instrumento procesal, es posible explicitar los principios que guían su diseño normativo, lo que entendemos servirá ulteriormente para interpretar los alcances de sus previsiones.

1) Caracteres

La característica fundamental de los procesos colectivos es su cualidad “representativa”. Suele utilizarse dicha expresión para calificar a los modos de enfrentar la conflictividad plural mediante el reconocimiento de la atribución de una persona pública, privada o entidad intermedia para representar en juicio los intereses de la totalidad del grupo alcanzado por la controversia, sin que sus integrantes le hayan conferido explícitamente autorización o poder para hacerlo.

Esta conocida nota de los procesos colectivos, concentrada en el concepto de la “legitimación colectiva”, pone en juego la necesidad de preservar la garantía del debido proceso de los miembros del grupo involucrados en la contienda, que pueden verse alcanzados por la decisión final del litigio, sin haber tenido oportunidad de ser oídos a título personal, sino sólo a través de la actuación de ese representante.

Por ello, para preservar la eficiencia y constitucionalidad de esta clase de procesos, el régimen procesal debe incorporar a este tipo de pleitos una serie de recaudos que permitan concentrar el debate de las cuestiones comunes de hecho o de derecho comunes al grupo, sin afectar la garantía de defensa en juicio de los

integrantes que no han participado de la litis. Nos referiremos a dichos recaudos más adelante.

Una segunda característica de esta clase de litigios es su complejidad. Dada la multiplicidad de los integrantes del grupo, la extensión territorial de la afectación, la dificultad probatoria que en general acarrearán, los inconvenientes que conlleva la implementación de los mandatos y remedios contenidos en la sentencia definitiva, etc., los procesos colectivos están marcados por especiales problemas de administración en casi todas sus fases. Dichas dificultades deben ser abordadas en la legislación, brindando a los operadores mejores herramientas para obtener decisiones de calidad, útiles y pronunciadas en un plazo razonable.

2) Fundamentos

El elenco de fundamentos de los procesos colectivos puede sintetizarse en cuatro aspectos principales.

En primer lugar, este tipo de acciones tienden a lograr una mayor eficiencia en el sistema de administración de justicia mediante el juzgamiento concentrado de numerosos reclamos similares, evitando así malgastar recursos humanos y materiales para discutir miles de veces las mismas cuestiones frente a los mismo sujetos. Esta aspiración de eficiencia se magnifica cuando la multiplicidad de reclamos por análoga problemática provoca cuadros de litigiosidad masiva que llega a colapsar los fueros e instancias encargados de su juzgamiento, como ha ocurrido en más de una oportunidad en nuestro país.

Asimismo, tienden a facilitar el acceso a la justicia de conflictos que de otro modo quedarían marginados del sistema debido a los conocidos obstáculos materiales (económicos) y personales (sociales y culturales) que impiden el ejercicio efectivo de los derechos por parte de la ciudadanía, tales como el desconocimiento

de los derechos (potenciado cuando se pone en juego la aplicación de marcos normativos o cuadros regulatorios complejos), la falta de acceso a la información por parte de los afectados (agravada en general por la insuficiencia de medios para obtenerla), la relación costo beneficio desfavorable para el accionar individual (excesivo costo que conlleva el remedio, frente a la escasa cuantía del beneficio ulterior), entre otras.

En tercer lugar, gracias a dicha nota de acceso, los procesos colectivos sirven como instrumento de prevención y desaliento de conductas ilícitas masivas al brindar instrumentos adecuados para inhibir, sancionar y reparar las consecuencias de conductas que, de no ser por este tipo de acciones, permanecerían en el anonimato y la impunidad (lo cual, a su turno, estimula su reiteración en el futuro).

Por último, este tipo de procesos genera capacidad para que el sistema de administración de justicia pueda brindar soluciones igualitarias frente a violaciones masivas de derecho, concurriendo con ello también a fortalecer la legitimidad del sistema frente a la sociedad.

3) Objetivos y pautas generales para una Ley de Procesos Colectivos

Teniendo a la vista los caracteres de esta clase de procesos (representatividad, complejidad) y los fundamentos de la institución (eficiencia y economía procesal; acceso a la justicia; prevención y desaliento de conductas ilícitas; soluciones igualitarias a conflictos repetitivos), es posible definir los objetivos generales que entendemos debe perseguir una Ley de Procesos Colectivos.

(i) Lograr un mecanismo de debate flexible que permita la discusión amplia, pública, robusta e informada sobre el conflicto colectivo. Este mecanismo debería incluir el análisis del impacto

social y económico de las decisiones a tomar, una preferencia por la discusión oral, y contemplar la intervención de la mayor cantidad de voces posibles en la discusión.

(ii) A tal fin entendemos fundamental la regulación de audiencias públicas regulares, tanto a los efectos de la determinación de la litis cuanto de la determinación fáctica de los hechos controvertidos, y luego para la determinación del cumplimiento de la sentencia en la fase de ejecución. La participación en éstas debe ser prevista de modo amplio para que puedan tener intervención otras voces. Igualmente, consideramos conveniente que la ley establezca pautas objetivas que definan cuándo convocar, cómo hacerlo, bajo qué condiciones y el deber de que los magistrados tomen en consideración y efectivamente analicen los argumentos conducentes para la resolución del conflicto, sea a fin de tomarlos como elemento de juicio para la decisión o bien descartarlos.

(iii) Reglamentar un mecanismo de procesamiento y resolución de conflictos colectivos de orden transustantivo. Esto es, aplicable con independencia de la materia de fondo sobre la cual verse el conflicto en cuestión. Este tipo de esquema de procesamiento transustantivo no implica negar la existencia de particularidades en función de ciertos sujetos, bienes y conflictos. De ese modo, la ley debería contener un conjunto de reglas generales (comunes a todo proceso) y otras especiales (propias de ciertos sujetos y bienes).

(iv) Estas reglas especiales no sólo tendrían que ver con modulaciones propias del microsistema sustantivo de que se trate (por ejemplo, consumo), sino también con aquellas especificidades procesales (tutelas diferenciadas) que puedan asumir. Por ejemplo, reglas especiales para la ejecución de sentencias en conflictos vinculados con pretensiones que buscan controlar la constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas, o la posibilidad de tolerar en ciertos supuestos la mutación de

la cosa juzgada. Es decir, intentar sancionar una ley que regule adecuadamente los procesos colectivos de manera general y común, incorporando las reglas especiales que sean necesarias para atender las especificidades propias de ciertos conflictos, sea dentro de cada institución o como apartados diferenciados.

(v) Entendemos necesario también poner especial énfasis en la necesidad de garantizar normas específicas que contemplen las necesidades propias de los derechos sociales, de naturaleza eminentemente colectiva, pues su judicialización importa un litigio que procura modificaciones de prácticas y reformas estructurales que en la mayoría de los casos, además, involucra sectores de la población tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos por el Estado.

(vi) Los procesos de reforma estructural deben asumir que habrá dos grandes etapas procesales “necesarias”, una de “juicio” y otra de “ejecución”. Asimismo, esta última debería incluir instancias de seguimiento afines a las desarrolladas en el “experimentalismo” norteamericano.

(vii) Respetar el esquema de reglas existentes (legales, reglamentarias o jurisprudenciales) como un piso de mínima ya que cualquier interpretación o norma que tienda a restringir los estándares de protección existentes incurriría en violación al marco hermenéutico constitucional-convencional, violentando el derecho al acceso a la justicia y debido proceso colectivo (en tanto garantía humana fundamental de cumplimiento efectivo e inmediato por el Estado), el propio margen de aplicación nacional (auto)impuesto y los principios de progresividad, no regresividad, indivisibilidad e interdependencia de derechos, generando responsabilidad internacional.

(viii) Establecer reglas comunes para todo el territorio nacional. Existen distintas razones que justifican ese temperamento, entre las cuales cabe destacar: (i) el alcance y dimensión que los conflictos colectivos suelen suponer; (ii) el correcto procesamiento

de esos conflictos, la reiteración de múltiples procesos en diversas jurisdicciones y la eficacia de una sentencia colectiva; (iii) el respeto por parte de las regulaciones locales de los estándares de mínima que el debido proceso colectivo supone.

(ix) Receptar instrumentos amplios, concretos y efectivos para garantizar el derecho humano de acceso a la justicia colectiva. Eso incluye desde incentivos económicos tales como beneficios de gratuidad o regulaciones especiales en materia de costas u honorarios, hasta la ampliación de la legitimación colectiva por encima de lo dispuesto en el art. 43 de la CN e incluso de las normas reglamentarias con previsiones al respecto (LGA y LDC). Esta legitimación debería pensarse en línea con la instauración del modelo heterogéneo constitucional-convencionalmente consagrado (personas individuales, entidades intermedias y organismos públicos).

(x) Contemplar la posibilidad de que el proceso colectivo sea no solo activo, sino también pasivo y mixto.

(xi) Reconocer la importancia de la intervención del Ministerio Público en este campo, atento las funciones y poderes asignados constitucional y legalmente a dicho organismo.

Consideramos que estos poderes y funciones asumen particular relevancia en el campo de la tutela colectiva ya que el correcto tratamiento y resolución de esta clase de conflictos involucra siempre, aunque más no sea de modo indirecto, un interés general de la sociedad. Para permitir la actuación de esta figura sugerimos establecer un sistema de comunicaciones regulares de los pasos procesales más relevantes del debate, generando así condiciones de posibilidad reales para que, en ejercicio de sus facultades discrecionales, pueda evaluar modalidades de actuación acordes con cada situación en particular.

(xii) Receptar expresamente la noción de derechos individuales homogéneos como especie del género “derechos de incidencia

colectiva” establecida en el art. 43 de la CN, eliminando las restricciones asociadas con la justificación “económica” de las acciones individuales.

(xiii) Reconocer la consolidación de la idea de caso o causa colectiva, en tanto elemento definitorio para la apertura en instancia jurisdiccional de cualquier conflicto de esa naturaleza. Esto supone asumir un cambio de paradigma en el rol del Poder Judicial dentro de la estructura de división de funciones de Estado. Un cambio de paradigma que reclama fuertemente una regulación adecuada en este campo para mantener un equilibrio razonable que permita a la administración y al Poder Legislativo trabajar en sus esferas privativas de actuación, y que al mismo tiempo habilite canales idóneos para que el Poder Judicial cumpla con su deber funcional de tutelar derechos de manera eficaz y eficiente sin avanzar indebidamente sobre aquellas esferas privativas.

(xiv) Analizar la posibilidad y conveniencia de la creación de fueros especializados y establecer la posibilidad de intervención de expertos como auxiliares de la justicia para cumplir distintas funciones que requiera cada discusión en particular.

(xv) Reconocer el poder de los jueces para convertir acciones individuales en un proceso colectivo, aspecto especialmente importante en el campo de la tutela de derechos económicos, sociales y culturales.

Ley 27.260: La seguridad social y el programa de reparación histórica para jubilados y pensionados.

por *Diego Oliveira*.¹

I. Introducción. Seguridad Social y Régimen Previsional.

Podemos convenir en que la Seguridad Social es un sistema integral de protección social dirigido a brindar amparo a personas que sufran contingencias o afronten necesidades a lo largo de su vida.

Esta descripción se completa con otros dos elementos. Por un lado, que el acceso a dicha protección constituye un derecho humano fundamental², por otro, que el mentado sistema supone, como condición esencial, un Estado que afirme su rol estratégico tanto en el diseño y la planificación, como en la fiscalización y la administración de los recursos económicos que lo nutren³, pero también, muy especialmente, en una acción enfocada en promover la ampliación de prestaciones y derechos, para lo que necesariamente requiere un tipo determinado de intervención en la economía.⁴

Dentro del vasto campo de la Seguridad Social, el SIPA -Sistema Integrado Previsional Argentino-, erigido a fines del año

1 Abogado, docente coordinador de la asignatura Derecho de la Seguridad Social, Licenciatura en Relaciones del Trabajo, UNAJ, agosto 2016.

2 Así es considerado en nuestro sistema constitucional (“...carácter integral e irrenunciable”, art. 14 bis, C.N., y en virtud del 75 inc. 22, C.N. en el sistema de protección de derechos humanos, especialmente la DUDH y el PIDESC; ONU, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 19 (El Derecho a la Seguridad Social, art. 9°).

3 El modelo de Bismarck reivindicado como el origen de la Seguridad Social en sentido moderno supuso un rol estatal determinante (Etala, Derecho de la Seguridad Social, 2009, pág. 10).

4 arts. 38, 39 y 40, Constitución Argentina de 1949.

2008 como un régimen público y solidario de reparto, constituye el subsistema más grande e importante. Así puede considerarse no solo en razón del número de beneficiarios sino también en relación a la cantidad de aportantes y contribuyentes.⁵ Atiende, como sabemos, las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Su ley de creación (26.425) dispuso la unificación en un nuevo régimen de lo que era el SIJP -Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241)-, que hasta entonces estaba conformado por dos sub-regímenes, uno público de reparto, cuya incorporación se encontraba notoriamente desalentada por la normativa y por lo tanto llegó a ser minoritario en cantidad de afiliados, y otro privado, de capitalización individual, corporizado en las emblemáticas AFJP, cuyo ingreso por parte de los trabajadores se hallaba ostensiblemente promovida.⁶

Resulta útil recordar que al momento de su presentación -década del 90-, el SIJP fue publicitado como una solución a la mayoría de los “males” que registraba la historia de nuestros sistemas previsionales, entre ellos, la insuficiencia de las prestaciones dinerarias, el desvío y/o desvalorización de los recursos financieros, la creciente laxitud en la determinación de los requisitos para la obtención de los beneficios⁷, sin embargo, en sus quince años de existencia (1994/2008), no hizo más que demostrar su inviabilidad en los hechos concretos, profundizando muchos de los problemas que venía a reparar.

5 contribuciones, aportes, recursos tributarios de diversos orígenes y otros recursos financian el sistema previsional.

6 Hasta la sanción de la ley 26.222 y el decreto 313/07, la falta de opción por parte del trabajador en el plazo estipulado lo remitía a la afiliación compulsiva a una AFJP que resultaba de un sorteo. Con las normas indicadas, se abrió un periodo para ingresar al sistema de reparto y se invirtió el esquema, ante la falta de ejercicio de la opción, el trabajador resultaba afiliado al sistema público.

7 mensaje de elevación del proyecto de ley SIJP (luego ley 24.241; oct.1993).

Especialistas en materia previsional como Elena Mitjans y Sergio Lescano, afirman, en un trabajo de reciente aparición, que de haber continuado aquel sistema, un trabajador con el salario promedio (del momento de publicación, octubre 2015), con una densidad de aportes media, hubiese terminado obteniendo una jubilación vitalicia inferior a la tercera parte de la jubilación mínima de entonces (\$ 4.299,06⁸).

La gravedad de semejante panorama había sido advertida por el Estado cuando en 2008, tiempo antes de la creación del SIPA, se destinaban importantes recursos para que el 77% de los jubilados que cobraban a través de las AFJP no percibiesen una suma por debajo de la establecida para la jubilación mínima.⁹

Más allá de nuestro país, la actualidad nos ofrece un claro ejemplo acerca de la inviabilidad de un sistema previsional basado en mecanismos de capitalización individual, al menos en términos del cumplimiento de los objetivos de la Seguridad Social como política de Estado.¹⁰

8 Por ley 26.417, de movilidad previsional, las prestaciones se incrementan dos veces al año, marzo y septiembre. Las variables que componen la fórmula de aumento reflejan tanto el incremento de los recursos destinados al sistema como las variaciones de los salarios de los trabajadores. Entre el Índice General de Salarios publicado por el INDEC y el RIPTE, publicado por la Secretaría de Seguridad Social del MTESS, se aplica el que asegure resulte mayor aumento de las prestaciones. Desde su puesta en práctica los reajustes anuales fueron los siguientes: 2009: 19,9%; 2010: 26,5%; 2011: 33,3%; 2012: 31%; 2013: 31,8%; 2014: 30,5%; 2015: 33%.

9 Sistema Previsional Argentino. Mitos y Verdades. Elena Mitjans y Sergio Lescano, ediciones Ciccus, 2015.

10 Bernabé Lino Chirinos, Tratado de la Seguridad Social. Edit. La Ley. Guillermo Zuccotti, Seguridad Social, Trabajo Decente y Salarios. Jornada “Las Relaciones Laborales y el desafío de la extensión de la Seguridad Social”, Buenos Aires, 2011.

Nos referimos a los acontecimientos que se desarrollan en estos momentos en la hermana república de Chile, donde un escenario de movilización popular, principalmente de trabajadores y sus organizaciones, alertados por las consecuencias de un sistema implementado en épocas del dictador Augusto Pinochet, que ha comenzado a mostrar sus resultados con prestaciones insuficientes, por debajo de los niveles de subsistencia, viene empujando un fuerte reclamo social en todo el país en torno al planteo de una reforma del sistema previsional de los fondos de pensiones, en dirección a un régimen basado en la solidaridad.^{11 12 13}

Este debate cobra actualidad en nuestro suelo a raíz del viraje sobrevenido en la orientación de las políticas públicas desde fines de 2015 y la intencionalidad de volver a discutir la naturaleza del sistema previsional en Argentina. Ello se vincula con la posibilidad que algunos operadores financieros ven de segmentar la comunidad de aportantes acorde con las capacidades de cotización en función de los ingresos personales.

La idea vuelve a ser la de entonces: los que tengan mayor capacidad de aporte podrían cotizar en un sistema de capi-

11 El sistema chileno paga 1.120.000 prestaciones por vejez, invalidez y supervivencia (pensiones), el monto promedio es del 85% del salario mínimo de los trabajadores en actividad, de este monto el Estado aporta al haber aproximadamente el 7%; diarioUchile, 21-7-16; <http://radio.uchile.cl/2016/07/21/chile-marcha-para-exigir-el-fin-de-las-afp/>

12 <http://www.nomasafp.cl/> ; La movilización popular del 24 de julio del 2016, denominada “**2da Marcha Familiar no+afp**” convocó más de un millón personas en todo el país; <http://cnnchile.com/noticia/2016/08/22/>.

13 Seminario: “para profundizar el análisis y viabilidad de la construcción de un sistema de seguridad social que tenga una base de reparto contributivo solidario tripartito para financiar pensiones suficientes”. 18-8-16, Casa Central Universidad de Chile, Santiago. <http://sintracapchile.cl/tag/sinducap/> ; Sindicato de Trabajadoras de Casa Particularconvocaacacerolearel10-8-16por“pensionesjustas”yNo+AFP.

talización individual con la renovada promesa de recibir retiros más elevados, mientras que los que “carezcan” de esa capacidad contributiva estarían destinados a recibir un ingreso de retiro estatal que más probablemente tenga la nota de un ingreso de supervivencia.¹⁴ Esto alejaría el sistema previsional del paradigma de la solidaridad –social e intergeneracional- que ha inspirado y alimentado la extensión de la Seguridad Social desde sus inicios bajo la figura de los seguros sociales.¹⁵

II. Programa de reparación histórica para jubilados y pensionados y otras cuestiones.

En tal marco, la presentación del denominado “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”, que recibiera sanción del Congreso Nacional, puede resultar -aún acordando con lo justo que en la mayoría de los casos significa tanto el reconocimiento de la deuda previsional como el reajuste de los montos de los haberes por parte del Estado-, un primer paso en el camino de generar las condiciones para que, en el mediano plazo, se presente la necesidad de re-discutir la naturaleza del sistema jubilatorio en nuestro país. Y en esta cuestión cabe colocar en un plano de ajenidad a aquellos adultos mayores beneficiados, que por una razón biológica natural no cuentan con

14 Los que tengan mayor capacidad de aporte cotizaran en un sistema de capitalización individual con la renovada promesa de recibir retiros más elevados y los que carezcan de esa capacidad recibirán un ingreso de retiro estatal que más probablemente tenga la nota de un ingreso de supervivencia. en un medio sobre nuevamente un régimen previsional de capitalización individual. “II Congreso Argentino de Fondos Comunes de Inversión”, Buenos Aires, mayo de 2016, diálogo entre el premio nobel de economía 2011, Thomas J. Sargent y el Presidente del Banco Central, Dr. Federico Sturzenegger. Ver también “Empezó el lobby”, Suplemento Cash, Página 12, 6-6-16.

15 Rosa Elena Bosio, Lineamientos Básicos de Seguridad Social, pag.11, Edit. Advocatus, Córdoba, 2007

tiempo suficiente para “esperar” una eventual recomposición del sistema previsional para así ver incrementados sus ingresos.

Más bien puede figurarse que de la mano de las expectativas generadas en un cierto universo de adultos mayores se promueven, a la par, otras medidas cuyos destinatarios aparecen muy alejados de la condición de beneficiarios del sistema previsional.

Una primera curiosidad que brinda el análisis de la ley 27.260, es que pese a que su título refiere al citado “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”, su contenido normativo destina más de dos terceras partes al tratamiento de cuestiones fiscales y tributarias, entre ellas, el blanqueo de capitales, la rebaja y eliminación de impuestos y la restitución de recursos fiscales a las provincias. Todas estas cuestiones tienen incidencia directa o indirecta sobre el financiamiento del sistema previsional, es decir sobre los recursos cuyo destino final es el pago de las prestaciones. Pareciera que el interés de esta norma no estuvo solamente centrado en el reconocimiento de una deuda estatal para con los jubilados y pensionados sino muy especialmente en favorecer la declaración de recursos que fueran por años ocultados al accionar del fisco.¹⁶

16 El mensaje de elevación sincera la preocupación del PEN por la situación de personas que habiendo por años eludido a la Administración fiscal, frente a la entrada en vigencia, el 1° de enero de 2017, de los Estándares para el Intercambio Automático de Información Financiera en Materia Impositiva de la OCDE, que “*resulta evidente, para un gran número de personas que **mantienen ocultos sus bienes en el exterior** que la posibilidad de detección de sus maniobras de evasión, por parte de las autoridades fiscales, aumentará rápidamente*”. “**El escaso tiempo que resta antes que el estándar sobre intercambio automático de información sobre cuentas financieras comience a operar en numerosos países resultará, en muchos casos, la última oportunidad para aquellos contribuyentes incumplidores para que, voluntariamente, revelen sus bienes y cuentas ocultos en el exterior**”.

Otra materia controversial es la habilitación para la venta de activos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad de ANSES (FGS), que fuera concebido para que los recursos del sistema, convenientemente invertidos, brindaran sustentabilidad al mismo en el mediano y largo plazo.^{17 18}

En un reciente informe producido por el Departamento de Economía Política y Sistema Mundial del Observatorio de Coyuntura Económico y Financiera¹⁹, se sostiene que con estas medidas, el gasto en concepto de previsión social en Argentina pasaría de 10 del PBI a 14,5 %; el problema está en que ello

17 Hasta ahora, el FGS cuenta con activos consistentes en porcentajes de acciones de diversas empresas, entre las más importantes figuran: Banco Macro SA: 31,5 %; Gas Natural BAN: 26,63%; Edenor SA: 26,81%; Siderar SA: 26,03%; Telecom Argentina SA: 24,99%; Transportadora de Gas del Sur SA: 23,11%; Grupo Concesionario del Oeste: 21,56%; Grupo Financiero GaliciaSA: 20,32%; Molinos Río de La Plata SA: 20,04%; Camuzzi Gas Pampeana SA 12,65%; Petrobras Energía SA: 11,85%; Aluar Aluminio Argentino SAIC: 9,35%; Grupo Clarín SA: 9%; Metrovías SA: 8,55%; BBVVA Banco Francés SA: 7,90%; Alto Palermo SA: 1,38%; entre otras.

18 En autos “Fernández Pastor M. A. C/Anses S/Amparo”, de trámite ante el Juz. Fed. de la Seg. Social n°6; el accionante plantea que la declaración de “emergencia en materia de litigiosidad previsional” que declara la ley en su art. 2°, encierra el objetivo de liquidar los activos del FGS, dado que el sistema no presenta déficit y posee un capital de alrededor de 700 mil millones de pesos previstos para garantizar el pago de las prestaciones. En 24-8-16, el Juzgado dictó una medida cautelar suspendiendo por el término de tres meses la posibilidad de que Anses proceda a poner en venta esos activos.

19 Estimación del costo fiscal del proyecto de ley del “Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados”. Documentos de Trabajo N°1, Carla Degliantoni y Alex Kodric, Martín Burgos coordinador, junio 2016. OCEyF del Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini.

resulta sin otra contrapartida de recursos financieros que la venta de activos del Estado y el blanqueo de capitales, por lo que es altamente probable que el aumento del flujo genuino de recursos genere un aumento del déficit del sistema que alterará la sustentabilidad en el mediano plazo.

III. El reconocimiento.

Centrándonos en los puntos que merecen explicación, el reconocimiento que se efectúa opera sobre los dos elementos que articulados son los que dan forma a la prestación previsional: **el haber inicial y la movilidad**. El resultado final de la medida debería ser, para los casos que correspondan, un aumento en el monto del haber que se percibe y la acreencia de una suma de dinero en concepto de deuda, comunmente llamado retroactivo.

Cabe puntualizar que la aplicación sobre aquellos componentes de diferentes índices, a lo largo del tiempo y de diversas Administraciones, en general desfasados respecto a una adecuada actualización, fue lo que llevó a un gran número de jubilados y pensionados a recurrir a acciones judiciales en busca de una correcta percepción de los haberes.

Ahora bien, el universo de personas de incorporación al Programa son: 1) los titulares de un beneficio cuyo **haber inicial** se hubiera calculado conforme el art. 49 de la ley 18.037 y modifs. (Régimen de Jubilaciones y Pensiones para Trabajadores en Relación de Dependencia, t.o. 1976) o los arts. 24, 97 o 98 de la ley 24.241 y modifs. (SIJP, 1994); 2) los titulares de un beneficio adquirido con anterioridad al 1-12-06, cuya **movilidad** se rigiera, hasta el 31-3-95, por el art. 53 de la ley 18.037 y modifs., o por el 38 de la ley 18.038 (Régimen de Jubilaciones y Pensiones para Trabajadores Autónomos), y/o, entre el 1-1-02 al 31-12-06, por el art. 7, inc. 2º, de la ley 24.463 (Solidaridad Previsional, 1995); y 3) los titulares de un beneficio derivado (pensiones) de conformidad a los supuestos anteriores.

Se trata de la inclusión de supuestos de diversa configuración pero asimilables a los casos que fueron resueltos por el poder judicial, entre los que se destacan los autos “Sánchez”, del 17-5-05, donde la CSJN resolvió que la “Convertibilidad” no había derogado la movilidad de los regímenes de las leyes 18.037 y 18.038, por lo que procedía efectuar el reajuste por el INGR; “Badaro”, del 26-11-07, en el marco de la misma normativa, el Tribunal superior declaró la inconstitucionalidad del art. 7º, inc. 2º, de la ley 24.463 y dispuso reajuste del haber desde el 11-1-02 al 31-12-06 por el índice salarial, nivel general, del INDEC; y “Elliff”, del 11-8-09, en el que aplicó análogas consideraciones en relación a un beneficio otorgado bajo el régimen de la ley 24.241.²⁰

Dentro del colectivo señalado, la norma formula, por un lado, un reajuste de los beneficios a partir de la incorporación al Programa y, por otro, un reconocimiento de las retroactividades según los beneficiarios encuadren en algunas de las tres situaciones contempladas, en función del estado de avance de las acciones judiciales que hayan iniciado. Esto incluye a reclamos con sentencia firme, a reclamos con juicio en trámite pero sin sentencia y a personas que no hayan iniciado la acción judicial; todo ello al 30-5-16.

Para la redeterminación del haber inicial, si se trató de un beneficio de la ley 18.037 y modifs., el cálculo del salario promedio se hará utilizando el Índice Nivel General de Remuneraciones (INGR), hasta el 31-3-95 (o fecha anterior por beneficio).

20 Nuevamente, para analizar estos y otros casos, cabe tener presente la separación que corresponde hacer entre la determinación del haber inicial y la movilidad posterior. Es decir, tomando como punto de referencia la fecha de otorgamiento del beneficio, todo lo que se encuentra “atrás” tiene incidencia y relación con la determinación del haber y todo lo que se halla “adelante” se vincula con la movilidad del mismo. Al respecto, los fallos dieron cuenta de diferentes métodos de actualización, conforme la normativa del momento del otorgamiento, a la vez que de los índices de movilidad en los períodos de percepción.

Si se trató de un beneficio de la ley 24.241 y modifs., el cálculo se efectuará con un índice combinado, INGR desde 1-4-91 a 31-3-95, luego RIPTE hasta el 30-6-08, y desde aquí lo previsto en la ley 26.417 (de Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público). En este punto existe un fuerte cuestionamiento a la ley, se afirma que el criterio del índice combinado no se condice con lo decidido en el ámbito judicial, por lo que podría dar lugar a nuevas demandas (en especial el citado caso “Elliff”).

Con relación a la movilidad, se tomará el INGR hasta el 31-3-95 (leyes 18.037, 18.038 y modifs.) y entre 1-1-02 y 31-12-06 el Índice de Salarios, Nivel General, elaborado por el INDEC (art. 7, inc. 2, ley 24.463 y modifs.).

IV. Acuerdos Transaccionales.

La ley establece que los reconocimientos se concretarán mediante lo que llama “acuerdos transaccionales”, a suscribir por las personas incorporadas al Programa y por ANSES. Éstos requerirán homologación judicial, teniendo así efectos de cosa juzgada. Los mismos contendrán la propuesta formulada al beneficiario sobre la redeterminación de su haber inicial, la movilidad de los haberes y el pago de la deuda que se efectuará 50% en efectivo y 50 % en doce cuotas trimestrales.²¹

Con relación a las deudas, la iniciativa prevé lo siguiente: 1) a personas con sentencia firme, se reconocerán las diferencias desde dos (2) años previos a la notificación de la demanda; 2) a

21 El art. 9 de la ley establece que la autoridad de aplicación –ANSES– establecerá un orden de prelación para efectivizar la inclusión de los beneficiarios al programa, así remite a la Circular 10/2016 ANSES que establece prioridades para el procesamiento de las actuaciones con sentencias judiciales, conforme la edad, el monto del haber y la antigüedad del expediente.

personas con juicio pero sin sentencia firme, se le reconocerán también dos (2) años previos a la notificación de la demanda pero con un tope de cuarenta y ocho meses de retroactivo, considerando los meses anteriores a la fecha de aceptación; 3) a personas que no hayan iniciado juicio, solo las diferencias desde la solicitud de ingreso al Programa.

Algunas críticas se han realizado a estas disposiciones de la ley. Una de ellas en cuanto no podría hablarse de transacción en el caso de personas cuyos reclamos contaran con sentencia firme, pues no se trataría de obligaciones dudosas o litigiosas a extinguirse, ni tampoco se vislumbrarían las concesiones recíprocas (art. 1641 CCyCN). Otra tiene que ver con los índices utilizados, toda vez en el caso “Elliff”, la CSJN, ordenó para la actualización del haber inicial la aplicación del ISBIC (índice de salarios básicos de la industria y la construcción), el cual registra un incremento mayor que el RIPTTE (remuneración imponible promedio de trabajadores estables) en el período 2003/2008. Se daría aquí una disminución del valor de la acreencia, con la posibilidad cierta de generar una nueva fase de litigiosidad judicial.

Otro aspecto que ha merecido reparo es la disposición acerca de que los jueces deberán homologar los acuerdos, prescindiendo de la citación a las partes y aún, pareciera, sin hacer uso de su potestad para analizar, por ejemplo, el compromiso con el orden público o con derechos irrenunciables que pudieran estar implicados en los convenios, teniendo en cuenta que si bien se trata de sumas de dinero a percibir, las mismas resultan del ejercicio de derechos que son irrenunciables, personalísimos, inalienables, inembargables, no pueden enajenarse, etc. (art. 1644, CCyCN; art. 14 bis, CN; DUDH, PIDES, OBS 19).²²

²² Esta y otras cuestiones fueron tratadas en la conferencia “Análisis del Programa de Reparación Histórica de Jubilados y Pensionados”, 4 de julio de 2016, UBA, Centro de Graduados. Incluso, se llegó a sostener, en razón de la diferencia en perjuicio de los beneficiarios que

Una última cuestión al respecto, sobre una totalidad de 6.543.975 de beneficiarios del SIPA (5.010.143, jubilados/das - 1.533.832, pensionados/das)²³, los juicios iniciados se hallan en el orden de los 300.000; de ellos, 50.000 tienen sentencia (a diciembre de 2015, ANSES llevaba abonadas 40.000 sentencias, conforme el orden de prioridades establecido), mientras que 250.000 esperan resolución judicial. A todo esto, 1.900.000 jubilados y pensionados no promovieron acciones judiciales. El análisis de las cifras evidencia que sobre el total de beneficiarios, un 4.58 % fueron los que han entablado acciones judiciales. Esto actualiza la pregunta sobre la pertinencia de la disposición de la ley que declara la “emergencia en materia de litigiosidad previsional”²⁴ y nos reafirma nuevamente los temores acerca de la verdadera intencionalidad buscada, a la luz de la importancia que para el sector empresario de nuestro país tienen los activos que hoy, en manos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad, pertenecen a todo el pueblo argentino.²⁵

V. Pensión Universal y Programas de Inclusión Previsional (moratorias).

Un tema puesto de relieve con la presentación de la ley 27.260 es la creación de la llamada Pensión Universal para el Adulto

podrían arrojar la aplicación de la “combinación” de índices del Programa, en disonancia con los propiciados por los últimos fallos, que los letrados debían hacer conocer por escrito estas diferencias a sus representados, a los fines de adelantarse a futuros cuestionamientos fundados en causales de responsabilidad profesional.

23 A diciembre de 2015; Secretaría de Seguridad Social, MTEySS, fte. ANSES.

24 Y no solo la pertinencia sino la constitucionalidad de tal declaración.

25 Conforme el trabajo citado del OCEyF del Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini. Documentos de Trabajo N°1, Carla Degliantoni y Alex Kodric, Martín Burgos coordinador, junio 2016.

Mayor (PUAM), dirigida a personas que habiendo cumplido los 65 años de edad -hombre y mujer- no cuenten con un ingreso previsional por carecer de los requisitos legales de acceso. Se trata de una prestación cuyo monto se ubica en el 80 % de la jubilación mínima del SIPA, y que deviene compatible con la actividad laboral, con el objetivo de que estas personas sigan cotizando para alcanzar —en lo posible— los requisitos de años de servicios con aportes y acceder eventualmente a un beneficio de carácter contributivo.

El mensaje de elevación relataba que en consonancia con la propuesta de la OIT, de impulsar “un piso de protección social” en relación a los Estados partes, la pensión universal constituía un paso más en el objetivo de alcanzar la “pobreza cero” en nuestro país.²⁶

No obstante estas expresiones, en términos de acceso, incorporación y ampliación de derechos vinculados a la Seguridad Social, es inevitable la comparación con las alternativas que ofrecieron las denominadas moratorias (Programas de Inclusión Previsional) mediante las leyes 24.476, modificada por el decreto 1454/05, y 26970 (también la ley 25994, Prestación Previsional Anticipada).

Por el lado de la edad requerida, las moratorias se adecuaban al régimen general, es decir, 60 las mujeres y 65 los hombres; ahora a las mujeres se les incrementa en cinco años la edad requerida. Los beneficios adquiridos con moratorias permiten acumular una pensión derivada del fallecimiento del cónyuge, la nueva PUAM no permite tener otro beneficio. Además, las prestaciones de las moratorias generan derecho a pensión al cónyuge, conviviente, hijos menores o hijos con discapacidad, la PUAM no genera derecho a pensión a los derechohabientes. Cabe agregar que por moratoria se garantizó el monto de la

²⁶ Páginas 9 a 12, mensaje de elevación del PEN, n° 724

jubilación mínima, pudiendo acrecentarse en caso de contar con aportes en los últimos diez años de historia laboral.²⁷

Puede pensarse aquí que esta medida traduce una afectación del principio de progresividad y no regresividad, en tanto el derecho a la Seguridad Social es considerado un derecho humano fundamental (arts. 75, inc. 22, CN; 22, DUDH; 9 PIDESC).²⁸

Asimismo, bajo el prisma de una determinada concepción de políticas públicas, las llamadas moratorias demostraron que de alguna manera el Estado asumía su responsabilidad de, por un lado, haber tolerado la elevación de los índices de trabajo no registrado, que en el año 2001 trepó a una cifra cercana al 50 % de los trabajadores empleados²⁹, lo que fue posible en gran medida por la inacción (desmantelamiento de estructuras) de los organismos estatales encargados de fiscalizar los recursos destinados a la Seguridad Social, es decir, en cierta forma una responsabilidad por omisión; y, por otro, de la sistemática aplicación de políticas económicas que incrementaron en forma alarmante el desempleo en nuestro país, en los años en que esos trabajadores y trabajadoras deberían haber ingresado, por una cuestión etárea, las cotizaciones al sistema.

27 Conforme la comparación efectuada por Nuria Ape, abogada, docente de Derecho de la Seguridad Social UNAJ, clase especial sobre el proyecto de ley, junio 2016, Florencio Varela.

28 Pablo Octavio Cabral, apart. IV El principio de Progresividad y No Regresividad en materia de Derechos Sociales, del art. "Las leyes de Responsabilidad del Estado y de Medidas Cautelares contra el Estado frente al principio de progresividad de los derechos sociales".

Palabras del Derecho. 26-10-14. <http://palabrasdelderecho.blogspot.com.ar/2014/10/las-leyes-de-responsabilidad-del-estado.html>

29 Informalidad Laboral en Argentina. Segmentos críticos y políticas para la formalización. Período 2003-2012. Fabio Bertranou y Luis Casanova. OIT Oficina Argentina.

En este plano también se impone dar cuenta de que, en verdad, el sistema previsional se abastase de recursos que no solamente provienen de las cotizaciones -aportes y contribuciones patronales- sino también de una gama de impuestos de afectación específica sobre los cuales vemos, en los últimos meses, un intento de detracción hacia otros fines.³⁰ Este sostenimiento del sistema previsional por parte de toda la sociedad³¹ habilita legítimamente a abrir el debate acerca del tipo de prestaciones que se suponen socialmente aceptables y del cumplimiento de los principios de universalidad, igualdad y equidad, trascendentes para los objetivos de la Seguridad Social.³²

VI. Los sistemas previsionales provinciales. “Armonización”.

Un aspecto estructural que merece atención en la nueva ley es el título V, destinado a lo que da en llamar “Armonización de Sistemas Previsionales Provinciales”. Bajo esta figura, con la

30 Devolución del 15% de la masa de impuestos coparticipables, reducción del impuesto adicional a los cigarrillos (del 21 al 7 %), reducción y eliminación del impuestos a los bienes personales, devolución del 15% de IVA a diversos beneficiarios, eliminación del componente impositivo del monotributo, empleo joven.

31 Actualmente, el 52,44 % de las erogaciones del Sistema de Seguridad Social provienen de aportes y contribuciones patronales; 21,92 % de impuestos; 25,59 de rentas y otros ingresos. Las fuentes impositivas son tributos que pagan todos los ciudadanos, tengan o no trabajo, lo hagan en forma registrada o informal. Fte. Ley de presupuesto 2016. Ministerio de Economía.

32 “promover a los ciudadanos de una sociedad solidaria; aunar esfuerzos públicos y privados para contribuir a la cobertura de las contingencias sociales; a la promoción del bienestar social; mejorar la calificación profesional y el incremento de los puestos de trabajo para contribuir a una sociedad de pleno empleo; alcanzar dignos niveles de bienestar social para las familias”. PODETTI, Humberto A., Política Social, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

premisa de buscar una compensación de asimetrías entre jurisdicciones que hubiesen transferido sus regímenes previsionales y las que no, en relación al régimen nacional, e intentar colocar en igualdad a todas las provincias, se brinda al Estado Nacional una llave que podrá ser utilizada para la implementación de políticas centralistas que indudablemente afectaran los sistemas locales, cuya conformación encuentra anclaje en experiencias sociales singulares, instituciones y principios del derecho público local. Algo que ya sucedió en la década del '90 y años posteriores, cuando muchas provincias en el marco de los procesos económicos de ajuste estructural se vieron obligadas a transferir sus regímenes.^{33 34}

En el fondo, lo que sigue estando en juego es la relación conflictiva entre la Nación y las provincias en torno al reconocimiento de los recursos coparticipables hacia aquellas jurisdicciones.

VII. Final.

Como corolario, cabe señalar que entre las modificaciones impuestas por el Congreso de la Nación al proyecto original girado por el Poder Ejecutivo, se destacan la posibilidad de que continúen vigentes las moratorias para algunos supuestos, tanto en mujeres como en hombres y, respecto del Consejo de Sustentabilidad creado para la elaboración de un proyecto de ley

33 Once provincias argentinas se vieron obligadas a transferir a la órbita nacional sus regímenes previsionales destinados al empleo público local: Ciudad de Buenos Aires, Tucumán, Catamarca, Jujuy, Salta, La Rioja, Mendoza, San Luis, San Juan, Río Negro y Santiago del Estero. Mantuvieron sus sistemas locales: Buenos Aires, Chaco, Corrientes, Córdoba, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe, Chubut, Neuquén y Tierra del Fuego.

34 “La Nación no puede de forma unilateral exigir un proceso de armonización a ninguna de las trece (13) provincias que optaron por no transferir sus cajas”. 6-10-15, Diego Bossio, titular de ANSES, El Sureño, Tierra del Fuego.

para un nuevo régimen previsional, la manda de que tal proyecto será bajo la premisa de un régimen universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto. Los términos “**público**” y “**de reparto**” no eran de la partida.

Corresponderá a otro momento transitar demás aspectos de esta reforma que por su complejidad y consecuencias no es posible hacerlo en una sola oportunidad.

Sin embargo, nos queda aquí una pregunta: ¿las medidas propuestas están ligadas a una política general de reparación de injusticias, de atenuación de las desigualdades sociales, entendidas en un sentido de reconocimiento de derechos, o se trataría de políticas direccionadas a compensar módicamente los efectos de procesos de ajuste?

Hasta entonces.

Fortalezas de la Ley 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena como herramienta de transformación agraria.

por *Marcela Adriana De Luca*

Las políticas aperturistas-neoliberales del período 1976-2002 consolidaron la hegemonía del modelo de los agronegocios en la estructura agraria argentina, generando múltiples impactos negativos¹ que se convirtieron en disparadores de debates

1 La evolución del sector agrario en Argentina durante el período 1990-98 en términos tecnológicos, productivos y de exportaciones fue excepcional; resultando ser uno de los más dinámicos de la economía, con tasas ininterrumpidas de crecimiento lo que permitió mantener el aporte del sector primario y agroindustrial en torno al 30% del PBI (Latuada y Neiman. 2005:27). Al mismo tiempo, se verificaban procesos tales como: a) Expansión de la frontera agrícola aprovechando tierras marginales mediante el uso de la tecnología y en detrimento de otras actividades productivas, como la ganadería y sus actividades vinculadas y las de las economías regionales; b) Tendencia al monocultivo de oleaginosas (soja RR + glifosato + SD, trigo, maíz y girasol) destinadas a la exportación, promovido por los altos precios internacionales de estos commodities; c) Desaparición acelerada de unidades productivas, principalmente pequeñas y medianas; d) Expulsión de pequeños y medianos productores; e) Irrupción de grupos de inversión, como los pools de siembra, que conciben a la actividad como un negocio; f) Desarrollo tecnológico y biotecnológico solo accesible a quienes tuvieran el capital suficiente; g) Profesionalización de las cadenas productivas; h) Reducción de puestos de trabajo; i) “Agricultura sin agricultores”; j) concentración de la tenencia de la tierra y demás factores de producción, mayoritariamente a manos de grandes productores, transnacionales y grupos económicos monopólicos y diversificados; k) Concentración de las redes de comercialización, principalmente destinadas a la exportación; l) Extranjerización de la tierra; ll) Desconexión entre la actividad agraria y la vida socioeconómica local; m) Procesos de “desterritorialización” (Schneider y Peyré Tartaruga. 2006: 5); n)

nodales hacia el interior del derecho en general y del subsistema agrario, en particular².

La acción colectiva de los expulsados por el sistema –movimientos sociales y organizaciones de la agricultura familiar, campesinos y pueblos originarios – viene motorizando la implementación de políticas públicas inclusivas. Sin embargo; los programas y medidas desarrollados en los últimos años desde diversas agencias estatales, sobre todo después de la crisis del 2001, no han conseguido equilibrar la disparidad de fuerzas en este conflicto de intereses ni desplazar aquella hegemonía,

Desde estos sectores crece el reclamo por la implementación de una reforma agraria, la que nunca tuvo lugar en la Argentina como sí en otros países latinoamericanos (Martín, Gómez y Teubal. 2007:1)³.

Despoblamiento del sector rural; o) Retracción de Estado. Supresión de los principales organismos que en los 50 años anteriores habían diseñado las políticas públicas del sector.

2 Algunos ejes centrales de esas discusiones son la función social de la tierra y el acceso a ella por parte de quienes la trabajan, la concentración y extranjerización de los medios de producción y del conocimiento, la redistribución de la renta agraria diferencial, el abastecimiento del mercado interno, los daños al ambiente y a la salud humana provocados por esta forma de producción, entre otros

3 Técnicamente se alude a ella como “...la modificación de las instituciones jurídicas mediante leyes y reglamentos y la implantación de una organización administrativa y judicial agraria que permita crear una estructura jurídica capaz de regular y garantizar de manera adecuada la división racional de la tierra, las mejores formas de tenencia de la misma y asegurar la asistencia técnica, social y económica a los agricultores por medio de los servicios públicos correspondientes, a fin de lograr la protección jurídica de los recursos naturales, de la producción agropecuaria y del bienestar de la comunidad rural..” (Vivanco. 1967:156)

Esta modalidad de política agraria conlleva a la introducción de cambios radicales en la estructura jurídica, social y económica de un país; de forma drástica y contundente procurando resultados en un corto plazo.

Un escalón intermedio entre ella y la continuidad del orden dominante signado por desequilibrios estructurales, lo constituye la denominada política de transformación, a saber: la que se aplica por medio de ciertos cambios de tipo social, jurídico y/o económico (incluidos los técnicos) con la finalidad de corregir deficiencias de diversa índole que, aunque no llegan a paralizar la actividad agraria o el libre desenvolvimiento de la comunidad rural, constituyen obstáculos para el desarrollo (Vivanco. 1967:80). Claro está que tal emprendimiento amerita definir previamente qué entendemos por desarrollo y, con ello, qué modelo se adopta.

Ambas modalidades son impracticables a) sin la voluntad política de todos los poderes del estado en los niveles nacional, provincial y municipal, que la enarbolan como verdadera política de estado; y b) sin la concientización de la sociedad en su conjunto para adoptarla y sostenerla en el tiempo.

En este contexto fáctico y teórico, ve la luz la ley que analizamos. Acorde con las problemáticas que contempla, constituye un subsistema legal complejo, con densidad y abarcativo de múltiples temáticas e interrelaciones. En nuestra opinión los cambios que propugna se identifican con lo que hemos descripto más arriba como transformación agraria. Por lo que acotaremos nuestro análisis a aquellos puntos e instituciones que entendemos pueden contribuir con la puesta en marcha de un proceso en ese sentido.

1.- Primera fortaleza: Es una ley gestada desde abajo hacia arriba, desde las necesidades buscando la concreción de derechos

Como ya adelantamos; un balance integral de la estructura agraria argentina permite verificar la hegemonía material, simbólica

e ideológica de un nuevo paradigma: el *agribusiness*; desplazando al de la agricultura familiar en un proceso de *ruralidad globalizada* (Gras y Hernández. 2009:14).

Tal hegemonía no sólo tiene como escenario al mercado, involucrando todos los eslabones de la cadena productiva. Los grandes intereses en juego, representados por empresas transnacionales y grupos concentrados locales, han permitido a los propaladores del modelo instalarlo como agenda dominante en los ámbitos académicos, científicos y mediáticos⁴.

Frente a ello, ha habido núcleos de resistencia y diseño de estrategias alternativas desde donde en la actualidad se pugna por abrir espacios contrahegemónicos de producción consustanciados con un mejor vivir (de Souza Santos. 2011: 49). Esfuerzos que en algunos casos alcanzaron la implementación de políticas públicas identificadas con ese objetivo y con un modelo de desarrollo con inclusión⁵.

4 Hay algunas universidades del país que tienen una marcada línea *pro-agronegocios* y así forman a sus alumnos, futuros profesionales. En igual sentido, un estudio realizado por el Observatorio de Medios de la Agencia Periodística del Mercosur, que relevó la presencia de la agricultura familiar y de la agricultura industrial en cuatro grandes medios nacionales durante el mes de octubre de 2006; da cuenta de cómo cada uno de los medios monitoreados despliega su aparato propagandístico en función de universalizar el modelo de producción hegemónico impulsado por las multinacionales y el agronegocio, instalándolo en la conciencia de los productores como un *sentido común* hegemónico, como algo que no podría ser de otra manera (Informe 2006:39-40).

5 En un contexto amplio, tenemos en cuenta: 2004, sistema de arbitraje para fijar el precio de la materia prima de yerba mate (Res. SAGPyA Nro. 91/2004); 2005 ley 26.060 plan de desarrollo sustentable y fomento de la producción algodonera; 2006 ley 26.141 para la recuperación, fomento y desarrollo de la actividad caprina; 2007 creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva; 2008 leyes 26.355 de Marcas Colectivas para los efectores de la economía social y

Como parte de estos procesos, en diciembre de 2004 se formó el Foro Nacional de la Agricultura Familiar (FONAF), colectivo que reúne a más de 1.000 organizaciones de todo el país. Se trata de un espacio formal de discusión y concertación en torno al desarrollo rural, la agricultura familiar y los pueblos originarios; legitimado por la resolución 132/06 de la entonces Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (SAGPyA); desde dónde las organizaciones interactúan con los funcionarios de las áreas competentes⁶.

ley 26.421 programa RAICES para la repatriación de científicos; 2009 creación del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca (MAGyP); 2011, ley 26.727 nuevo régimen de trabajo agrario y 26.737 Régimen de Protección del dominio nacional sobre la propiedad, posesión y tenencia de las tierras rurales, entre otras. Más específicamente: 2009 creación de la Subsecretaría de Desarrollo y Agricultura Familiar en la órbita del MAGyP, luego elevada a Secretaría. Desde ella y otras agencias (Ministerio de Desarrollo Social, INTA) se desplegaron programas en beneficio del sector de la agricultura familiar, como: creación del Registro Nacional de la Agricultura Familiar (RENAF) que ya había sido institucionalizado en 2007; del Registro Nacional de Organizaciones de la Agricultura Familiar (RENOAF) en el 2010; la creación del Centro de Investigación para la Pequeña Agricultura Familiar (CIPAF) dentro del INTA, el Monotributo Social Agropecuario para la Agricultura Familiar (2010), para aquellos en mayores condiciones de vulnerabilidad; el fomento de Ferias Locales y Mercados Populares; el Fondo de Apoyo a la Comercialización entre Ferias de la Agricultura Familiar (FACOMAF); entre otros.

6 Funciona con una Mesa Nacional (2 delegados por provincia y 2 de Pueblos Originarios), una Mesa Ejecutiva (2 delegados por región y 1 de Pueblos Originarios). A partir del FONAF se dio origen institucional a la Federación de Organizaciones Nucleadas de la Agricultura Familiar, entidad de segundo grado que obtuvo personería jurídica en 2011 y que nuclea a más de 400 organizaciones de base. Información disponible en <http://www.fonaf.org.ar/index.php/demo-layouts/boton-fonaf>. Última consulta 12/09/2016.

Desde el seno de sus debates y principalmente luego del homicidio en 2011 del joven militante Cristian Ferreyra del Movimiento Campesino de Santiago del Estero (MO-CASE)⁷, se comenzó a trabajar activamente para la elaboración consensuada y federal de un proyecto de ley que devolviera la dignidad a los agricultores familiares. Proyecto que, finalmente, se sancionó el 17/12/2014 con el número 27.118 llamada “Ley de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar para la construcción de una Nueva Ruralidad en la Argentina”, siendo promulgada el 20/01/2015.

Se trata de una ley que ha sido debatida en los distintos espacios regionales del FONAF, donde sus destinatarios han podido alzar la voz, expresar sus necesidades y opiniones. Y, por sobre todas las cosas, participar desde sus experiencias de vida en la construcción de este producto cultural/herramienta legal. Ello refuerza su legitimidad en cuanto tal y los ha comprometido desde entonces a impulsar su cumplimiento, hoy virtualmente frenado por la falta de reglamentación y de asignación de recursos presupuestarios⁸.

7 Noticia disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-181517-2011-11-18.html>.

8 El 29/06/2016 se produjo la primera reunión del Consejo de la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena (CAFCEI) creado por la ley. Con la participación de funcionarios del poder ejecutivo y - representantes de los productores {entre otros, Federación Agraria Argentina (FAA), el Movimiento Agroecológico de América Latina y el Caribe (MAELA), la Asamblea Campesina e Indígena del Norte Argentino (ACINA), el Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (ENTOPO), el Movimiento Campesino de Liberación (MCL), la Asociación de Mujeres Rurales Argentina Federal (AMRAF), el Movimiento Nacional Campesino Indígena (MNCI), la Organización de las Naciones y Pueblos Indígenas en Argentina (ONPIA), la Unión Argentina de Pescadores Artesanales (UAPA), el Frente Nacional Campesino (FNC), Frente Rural de La Cámpora y Frente Agrario Evita

Valoramos este proceso legisferante participativo pues, como sostiene de Souza Santos (2011:35), “...*el carácter colectivo del desarrollo de abajo hacia arriba genera un proceso de construcción de poder comunitario que puede crear el potencial para que los efectos de las iniciativas económicas populares alcancen la esfera política y generen un círculo virtuoso que haga frente a las causas estructurales de la marginación...*”.

2. Segunda Fortaleza: La Agricultura Familiar, Campesina e Indígena (AFCI) como Política de Estado.

Dejando a salvo aquellos supuestos en materia ambiental en los que resulta procedente la fijación de presupuestos mínimos (CN 41), el límite a la competencia legislativa nacional se encuentra en la reserva que las provincias preexistentes han hecho para sí del dominio originario o eminente sobre los recursos naturales existentes en su territorio (CN 124) y en el ejercicio del poder de policía. Atribuciones que comprenden, en el primer supuesto, la facultad regulatoria en relación con el uso y aprovechamiento de sus recursos, la de imponer tributos a su respecto y la facultad jurisdiccional; en el marco más amplio, la del segundo supuesto, de imponer límites y restricciones a los particulares teniendo en mira el bien común.

Cuando desde el legislativo nacional se cree necesario legislar uniformemente para todo el territorio sobre materias que involucran facultades “concurrentes con” o “exclusivas de” las provincias, se recurre al mecanismo de “adhesión”, debiendo cada provincia dictar una ley especial para que tales preceptos tengan vigencia en sus territorios. Es el caso del cuerpo legal que analizamos que así lo prescribe en su art. 8°.

(FAE)}, en la actualidad se está debatiendo el proyecto de reglamentación. Ver <http://infocampo.com.ar/nota/campo/80518/debaten-la-reglamentacion-de-una-ley-de-reparacion-historica-en-agricultura-familiar>. Última consulta 12/09/2016.

En nuestra opinión, expuesta para ser debatida, este mecanismo de inserción en el sistema jurídico federal formal no obsta a afirmar que, por su relevancia estratégica, algunos de sus preceptos tienen vigencia en todo el territorio nacional, aunque los estados provinciales no adhieran a ella. Entre ellos contamos:

- La declaración de **interés público** (art. 1)
- La instrumentación de un programa específico para la **regulación dominial** de tierras (art. 18)
- La **suspensión** por tres (3) años de toda ejecución de sentencia y actos procesales o de hecho que conlleven el **desalojo** de agricultores familiares en los términos del art. 19 de la ley.

El art. 1^a declara “...de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena por su contribución a la seguridad y soberanía alimentaria del pueblo, por practicar y promover sistemas de vida y de producción que preserven la biodiversidad y procesos sostenibles de transformación productiva...”.

Una lectura rápida podría desviar nuestra atención y llevarnos a pensar que se trata de una frase retórica, propia de la solemnidad del comienzo. Sin embargo, creemos que su inclusión amerita un análisis más profundo, integrado al conjunto del sistema normativo, que nos permita definir cuáles son sus consecuencias jurídicas.

Con ella se deja en claro que con la sanción de la ley se ha tomado un conjunto de decisiones políticas. Pero ¿con qué alcances?

Como reflexiona Silva Tamayo (2011), el “interés público” es un principio político de organización estatal y un concepto cuya delimitación jurídica corresponde al legislador. A él, investido de la legitimidad que le confiere la representatividad popular dentro del republicanismo democrático, le compete definir -dentro del marco constitucional- la idea de interés público que el Estado persigue en un momento dado.

En el caso de la declaración que nos ocupa, entendemos que introduce un mandato fundado en principios y valores que deben ser atendidos por todas las autoridades de los distintos niveles de gobierno, así como conocidos y respetados por el conjunto de la sociedad.

Su legitimidad deviene de la sanción por parte de ambas cámaras del Congreso Nacional, en donde se encuentran representados el Pueblo y, fundamentalmente, los estados provinciales. Con ella, el Estado Argentino deja sentado que **la agricultura familiar, campesina e indígena es una política de estado**, que debe ser sujeto y objeto de políticas públicas destinadas a protegerla, promoverla y, más aún, a repararla, como lo sostienen el título y el artículo segundo de la ley. Ese es el compromiso y la responsabilidad.

Las facultades que la Constitución Nacional prevé para el legislativo nacional, lo habilitan a decidir estratégica y equitativamente, dentro de un marco de razonabilidad, qué políticas de estado deben extenderse a todo el conjunto de la sociedad. A definir qué es lo prioritario, lo que merece atención y/o reguación en un momento determinado. En otras palabras, decide “qué” no puede ser desprotegido.

Tratándose de una problemática compleja; la ley diseña una regulación de referencia, un marco instrumental que considera el más adecuado para el momento de su sanción. Un mapa de herramientas posibles que, como señalamos más arriba, se construyó desde el debate, el trabajo, la militancia y el consenso con las organizaciones de todo el país. Las provincias pueden adoptarlo y adecuarlo a su propia realidad y necesidades, promoviendo su adhesión. También, pueden pensar otros instrumentos nuevos y diversos, o modificar normas y formas de gestión ya existentes. Pero lo que no pueden hacer, a nuestro criterio, es desatender este mandato de protección que alcanza a todos los agricultores familiares del país. De otra forma, se es-

taría vulnerando el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Nacional (art. 16) y su correlato en los Pactos sobre Derechos Humanos.

En tal sentido, las atribuciones del Congreso Nacional que lo habilitan a dar a la AFCEI el rango de política de estado surgen, entre otras, de: el inciso 17 del art. 75 (CN) que lo obliga a garantizar los derechos de los pueblos originarios (identidad, educación bilingüe e intercultural, posesión y propiedad comunitarias, participación en la gestión de los recursos naturales en su territorio). Del inciso 18 consagradorio de la cláusula de la prosperidad, el adelanto y bienestar de todas las provincias. Del inciso 19 que le otorga la facultad/deber de proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional y a la generación de empleo. También por su obligación a proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; a promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. A sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna. Finalmente, la responsabilidad en dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural.

Todos estos objetivos políticos están comprometidos y desarrollados en la ley que estamos analizando.

Dicho esto, resulta necesario reflexionar sobre los efectos que esta declaración de interés público tiene en el ámbito de los derechos de los destinatarios de la norma, vivan donde vivan, pertenezcan a la jurisdicción que pertenezcan; en punto a exi-

girles a sus autoridades que asuman sus objetivos e instrumenten las medidas necesarias para su consecución.

Ese es el motivo por el cual la ley proclama y diseña un “Régimen de Reparación Histórica”. Reparación por los procesos de exterminio y despojo que sufrieron y sufren nuestros pueblos originarios. Por la exclusión, desvalorización e invisibilización de las que fueron víctimas los agricultores familiares, campesinos e indígenas a partir de los modelos políticoeconómicos imperantes en distintos momentos de nuestra historia. Por la ausencia deliberada de un Estado que actuara firmemente equilibrando la balanza y no permitiera que el patrón de acumulación basado en la valorización financiera (Basualdo 2011) y la especulación ganaran suficiente hegemonía en el sector como para impedir hasta su subsistencia. Reparación histórica por una sociedad en gran parte seducida por una cultura individualista, egoísta, consumista y con vocación cortoplacista, que fue y es indiferente a las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica en las que se encuentran aún muchos conciudadanos, entre ellos las familias agricultoras campesinas e indígenas.

No se trata meramente de un régimen de promoción o de fomento sino que sienta las pautas para la planificación de un modelo de desarrollo y de país al que se aspira.

Esta declaración nos está diciendo que no da lo mismo que subsista o no el sistema de vida que importa la agricultura familiar. Va más allá, al establecer expresamente que las y los agricultores familiares, campesinas/os e indígenas han de ser valorizados y protegidos como sujetos esenciales de un sistema productivo ligado a la radicación de la familia en el ámbito rural (art.2).

Si la AFCI es política de estado; los productores no han de mendigar ante las agencias estatales por un favor o un reconocimiento. Tampoco ante los jueces para que, en caso de conflictos en

torno a su permanencia en las tierras en donde desarrollan su sistema de vida y producción, les sean respetados sus derechos.

La declaración de interés público constituye un principio más que relevante para que, ante la ausencia de normativa local, esa laguna sea atendida recurriendo a los tratados de derechos humanos en los que nuestro país es parte, a leyes análogas, a los usos y costumbres y a los principios y valores del ordenamiento jurídico en su conjunto; conforme las pautas establecidas en el nuevo Código Civil y Comercial y que serán objeto de análisis en el apartado 3. Sin dudar, esta Ley 27.118 es la más específica, si de analogía se trata, a la que se puede recurrir. Con lo cual entendemos que los derechos de las y los agricultoras/es familiares, campesinas/os e indígenas en ella declarados no pueden ser conculcados ante el silencio de la autoridad legislativa local.

De otro lado, el art. 18 de la ley instruye al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca (hoy Ministerio de Agroindustria) para que realice un programa específico y permanente para el relevamiento, análisis y abordaje integral de la situación dominial de tierras de la AFCE.

Con ese objetivo prevé la constitución de una Comisión Nacional Permanente de Regularización Dominial de la Tierra Rural. Se trata de un organismo compuesto por aquel Ministerio, el Registro Nacional de Tierras Rurales —en funcionamiento desde 2012, creado a instancias de la Ley 26.737 de protección del dominio nacional ante el proceso de extranjerización—, la Secretaría Nacional de Acceso al Hábitat, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y el INTA.

A fin de facilitar el acceso a las tramitaciones pertinentes, su simplificación y gratuidad o al menor costo posible, el Estado se compromete a convocar mediante convenios y acuerdos, a la Federación de Abogados y al Consejo Federal del Notariado Argentino.

Con igual objetivo, el de dar seguridad jurídica a los agricultores familiares, campesinos e indígenas respecto de la efectiva tenencia y dominio de las tierras que son la base de su forma de vida y producción; el art. 19 ordena la suspensión por tres años de toda ejecución de sentencia y actos procesales o de hecho que tengan por objeto el desalojo de los agricultores familiares que al momento de entrada en vigencia de la ley, hayan estado en condiciones de usucapir las tierras rurales que poseen.

Al respecto, se da una situación paradójica en relación con los pueblos originarios, que ya tienen asegurado este derecho. La ley 26.160 de 2006 al establecer la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan (con el requisito que su personería jurídica sea preexistente o se inscriba en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente); también suspende por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo primero (art. 2).

Sostenemos que; estas últimas disposiciones a las que hemos hecho referencia, intrínsecamente unidas a la declaración de interés público del art. 1, también tienen aplicación en todo el territorio nacional. Ello, ni más ni menos, por aplicación del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la CN y normas concordantes de los pactos de derechos humanos. Es justo y lógico que todos aquellos que se encuentren en esta situación, vivan donde vivan, gocen del mismo derecho. Por lo demás, también la materia de que se trata, por estar vinculada con el derecho de dominio y su reglamentación, forma parte del contenido de la legislación de fondo y por ello alcanzada por las facultades del Poder Legislativo Nacional que emergen del art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Finalmente, esta regla está en sintonía con la “ética de los vulnerables” que el nuevo CCC instala como parte de sus aspectos valorativos.

3. Tercera Fortaleza: De los Principios y Valores contemplados en la ley y su relación con el nuevo paradigma interpretativo del Código Civil y Comercial

En todo cuerpo normativo existe un catálogo de principios y valores, explícitos o implícitos en la trama de sus reglas. Principios y valores que, además, interactúan, se interrelacionan e interpelean mutuamente con los contenidos en otras reglas.

Si bien su importancia ha sido reconocida por alguna doctrina y alguna jurisprudencia, el nuevo Código Civil y Comercial consagra finalmente la relevancia de aquéllos a la hora de interpretar las leyes y, más importante aún, a la de resolver los conflictos que no es otra cosa que intentar acercar la equidad y la justicia a la vida de los justiciables.

El nuevo código desafía a los operadores jurídicos a practicar una forma sistemática e integral de interpretación. Todo precepto legal debe ser comprendido y entendido en diálogo permanente con las reglas constitucionales y las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos. También con los “principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (CCC art. 2).

Nos parece ampliamente significativo este cambio de los “principios generales del derecho” que proponía el código anterior, por la mención actual a principios y valores emergentes del sistema jurídico en su conjunto, con anclaje último en el marco constitucional y los pactos sobre derechos humanos. Ya no se trata entonces de recurrir dogmáticamente a las teorizaciones abstractas tan comunes en nuestra tradición jurídica; sino de acudir a principios y valores sustanciales, medulares y concretos que deben rastrearse por todo el ordenamiento jurídico; dejando de lado las especializaciones ciegas, los compartimentos estancos y mirando al sistema jurídico como un todo complejo, entretrejado de redes y vasos comunicantes.

Coherente con esta nueva mirada, al estipular cómo deben actuar los jueces en los casos que sean sometidos a su jurisdicción, los convoca a resolver mediante una decisión “razonablemente fundada” (CCC art. 3). Ya no han de ser jueces lógicos que subsuman los hechos dentro de un ropaje jurídico que les sienta mediante la aplicación de un silogismo. Atribuyéndoles mayor discrecionalidad, el juez pensado por el nuevo código no es aquél que mecánicamente aplica el “talle más adecuado” para su caso. Claro que debe buscarlo. Pero si no lo encuentra, vigente el deber de resolver, debe recurrir a las fuentes del derecho del artículo primero del CCC guiado por las reglas de interpretación del artículo segundo.

Las tres reglas del CCC - las de los artículos 1, 2 y 3- constituyen un subsistema coherente. Enfrentados a un caso concreto, los jueces y operadores jurídicos en general deben recurrir en primer término a la ley que resulte aplicable – el “talle más adecuado”-, pero siempre iluminada por y conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos suscritos por nuestro país. Pero además, en esta búsqueda, ya no deben bucear para descubrir la “voluntad del legislador”, pretérita y de difícil reconstrucción. La guía han de encontrarla en la “finalidad de la norma” (CCC art 1), lo cual supone un análisis de racionalidad teleológica y axiológica (Atienza. 1993), un tanto ausente en nuestros abordajes epistemológicos más tendientes a la memorización y repetición, despegados de contextos, fines y valores. Por ello decimos que estamos frente a un desafío, interesante y superador: el de conocer y debatir acerca de la finalidad de las leyes, sus objetivos, los valores que defienden sus prescripciones, los conflictos de intereses en juego que ponen sobre la mesa y la decisión política que adopta el legislador para dirimir ese conflicto.

Desde este lugar, exponemos a continuación los que, a nuestro criterio, son los aportes/principios más relevantes de la ley 27.118 a este esquema de interpretación sistemática.

3.1. La concepción **de la tierra como un bien social**, concatenada a la necesidad de crear mecanismos equitativos de acceso a la misma.

Dice el art. 15 de la ley *“Acceso a la tierra. La autoridad de aplicación articulará con los organismos competentes del Poder Ejecutivo Nacional y las provincias para el acceso a la tierra para la agricultura familiar, campesina e indígena, considerando la tierra como un bien social”*

Mucho puede decirse sobre el particular. Por razones de extensión, sintetizaremos las consideraciones que a nuestro criterio no pueden faltar.

La primera, es que esta fórmula encierra una de las decisiones políticas y la conquista más relevante para el sector y los movimientos sociales y organizaciones que han venido luchando por la sanción de la ley y su efectiva implementación.

¿Por qué? Una de las respuestas nos remite al éxodo rural y a la expulsión de pequeños y medianos productores producto de la aludida hegemonía del modelo de los agronegocios. Según el diagnóstico obrante en los fundamentos del proyecto de ley practicado por el FONAF, para la agricultura familiar se perdieron más de 130.000 explotaciones agropecuarias, concentrándose la propiedad de la tierra con pérdida de diversidad productiva y extranjerización de su propiedad.

Aún así, en el año 2002 las Entidades Agropecuarias Productivas (EAPs) de pequeños productores alcanzaban un número de 218.868, ocupando una superficie de 23.519.642 ha., representando el 65,6% del total de las explotaciones del país. Sin embargo ese universo de productores sobrevivientes al desastre neoliberal, detentaban solamente el 13,5% de la superficie total en explotación (Fundamentos. 2014: 18).

En un relevamiento realizado en 2011 por iniciativa de la Secretaría de Agricultura Familiar, se sostiene que “...la soberanía alimentaria no es posible de ser lograda si no tenemos una política ofensiva de la tierra y del agua. La recuperación del territorio rural y su consecuente poblamiento efectivo son condiciones necesarias para dicha meta. Desgraciadamente, es habitual que nos enteremos diariamente de nuevos conflictos violentos que muchas veces terminan con la muerte de compañeros productores. Los desalojos y el desarraigo de las familias productoras tienen como resultado una urbanización no planificada que resulta indigna para nuestros conciudadanos. Es decir, no se trata sólo de resolver el problema de los 250.000 campesinos que habitan hoy en el campo, ni alcanza con titular la tierra que reclaman, sino que se trata de pensar en una fuerte política de colonización y vuelta al campo. Ningún país que defiende su soberanía puede abandonar su territorio. Hoy contamos con 250.000, y el desafío es llegar al millón de campesinos...” (Bidaseca. 2013:4)

Uno de los pilares para llevar a cabo esta política de estado necesita de la concepción de la tierra como un bien social, en contraposición a una visión meramente rentística o especulativa. Así, se recoge la mejor tradición legislativa de nuestros procesos históricos de colonización y la Constitución de 1949. La mayor parte de las constituciones latinoamericanas cuentan en la actualidad con principios vertebrales como el arriba mencionado, siendo las más avanzadas en cuanto a profundización y operatividad las recientes Constituciones de la República Bolivariana de Venezuela (1999), de la República del Ecuador (2008) y la del Estado Plurinacional de Bolivia (2009). Nuestra Constitución, pese a haber sido reformada en 1994, no lo incluye expresamente. Su artículo 17 aún mantiene el precepto liberal de declarar la inviolabilidad de la propiedad privada. Sin embargo, la introducción de los Pactos sobre Derechos Humanos como parte del texto constitucional propiciada por la misma reforma (CN art. 75 inc. 22), nos permite afirmar que en nuestro sistema jurídico el interés social puede ser fundamento de limitación del derecho

de propiedad. Ello por aplicación directa y operativa del art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que en su inciso primero establece que “...*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social...*”.

Aquí recurrimos nuevamente al CCC para reforzar nuestros argumentos, en tanto consagra la explícita constitucionalización del derecho privado y la función ambiental de los derechos que emerge del juego armónico de las reglas de los artículos 1, 2, 10, 11, 14 y 240; los que nos permiten sostener la vigencia de este principio en nuestro sistema jurídico⁹.

3.2. El reconocimiento de la **Soberanía y Seguridad Alimentarias** como política de estado, consustanciadas con la misma noción de desarrollo.

Esto es así en tanto la declaración de interés público del art. 1 respecto de la AFCEI; lo es en tanto su contribución a la seguridad y soberanía alimentaria del pueblo en su conjunto, intrínsecamente vinculadas con los sistemas de vida y productivos que ella fomenta, respetuosos de la biodiversidad, las prácticas culturales locales tradicionales, promoviendo el aprovechamiento de los atributos específicos de cada territorio para generar bienes primarios, industrializados y servicios diferenciados por

⁹ La ley operativiza este principio con medidas tales como la creación de un “Banco de Tierras para la Agricultura Familiar”, que ha de conformarse con tierras aptas para el desarrollo de emprendimientos productivos de la agricultura familiar, campesina e indígena (tierras fiscales nacionales, las donadas o legadas al Estado Nacional, las que transfieran las Provincias y Municipios a la Nación y todas aquellas que ingresen al patrimonio del Estado Nacional por distintos mecanismos judiciales, administrativos, impositivos o de cualquier otra naturaleza. art. 16). También promueve ciertos beneficios impositivos y fiscales que serán fijados en la reglamentación, para aquellos titulares privados que pongan tierras a disposición del Banco de Tierras (art. 16).

sus particularidades ecológicas, culturales, procedimientos de elaboración, singularidad paisajística y/o cualquier otra característica que la diferencia.

3.3. La noción de **desarrollo** considerada.

También esta temática merece exhaustivo tratamiento, imposible de generar en este trabajo. Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de señalar que, en consonancia con los pactos internacionales, la ley establece un modelo de desarrollo humano integral, vinculándolo con el bienestar social y económico de los productores, de sus comunidades, de los trabajadores del campo y, en general de los agentes del medio rural, así como el incremento del ingreso, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir (art. 3 inc. a).

En este último aspecto, no puede dejar de mencionarse el expreso objetivo puesto en la protección ambiental, la que atraviesa toda la regulación desde una profunda raíz cultural, perspectiva basal desde donde debe encararse toda normativa. Pero tal vez uno de los aportes más significativos de la ley que analizamos es que la comprende como parte misma de la noción de desarrollo. Así surge de la última parte del art. 3 mencionado y en otras reglas. No sólo como formulación teórica, sino con decisiones operativas. Para citar un ejemplo. En el art. 20 se prevé la instrumentación de programas de incentivos a los servicios ambientales que aporte la AFCI, tales como subsidios directos; multiplicación del monto de microcréditos y fondos rotatorios; desgravación impositiva y créditos a tasas subsidiadas.

3.4. La agricultura familiar como **sujeto prioritario de la nueva ruralidad en la Argentina.**

Así y como “sujeto social protagónico del espacio rural” concibe la ley 27.118 a sus destinatarios (art. 3 inc. f y g).

La “agricultura familiar” reúne a un heterogéneo conjunto de unidades de producción que se basan en el trabajo del productor y su familia y otras condiciones que la ley define en contraposición a “empresas”, “agricultura empresarial”, “patronal” o “agronegocios”. Así, hace visible y deja al descubierto la heterogeneidad y diversidad del sector agropecuario argentino, con “varios campos” coexistentes, incluso en forma conflictiva. Señalando también la diversidad existente en la propia agricultura familiar (productores de autoconsumo, marginales y de subsistencia y otros con distinto tipo de ingresos, nivel de capitalización y participación de trabajo asalariado, incluso permanente), que debe ser atendida con políticas diferenciadas.

Esta centralidad de los agricultores familiares, campesinos e indígenas entendemos es el mejor norte para la planificación de una política de transformación que pretenda revertir las desigualdades ahora existentes.

3.5. La eliminación de las **brechas y estereotipos de género**.

En muchas de sus disposiciones la ley se ocupa de esta problemática. Específicamente entre sus objetivos postula la igualdad de acceso entre varones y mujeres a los derechos y beneficios que consagra, impulsando acciones concretas y políticas específicas de reconocimiento de la importante labor que llevan adelante las mujeres y la juventud rural (art. 3 inc. c y d, entre muchas otras disposiciones).

4.- **Cuarta Fortaleza: El mapa de la planificación pensada**

En la especialidad, amplitud e integralidad de las iniciativas propuestas encontramos plena identificación con un proceso de transformación agraria. Nuevamente, dada la extensión de la regulación, nos limitaremos a hacer aquí una enumeración ejemplificativa:

- Concepción del Estado con un rol activo, planificador y generador de políticas públicas, interactuando con los productores organizados y participando activamente en su implementación.
- Corrección de las disparidades del desarrollo regional con atención diferenciada a las regiones con mayor atraso.
- Promoción del desarrollo de los territorios rurales de todo el país, consolidando a la agricultura familiar como sujeto social protagónico del espacio rural.
- Ocupación armónica del territorio nacional, generando condiciones favorables para la radicación y permanencia de la familia y de los jóvenes en las áreas rurales.
- Promoción de condiciones favorables en materia de hábitat, ingresos y calidad de vida, equitativa e integrada con las áreas urbanas.
- Conexión entre la actividad agraria y la vida socioeconómica local de los pueblos y ciudades.
- Fortalecimiento de la organización de los productores y empoderamiento de los mismos en cuanto a la defensa de sus derechos.
- Integración de las comunidades originarias respetando y valorizando la diversidad.
- Promoción del asociativismo y la cooperación.
- Creación de mecanismos de acceso y gestión de la tierra, el agua y los recursos naturales en general.

Sobre el punto, la ley avanza en la creación de un “Banco de Tierras para la Agricultura Familiar” con el objetivo de contar con tierras aptas y disponibles para el desarrollo de empren-

dimientos productivos de la agricultura familiar, campesina e indígena. El Banco se nutrirá de las tierras fiscales nacionales; las donadas o legadas al Estado Nacional; las que transfieran las Provincias y Municipios a la Nación y todas aquellas que ingresen al patrimonio del Estado Nacional por distintos mecanismos judiciales, administrativos, impositivos o de cualquier otra naturaleza (art. 16).

También aplica una regla interesante al promover beneficios impositivos y fiscales que serán fijados en la reglamentación, para aquellos titulares privados que pongan tierras a disposición del Banco de Tierras. Esta posibilidad alcanza un valor significativo si se tiene en cuenta que la adjudicación de tierras está destinada a los agricultores familiares y/o habitantes urbanizados que quieran retornar al espacio rural y demuestren voluntad de afincarse y trabajar en la agricultura familiar; y que los mecanismos de acceso a la tierra previstos en la ley son la adjudicación en venta, el arrendamiento o la donación teniendo en cuenta la falta de acceso a la misma y la inseguridad jurídica respecto a la tenencia de la tierra que actualmente habiten y trabajen los postulantes.

- Plan general de gobierno para aumentar la construcción, ampliación y mejoras de viviendas rurales; infraestructura de transporte; red vial; electrificación rural; infraestructura predial según la actividad productiva; tecnologías de información y comunicación, agua, riego, infraestructura social y saneamiento básico.
- Principio de que los medios de producción estén en manos de quienes los trabajan y con ellos producen alimentos para toda la población.
- Fortalecimiento en la canalización de la producción, transformación y comercialización frente a los obstáculos del mercado

promovido por los agronegocios; generando procesos integrales y alternativos que faciliten la comercialización de sus productos.

- Acompañamiento técnico, logístico, financiero y en insumos; para la siembra, tareas culturales y cosecha que demanden los procesos de producción tradicionales y/o de diversificación.

- Provisión de la infraestructura socio-productiva necesaria para la preservación de las cosechas, el acopio y las cadenas de frío (depósitos, playones forestales, infraestructura de faena y de frío). Ya sea por inversión estatal o mixta.

- Promoción de procesos de valor agregado local.

- Establecimiento de redes de organizaciones del sector como también la articulación con grupos de consumidores, facilitando de tal forma el comercio directo a un precio justo, sin intermediaciones distorsivas. Principios éstos que remiten a la Economía Social y Solidaria.

- Promoción del desarrollo tecnológico, asistencia técnica e investigación; destacando la importancia de las energías renovables, la bioarquitectura para la vivienda e infraestructura productiva y la producción orgánica y agroecológica.

- Educación, formación y capacitación; asegurando la cobertura de la educación obligatoria incorporándose contenidos propios de las actividades productivas locales. Incluye la **declaración de la educación rural como servicio público esencial**.

- Inclusión en los planes de estudio de todo el país y en todos los niveles de: la difusión del sistema de vida y formas de producción de la AFCl, la educación alimentaria nutricional, la importancia del consumo de productos de origen nacional y la educación para una alimentación sana, nutritiva y culturalmente apropiada.

- Planificación de políticas sociales e instrumentos específicos de promoción pensados para el sector y con la participación de los actores sociales de la AFCI.

Este punto, que a nuestro criterio integra y cierra el círculo de todo lo que hasta aquí desarrollamos; es fundamental para entender al desarrollo rural no ya con una visión asistencialista. Por el contrario, la propuesta de la ley, que fue pensada y debatida por los propios agricultores, es pensar un desarrollo rural inclusivo e integrado con los espacios urbanos y periurbanos. No tratando de imponer formas de vida y de conocimiento estandarizadas sino lograr el desarrollo desde los saberes, prácticas y costumbres de cada región.

Así, por citar algunos aspectos, se ocupa de orientar las políticas sociales y culturales al universo de la población toda del espacio rural, inclusivas e integrativas de la mujer, los jóvenes, los niños y niñas, la ancianidad, los discapacitados u otras minorías existentes.

En el caso de la promoción, estimula la simplificación de procedimientos y trámites en temáticas normativamente complejas como la sanidad, la formalidad laboral, la cobertura previsional y las certificaciones de calidad que los productos de la AFCI requieran. También recurre a los instrumentos tradicionales de promociones impositivas, un seguro especial para la AFCI y el crédito accesible y subsidiado, a través de la banca pública (Banco de la Nación Argentina).

- Diseño de instrumentos de política agraria atendiendo a la especificidad de la actividad agraria y del sector (facilitación en procedimientos y trámites tendientes a cumplir con las normas de sanidad agropecuaria, beneficios impositivos, régimen previsional especial, certificaciones de calidad especiales, seguro integral para AFCI, créditos a tasas subsidiadas y garantías accesibles.

- La coordinación de las políticas públicas

Un instrumento novedoso, acorde con la complejidad de la problemática abordada, está previsto en el art. 12 de la ley, en el cual se prevé la creación de un Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Públicas para la Agricultura Familiar, en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional.

Como ya dijimos, hasta el presente la AF ha sido sujeto de programas y políticas públicas diseñadas e implementadas por diferentes agencias gubernamentales, resultando indispensable según lo sustentado por las propias organizaciones sociales, la coordinación de los mismos en un proceso más amplio de planificación para un desarrollo integral inclusivo.

De tal forma esta nueva agencia estará integrada por los ministros del PEN. Estimamos que la reglamentación definirá si participarán todos o a aquellos con mayor incumbencia. Sus funciones específicas serán las de articular, coordinar, organizar, informar y relevar desde la integralidad de las acciones llevadas a cabo por las distintas áreas de gobierno, el cumplimiento de los objetivos previstos en la ley.

También coadyuva a este objetivo la creación en el ámbito del MAGyP del Centro de Producción de Semillas Nativas (CEPROSENA), que contará con el apoyo del INTA y del Instituto Nacional de Semillas (INASE). Sus funciones estarán orientadas a registrar, producir y abastecer de semillas nativas y criollas en consonancia con el objetivo de sustentar la soberanía alimentaria y la preservación de la biodiversidad (Art. 26) previendo al efecto la creación de un Banco de Semillas Nativas.

- El reconocimiento de la dinámica de los procesos de planificación

Destacamos el valor de una regla que quizá pueda pasar inadvertida. Nos referimos a lo dispuesto en el art. 14 en tanto establece

que el régimen contemplado en la ley “...reconoce una primera etapa de tres (3) años para su ejecución, cumplidos los cuáles deberá evaluarse su funcionamiento y resultados y adecuarse los programas e instrumentos a los avances y logros por el sector”.

Este punto merece, a nuestro criterio, especial consideración, la que debemos reducir a un breve comentario por cuestiones de extensión. Esta previsión -no muy común en los textos legales- responde, en primer lugar, a un ejercicio de racionalidad pragmática (Atienza. 1993) poco frecuente en los análisis jurídicos. Los operadores jurídicos no suelen destinar esfuerzos a evaluar la evolución de los procesos de transformación que generan —o no- las leyes que se dictan. Pareciera que basta con que se sancione una ley para que la realidad cambie mágicamente. Por eso celebramos la autoexigencia contemplada en la regulación en el sentido de seguir el dinamismo de los procesos sociales y económicos y promover las rectificaciones a que hubiera lugar. Por lo demás, este accionar junto con la participación e implicación social de los actores sociales, son unos de los pilares de la planificación estratégica (Villasante. 1998).

5. Conclusiones

La inclusión en el sistema jurídico argentino del cuerpo que tratamos, casi en simultáneo con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial y en el contexto de las políticas públicas y legislaciones que se han implementado en los últimos años con la finalidad de revalorizar el sector de la agricultura familiar y dignificar el trabajo agrario; constituye un hito en el camino hacia un desarrollo integral inclusivo.

Sin embargo, acorde con las características de la transformación agraria, es el inicio de un largo camino que necesita tanto de la voluntad política como de la participación de sus destinatarios y de la sociedad toda para que pueda sostenerse en el tiempo.

Es necesario avanzar en las adhesiones provinciales. Hasta el momento lo han hecho las provincias de Jujuy, Misiones, Santa Fe y el 16 de setiembre de este 2016 lo acaba de hacer la Provincia de Buenos Aires¹⁰.

También, son urgentes tanto la reglamentación como la asignación de los recursos presupuestarios necesarios conforme lo normado por el art. 33, ambas acciones de responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional. Hoy por hoy, eje de los principales reclamos de las organizaciones del sector.

La ley ofrece una alternativa posible y perfectible para contrarrestar el modelo de los agronegocios. Sin embargo; si bien sus postulados, principios y valores cuestionan el actual modelo hegemónico, no llegan a condicionarlo por su sola sanción. En tal sentido; con las herramientas que brindan la norma, el nuevo Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional y los Pactos sobre Derechos Humanos; se debe pensar en futuras legislaciones que abran el espacio para que los objetivos de ley puedan cumplirse.

En muchos autores aún subsiste el dilema respecto a si es posible la convivencia entre un modelo de los agronegocios con el del cambio cultural que importa la revalorización de los sistemas productivos tradicionales, de los que los agricultores familiares, campesinos e indígenas son las más calificadas ejecutores. Sin duda son dos modelos en disputa, que representan un choque de culturas diversas. En esa contienda tanto el Estado como los ciudadanos tenemos la oportunidad y la obligación, de abrir los caminos para hacer posible esa convivencia y declinar aquella hegemonía. Es un desafío incierto por los intereses económicos y geopolíticos que están en juego y que dependen de los objetivos del gobierno de turno.

10 Ver noticia en <http://www.agro-noticias.com/2016/09/15/buenos-aires-adhirio-a-la-ley-nacional-de-agricultura-familiar/>

Pese a estas contradicciones, corresponde al Estado avanzar en la imposición de límites y restricciones para combatir la concentración de la tierra y los medios productivos, la diversificación de la producción y la utilización de técnicas productivas e insumos que deterioran la calidad del suelo y afectan al ambiente, entre otras áreas sensibles.

La oportunidad obliga a contribuir con la visibilización de las problemáticas que acechan a la AFCI, con la difusión de la ley, con el diseño de herramientas para empoderar a sus destinatarios y con la concientización del conjunto social. Objetivos que requieren un análisis crítico de la normativa, de sus fortalezas, debilidades y posibilidades de cumplimiento, receptando los aportes de los destinatarios. Ello en el convencimiento que el sólo dictado de una ley no transforma la realidad y será letra muerta si no se sostienen en el tiempo el empoderamiento de la sociedad y la voluntad política y social para cumplir y superar sus objetivos.

De nosotros los ciudadanos, depende crear las condiciones para un cambio cultural en las relaciones de producción y consumo. Empresa para la cual la educación, el acceso a la información y la divulgación son tareas prioritarias. El esfuerzo de este trabajo va en ese sentido.

6. Bibliografía.

- ANDER –EGG, Ezequiel (2007). “Introducción a la planificación estratégica”, Ed. Lumen, Buenos Aires.
- ATIENZA, Manuel (1993). “Tras la Justicia. Una introducción al razonamiento jurídico”, Editorial Ariel, Barcelona.
- BARSKY Osvaldo y DÁVILA Mabel (2008). “La rebelión del campo. Historia del conflicto agrario argentino”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires.
- BARSKY Osvaldo y GELMAN Jorge (2009). “Historia del agro argentino. Desde la conquista hasta comienzos del siglo XXI”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires.

BASUALDO, Eduardo (2011). "Sistema Político y Modelo de Acumulación. Tres ensayos sobre la Argentina actual", Ed. Cara o Ceca, Buenos Aires.

BIAGGI, Cristina; CANEVARI, Cecilia y TASSO, Alberto (2007). "Mujeres que trabajan la tierra: un estudio sobre las mujeres rurales en la Argentina", Serie de Estudios e Investigaciones 11, Buenos Aires, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos, Dirección de Desarrollo Agropecuario, PROINDER

BIDASECA, Karina (directora) y otros (2013). "Relevamiento y sistematización de problemas de tierra de los agricultores familiares en la argentina", Proyecto de Desarrollo de Pequeños Productores Agropecuarios PROINDER, Serie Estudios e Investigaciones N° 32. Edición del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, Buenos Aires.

CÁRCOVA, Carlos María (1993). "Teorías jurídicas alternativas. Escritos sobre Derecho y Política", Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.

CARRERA, Rodolfo (1991) "El Problema de la Tierra en el Derecho Agrario", Ed. Lex, La Plata.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010). "Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur", Buenos Aires, ed. Antropofagia.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2009). "Una epistemología del SUR". México: CLACSO-Siglo XXI.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010) "Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal". Buenos Aires: CLACSO-UBA SOCIALES publicaciones-Prometeo libros.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura; compilador (2011) "Producir para vivir. Los caminos de la producción no capitalista". Primera edición en español, traducción Eliseo Rosales y Mario Morales. México: Fondo de Cultura Económica.

DECLARACIÓN DE NYÉLÉNI (2007), Foro para la Soberanía Alimentaria, 23-27 de febrero de 2007, Sélingué, Mali. Disponible en <http://www.nyeleni.org>. Última consulta 17/10/14

FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (2012), comisión

redactora compuesta por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kermelmajer de Carlucci. Disponible en <http://www.infojus.gob.ar>. Última consulta 14/9/15. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY DE REPARACIÓN HISTÓRICA DE LA AGRICULTURA FAMILIAR (2014). N° de Expediente 2840-D-2014, Trámite Parlamentario 032 (24/04/2014). Firmantes GIACCONE, CLAUDIA ALEJANDRA - RAIMUNDI, CARLOS - GERVASONI, LAUTARO - MARCOPULOS, JUAN FERNANDO - CANELA, SUSANA MERCEDES - PASTORIZA, MIRTA AMELIANA - CARMONA, GUILLERMO RAMON - RUBIN, CARLOS GUSTAVO. Giro a Comisiones AGRICULTURA Y GANADERIA; FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; PRESUPUESTO Y HACIENDA. Disponible en <http://www.dirdocumentacion.com.ar/repo/modulos/buscador/documentos/01.Proyecto-FONAF.pdf>.

GALAFASSI, Guido comp. (2004) “El campo diverso. Enfoques y perspectivas de la Argentina agraria del siglo XX”, Coloquio 2003 “Continuidades y cambios en la Argentina rural del siglo XX: viejos y nuevos problemas”, Universidad Nacional de Quilmes Editorial, Bernal, Provincia de Buenos Aires.

GARCÍA DELGADO, Daniel comp. (2010). “Rol del Estado y desarrollo productivo-inclusivo. Ideas para el Bicentenario”, FLACSO Argentina, Ediciones Ciccus, Buenos Aires.

GARCÍA DELGADO, Daniel y NOSETTO, Luciano; comp. (2006). “El desarrollo en un contexto posneoliberal. Hacia una sociedad para todos”, FLACSO Argentina, Ediciones Ciccus, Buenos Aires.

GARCÍA LINERA, Alvaro (2009), “El punto de bifurcación es un momento en el que se miden ejércitos”, Entrevista realizada por Maristella Svampa, socióloga; Pablo Stefanoni y Ricardo Bajo, director y subdirector, respectivamente, de LE MONDE DIPLOMATIQUE, EDICION BOLIVIANA (agosto 2009). M.S., P.S., R.B. © LMD ed. Boliviana, agosto 2009. Disponible en <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=90782>. Última consulta 27/10/14.

GARCÍA LINERA, Alvaro (2010). “Forma valor y forma co-

munidad. Aproximación teórico-abstracta a los fundamentos civilizatorios que preceden al Ayllu Universal”, Buenos Aires, CLACSO y Prometeo Libros.

GARCÍA, Rolando (1991). “La investigación interdisciplinaria de sistemas complejos”. Tercera versión, Informe del Proyecto UNESCO-UNAM “Las ciencias sociales y la formación ambiental a nivel universitario”, Publicación de UNESCO, México.

GIARRACCA, Norma y TEUBAL, Miguel (2006) “Democracia y neoliberalismo en el campo argentino. Una convivencia difícil” (en publicación), Disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/gram/CO2GiarraccaTeubal.pdf>.

GODOY GARRAZA, Gastón y MANZONI, Manuel; coordinadores (2012). “Agricultura familiar y acceso a la tierra urbana y periurbana. Marco Normativo y Estrategias Jurídicas. Publicaciones IPAF Región NOA. Buenos Aires. Ediciones INTA.

GORI, Gastón (1972). “La tierra ajena. Drama de la juventud agraria argentina”, Ediciones La Bastilla, Buenos Aires.

GRAS, Carla y BIDASECA, Karina, directoras (2011). “El mundo chacarero en tiempos de cambio”, Ediciones Ciccus, Buenos Aires.

GRAS, Carla y HERNÁNDEZ, Valeria; coordinadoras (2009). “La argentina rural. De la agricultura familiar a los agronegocios”, Ed. Biblos, Buenos Aires.

HUERTAS, Franco (2006). “Planificar para gobernar: El método PES. Entrevista a Carlos Matus”, Editorial de la Universidad Nacional de La Matanza, Fundación CIGOB y Fundación ALTADIR, Buenos Aires.

INTA -IPAF Región Pampeana-CIPAF y EEA Área Metropolitana de Buenos Aires (2013). “Normativas vinculadas a los procesos de producción y comercialización de la agricultura familiar urbana y periurbana”. Buenos Aires. Ediciones INTA.

KREIMER, Osvaldo (2008). “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, tema por tema” en O. Kreimer “Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y su relación con normas fundamentales del derecho internacional”, UNICEF

- Oficina de Argentina, Cap.3, Buenos Aires, págs. 29/93.
- LATTUADA, Mario y NEIMAN, Guillermo (2005). “El campo argentino. Crecimiento con exclusión”. Ed. Capital Intelectual, Buenos Aires.
- LEFF, Enrique, coord. (2000). “La complejidad ambiental”, Siglo XXI editores S.A. y PNUMA, México D.F.
- MAKLER, Carlos Alejandro (2003). “Productores rurales, entidades gremiales y legalidades estatales en los reclamos por la propiedad”, en III Jornadas Interdisciplinarias de Estudios Agrarios y Agroindustriales Facultad de Ciencias Económicas – Buenos Aires, UBA, 5, 6 y 7 de noviembre.
- MANZANAL, Mabel; NEIMAN, Guillermo y LATTUADA, Mario; coordinadores (2006). “Desarrollo Rural. Organizaciones, Instituciones y Territorio”, Ed. Ciccus, Buenos Aires.
- MARTÍN Daniel, GÓMEZ César y TEUBAL Miguel (2007). “La reforma agraria en América Latina desde los movimientos sociales”, Ponencia presentada en el XXVI Congreso Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS 2007), Latinoamérica en y desde el mundo. Sociología y Ciencias Sociales ante el cambio de época: Legitimidades en debate, 13 al 18/08/2007, Guadalajara. México. En http://www.ger-gemsal.org.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=74&Itemid=46 (PDF), página web del Grupo de Estudios Rurales GER-GEMSAL, Grupo de Estudio de Movimientos Sociales en América Latina, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de Investigaciones GINO GERMANI, UBA. Última consulta 12/9/2016)
- ODDONE, Jacinto (1930). “La burguesía terrateniente”, reedición de 1975, Ediciones Libera, Buenos Aires.
- RAPOPORT, Mario (2010). “Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2003)”, Ed. EMECE, Buenos Aires.
- ROBBA, Alejandro L. y FRASCHINA, Juan Santiago, compiladores (2011). “Los dos modelos económicos en disputa”. Buenos Aires: Universidad Nacional de Moreno. Prometeo Libros.
- ROFMAN, Alejandro B. y ROMERO, Luis A. (1997). “Sistema socioeconómico y estructura regional en la Argentina”, Amorrortu Editores, Buenos Aires.
- Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca – Ministerio de

Agricultura, Ganadería y Pesca de la República Argentina, coord., autores varios (2010) Bases para el ordenamiento del territorio rural argentino, documento de trabajo (marco conceptual) disponible en www.minagri.gov.ar.

SILVA TAMAYO, Gustavo E (2011). “El acto administrativo como expresión paradigmática del interés público”, en Boletín INFOJUS del 5/9/11, Disponible en www.saij.jus.gov.ar, Id In-fojus: DACF110120. Última consulta 14/9/2015.

Toledo LLancaqueo Víctor (2005) Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina 1990-2004 ¿Las fronteras indígenas de la globalización?, en Pablo Avalos (comp.) “Pueblos Indígenas, Estado y Democracia”, CLACSO, Buenos Aires, págs. 80/96.

VILLASANTE, Tomás R (1998). “De las redes sociales a las programaciones integrales”, Ed. Lumen Humanitas, Buenos Aires.

VIVANCO, Antonino C. (1967) “Teoría de Derecho Agrario”, Tomo I, Ediciones Librería Jurídica, La Plata.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2009). “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, en El Derecho a la consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas, Revista El Otro Derecho N° 40, ILSA, Bogotá, págs. 11/53.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012). “La Pachamama y el humano”. Buenos Aires: Ediciones Colihue.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2015) “El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo”, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA



Comentario al fallo de la CS en la causa “CEPIS”.
por Gustavo Arballo

Veamos un rápido punteo, entonces, del voto mayoritario de “CEPIS”, no hay disidencias, solo luego verán pequeñas variaciones en sendos votos concurrentes de Maqueda y de Rosatti (por separado) que *con otros matices y fundamentos* sigue la línea del compacto dictamen de Procuración conocido ayer.

El CIJ hizo una nota de difusión extensa sobre el caso “CEPIS”, del cual partimos para hacer foco en lo que nos parece más destacable, en un fallo que adelantamos, que estará sin duda en el top five de la década no solo por impacto político sino también por agunas muy específicas precisiones técnicas.

1. Para la fijación de tarifas de gas, la audiencia pública previa es de cumplimiento obligatorio.
2. La Audiencia pública previa es necesaria también para la fijación del precio del gas en “boca de pozo”.
3. La ley de emergencia que otorga facultades temporarias no puede habilitar subas que serán permanentes. Y las audiencias del 2005 no sirven para justificar el aumento de 2016.
4. El aumento se anula respecto de los usuarios residenciales.
5. El aumento no se anula para los usuarios no residenciales... que podrán hacer igualmente su reclamo.
6. Se mantiene la tarifa social.
7. Acción de clase, su hora más gloriosa
8. Defensor del Pueblo: a cubrir la vacante.
9. Tarifas: de judicialización contingente y subsidiaria, su fijación es potestad del Ejecutivo (sujeta a controles).
10. Criterios aplicables a reajustes de tarifas: razonabilidad, gradualidad y universalidad del servicio básico.

El tono de nuestro post será más bien de reporte, recomendamos leer lo que dice Gargarella con algunos acuerdos y algunos problemas.

Vamos por partes.

1. Para la fijación de tarifas de gas, la audiencia pública previa es de cumplimiento obligatorio.

Esta es la premisa mayor que deriva en la anulación. La Corte aclara que el procedimiento que contempla participación de usuarios en audiencias previas a la redeterminación de tarifas es un derecho **operativo**, no programático (cons. 16), no equiparable a una notificación o explicación informada de una decisión ya tomada.

El sustancioso considerando 18 ahonda en esto, habla de democracia deliberativa (inauguración del término en la Corte) y cita a Rawls.

La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 10, Constitución Nacional) Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan.

Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. En este sentido, el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más

realista de justicia. (Rawls, John, Justice as Fairness. A restatement, Harvard, Harvard University Press, 2001)

2. La Audiencia pública previa es necesaria también para la fijación del precio del gas en “boca de pozo” (por ahora).

La gran apuesta por el fallo salomónico (Ventura lo daba por hecho en nota de hoy en La Nación) era que la Corte iba a entender que para el componente más significativo de la tarifa, el precio de generación “en boca de pozo” o PIST, no se requería audiencia previa pues no era un punto de “servicio público”. Esto es cierto, pero la Corte levanta el capot de la formalidad y toma nota de que en verdad desde hace años es un precio regulado y como tal debe asimilarse a la lógica de que el precio regulado se debe cambiar por audiencia, “En las condiciones descriptas, parece razonable entender que, hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, su análisis se efectúe conjuntamente con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública” (cons. 20).

3. La ley de emergencia que otorga facultades temporarias no puede habilitar subas que serán permanentes. Y las audiencias del 2005 no sirven para justificar el aumento de 2016.

En el considerando 21 la Corte se desmarca de estos dos temas. Veamos el primer argumento: el gobierno alegaba que la vieja ley de emergencia 25790 de 2003, prorrogada el año pasado y todavía vigente, le permite al Ejecutivo fijar tarifas sin estar limitado o condicionado por las disposiciones de los marcos regulatorios. Al respecto la Corte razona que “cuando el Estado Nacional pretende justificar su accionar en que se trata de un régimen transitorio, no es posible soslayar que si bien la expresión remite semánticamente a un aspecto temporal del nuevo

régimen tarifario, el incremento para el usuario implica un aumento sustancial de su factura y, en caso de no poder afrontarlo, podría ser privado del goce del servicio. En tales condiciones, resulta intrascendente que se trate o no de un régimen definitivo o integral”.

El otro argumento era bastante extraño y cae por su propio peso: “respecto de la audiencia pública invocada por el poder administrador -que data del año 2005-, no es legítimo señalar que sea “adecuado a los fines informativos de los usuarios en las actuales circunstancias”.

3 bis. Ni tampoco “Domingo Soldano”

En ciertas notas de la previa del show circuló como vinculante el fallo “Domingo Soldano” de 2014 donde la Corte autorizó el aumento de tarifas sin audiencia pública. Nosotros éramos escépticos al respecto. La verdad es que hay algo muy parecido pero no igual: allí se autorizó la imposición de “cargos tarifarios”, es decir, dinero que va al Estado para obras de ampliación de infraestructura, y no dinero que va al concesionario o generador. Esta diferencia, sutil pero perceptible, le permite a la Corte desmarcarse del precedente.

4. El aumento se anula respecto de los usuarios residenciales.

Por aquí vino el surco de hipotenusa moncloa. Incluso hay visiones optimistas en el gobierno, que toman nota de que el freno de las subas se aplicaría sobre el 30% del consumo de los usuarios, de modo que el fallo no afectaría al 70 % restante.

La razón por la que el fallo hace este “recorte” tiene que ver con el envase procesal de “acción colectiva”. Recordemos que la acción colectiva, invento procesal de la Corte en el caso “Halabi” de 2009, requiere que quienes litigan tengan intereses homogéneos. La Corte revisa el fallo de La Plata y, entre otros tecnicismos procesales, dice que (cons 12-13) es claro que los “usuarios residenciales” verían comprometido su acceso a la justicia de no hacer

procedente el litigio colectivo, cosa que entiende que no sucede con los “no residenciales”.

5. El aumento no se anula para los usuarios no residenciales... que podrán hacer igualmente su reclamo.

Como dijimos, la razón no es estrictamente conceptual, sino procesal. La Corte no cree que otros subgrupos o categorías de consumidores (y el espectro es grande: clubes, pymes, fábricas, universidades, etc.) pueda equipararse con carácter homogéneo a los residenciales que entraron en esta acción, la de CEPIS. Se ha discutido si esto significa que nunca puede estos entrar por el formato de acción colectiva, y hay razón para sospecharlo porque el fallo habla de que para eso se necesita tener cierto obstáculo al “acceso a la justicia”, dado en la dificultad de ejercer la acción en forma individual.

Mi sensación es que a pesar de que la Corte “tira el achique” para evitar que proliferen acciones que sean un rejunte promiscuo de actores, siempre que haya causa común todo grupo que demuestre numerosidad y analogía es una clase plausible. Así las cosas, veremos florecer amparos de grupos, clases y miniclases, y, finalmente, la opción de litigar en modo cuentapropista.

Por cualquier vía, y a pesar de que por ahora se quedaron afuera de la foto, con los materiales que trae el fallo los datos están cargados para que estas acciones prosperen.

6. Se mantiene la tarifa social.

Esto implica que no hay anulación in totum, y es otro “recorte” que hace la sentencia, porque sobrevive a la anulación la tarifa social si resulta en un importe menor que el tarifario previo sin ella. Dice el considerando 23: “la demanda de los usuarios residenciales ha sido acogida y, por lo tanto, han resultado vencedores en el campo jurídico. En consecuencia, y por aplicación del más elemental sentido de justicia, la tarifa

final que se les aplique como consecuencia del presente pronunciamiento en ningún caso puede arrojar como resultado sumas mayores a las que dichos actores hubiesen debido abonar por estricta aplicación del nuevo cuadro tarifario, considerando la mencionada tarifa social”.

7. Acción de clase, su hora más gloriosa

Lo habíamos anticipado al especular sobre lo que podría hacerse: la Corte avala el formato colectivo o “de clase” que adoptó la Cámara de La Plata, y pone en valor y en acto su invención -en verdad, importación de la *class action* de EEUU- más rutilante. Y, hay que decirlo, de bordes y logísticas difusas, a falta de regulación legal.

En todo caso, la Corte aprovecha para reclamar a los tribunales que generaron el puzzle de causas “el riguroso cumplimiento” de la acordada 32/2014 que hizo para reglamentar procesos colectivos (hay un Registro en que debe inscribirse cada causa toda vez que se inicia un proceso colectivo, para que no haya redundancia con trámite paralelo y potencialmente contradictorio, como sucedió en esta saga del tarifazo).

Urge, por cierto, reglamentar legislativamente este tema, sobre el cual hay varios proyectos en danza.

8. Defensor del Pueblo: a cubrir la vacante.

Como un subitem del decisorio que tiene que ver con el template colectivo, la Corte pone en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de dar cobertura al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación. El tema justamente hoy tuvo un fallo favorable (ver acá) de la Cámara Contencioso Administrativo Federal en un amparo que inició la Asociación por los Derechos Civiles (nos enteramos de esto via @blogdelderecho).

El tema de viene de larga data: desde el egreso de Mondino en 2009 el Ejecutivo no envió nunca una propuesta para encabe-

zar este órgano de la Constitución modelo 94 (dura cinco años reelegibles por un período y su nombramiento requiere mayoría agravada: aprobación de 2/3 de presentes en ambas cámaras).

9. Tarifas: de judicialización contingente y subsidiaria, su fijación es potestad del Ejecutivo (sujeta a controles).

Hay un deslinde de competencias que pone en claro en que cada cual atiende su juego en la división de poderes: la Corte lo va enumerando con carácter de exclusividad (no hay “concur-rencia”) y dice que le atañe al Congreso “la adopción de las pautas propias de la política tributaria federal”; reconoce que es el Ejecutivo quien está facultado para “la implementación de la política energética, que abarca la fijación de las tarifas del servicio público”; advierte que a la rama judicial le incumbe “el control de la razonabilidad de tales decisiones y su conformidad con los derechos fundamentales” (Cons. 26).

10. Criterios aplicables a reajustes de tarifas: razonabilidad, gradualidad y universalidad del servicio básico.

Precisamente a propósito de eso la Corte aprovecha la recta final del voto (Cons. 30 y ss.) para “fijar los criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares” (el subrayado es nuestro: recitar frente al espejo con el dedo índice levantado para captar el tono implícito).

Reconoce que hay retraso y dice que eso obliga al Estado a tener una especial prudencia y rigor a la hora de la determinación de las tarifas y de su transparencia. Y sienta en el cons. 32 un criterio explícitamente enunciado para trascender el caso. Subrayamos: “todo reajuste tarifario, con más razón frente a un retraso como el que nos ocupa, debe incorporar como condición de validez jurídica -conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses

económicosu (art. 42 de la Constitución Nacional)- el criterio de gradualidad, expresión concreta del *principio de razonabilidad* (...) En efecto, la aplicación de dicho criterio permitiría la recuperación del retraso invocado y, a la vez, favorecería la previsión de los usuarios dentro de la programación económica individual o familiar”

Y avanzando en paralelo con esto, dirá que el Estado debe velar por la “continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos”. Los servicios tienen que ser accesibles, en efecto, “evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de “confiscatoria”, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de ingresos del grupo familiar” (Cons. 33).

El razonamiento se expande luego invocando la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre “El derecho a una vivienda adecuada” que en su punto 8.c. dice que los “gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción’ de otras necesidades básicas” propiciando que los Estados adopten “medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de ingreso”.

Y remata con una canción conocida: “el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común”. La frase es de la propia Corte, en “Vizzotti”, de 2004 (el caso que declaró la inconstitucionalidad de topes indemnizatorios por despido). **Corolario:** no basta(rá) sólo con hacer audiencias y aplicar aumentos, porque el Poder Judicial puede hacer este control de segunda generación, anclado en la razonabilidad y el paradigma del acceso.

UNA INTERPRETACIÓN AJUSTADA A LA
CONSTITUCIÓN DEL PLAZO DE VIGENCIA
DE LAS MEDIDAS CAUTELARES FRENTE
AL ESTADO. COMENTARIO AL FALLO
“LAN ARGENTINA”.

por *María García Urcola* y *José Ignacio López*

Sumario: I. Introducción. II. La Ley Nacional N° 26.854 de Medidas Cautelares Frente al Estado. III. Lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre interpretación normativa. IV. Algunos aportes doctrinarios. V. Coyuntura del fallo en comentario. VI. La sentencia. VII. Conclusión.

I.- INTRODUCCIÓN.

Este breve artículo pretende comentar y destacar el fallo dictado por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II, “*LAN Argentina SA c/ ORSNA s/ Incidente de Medida Cautelar*” en la fecha 16 de diciembre de 2014, resaltando particularmente la interpretación que en el decisorio se efectúa respecto de la vigencia temporal de las medidas cautelares contra el Estado.

El interés en dicha exégesis se centra fundamentalmente en la armonización que efectúa el fallo entre las previsiones de la Ley Nacional N° 26.854¹—especialmente en relación a su artículo 5°— y nuestra Constitución Nacion.

1 Sancionada el 24/4/2013 y promulgada cinco días después. La aparición de la Ley de Medidas Cautelares Frente al Estado provocó, en poco tiempo, la aparición diversos trabajos jurídicos donde se analizaron sus previsiones. Por sólo citar algunos de los tantos: BIGLIERI, Alberto, “las medidas cautelares contra el Estado. Primeras observaciones desde la práctica abogadil”; CASSAGNE, Ezequiel, en “El plazo y otras restricciones a las medidas cautelares. A propósito de la ley 26.854”; DJIVARIS, Jorge, “El proceso cautelar y la tutela judicial efectiva como bases fundamentales del estado de derecho”;

II.- LA LEY NACIONAL N° 26.854 DE MEDIDAS CAUTELARES FRENTE AL ESTADO.

Corresponde reseñar, en primer lugar, que el Congreso de la Nación consagró una regulación especial para regir las medidas cautelares frente al Estado. Se trata de la ley 26.854, que —en el ámbito federal— legisla todos sus aspectos: nacimiento, vigencia, modalidades y extinción. Ese plexo normativo introdujo una serie de novedades, entre las cuales y en lo que aquí interesa, estableció la vigencia temporal de las medidas cautelares.²

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La inconstitucionalidad e inconveniencia del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en los que el Estado es parte (Ley 26.854)”; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”; MIDÓN, Marcelo S., “Medidas cautelares requeridas contra el Estado Nacional. Botiquín de inocuos placebos”; OTEIZA, Eduardo, “El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854”; POZO GOWLAND, Héctor M. y ZUBIAURRE, Ramón, “La suspensión de los efectos del acto administrativo en la ley 26.854”; Rojas, Jorge A., “El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado”; SACRISTÁN, Estela B., “El concepto de interés público en la ley 26.854”; VERBIC, Francisco, en “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, todos ellos en *Medidas cautelares y el Estado como parte. Ley 26.854. Suplemento Especial La Ley* (mayo de 2013). También puede consultarse BASTERRA, Marcela I., “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la ley 26.854” en *Estudios de Derecho Público*, REGUEIRA, Enrique Alonso (Dir.), Asociación de Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Social, Universidad de Buenos Aires; ESPINOZA MOLLA, Martín R. “Dos aspectos estructurales del nuevo régimen cautelar de la ley 26.854: la amplitud de las potestades procesales del Estado y la incidencia del interés público como presupuesto de fundabilidad negativo”, en *El Derecho*, 16 de agosto de 2013, y “Comentarios a la nueva ley 26.854 reguladora de las medidas cautelares en procesos judiciales

De este modo, la norma, a través de su artículo quinto determina que *“al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses”*. A su vez, la ley posibilitó la extensión del plazo en estos términos: *“Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecua-*

en los que sean parte el Estado nacional o sus entes descentralizados” en Revista de Derecho Administrativo, N° 89, Sept. 2013, Abeledo – Perrot CABRAL, Pablo O. “La nueva Ley de Cautelares contra el Estado Nacional como un política de tutela procesal diferenciada. Un análisis de la ley 26.854 frente a los principios y estándares internacionales de protección de los derechos humanos” en Jurisprudencia Argentina 2013-II y CUESTA, Rodrigo, “La nueva ley de medidas cautelares en los casos en que el Estado nacional es parte. Protección del interés público y derechos fundamentales” en Infojus – Sistema Argentino de Información Jurídica. Disponible en línea. SALGÁN RUIZ, Leandro G. “Dimensión actual de la tutela cautelar en el Estado constitucional social de derecho”. en Revista Derecho Público. Año II. N° 5. Ediciones Infojus. Pág. 83; LOMBARDO, María Fernanda. “Las medidas cautelares contra el Estado o sus entes descentralizados según la ley 26.854”, Revista Derecho Público. Año II, N° 6. Ediciones Infojus, p. 177; HUTCHINSON, Tomás. “Algunas reflexiones sobre la regulación de las medidas cautelares en las que interviene el Estado”. SJA 2013/09/25-22; JA 2013-III. Un estudio detallado también se puede consultar en VALLEFÍN, Carlos A., Medidas cautelares frente al Estado. Continuidades y rupturas, Buenos Aires, Ad Hoc, 2013, con participación de LÓPEZ, José Ignacio en los capítulos II y VII, puntos 3, 4 y 5. Un grupo de estas voces tuvo consideraciones muy severas frente a la ley sosteniendo, incluso, su inconstitucionalidad e inconveniencia –Véase GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Cit.– pero también hubo un sector que vio virtudes en la norma, por ejemplo, la consagración de una tutela procesal diferenciada según el derecho que pretenda protegerse y las condiciones económicas sociales de los actores –Véase CABRAL, Pablo O., Cit. y CUESTA, Rodrigo, Cit.–

2 Artículo 5 de la ley 26.854.

da del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable. Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida”.

Este aspecto de la regulación –la vigencia temporal de las medidas cautelares– desde la sanción de la ley ha sido motivo de objeciones constitucionales. Veremos, en lo que se sigue, una interpretación de la cláusula respetuosa de los preceptos contenidos en nuestra Constitución Nacional.

III.- LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA SOBRE INTERPRETACIÓN NORMATIVA.

Corresponde aludir, en este tramo, a los lineamientos fundamentales de interpretación legal que ha enseñado nuestra Corte Suprema de Justicia para, desde esa inteligencia, examinar si la cláusula en cuestión resulta o no lesiva a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales que la integran.

En ese marco, el Máximo Tribunal ha dicho que *“el primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley”*³ y, añadió que dicha interpretación *“debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial”*⁴.

3 Fallos: 326:4909.

4 Fallos: 320:495, 329: 2890, entre otros.

También ha enseñado que *“La interpretación de una norma, como operación lógica jurídica, consiste en verificar su sentido, de modo que se le dé pleno efecto a la intención del legislador, computando los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, pues es principio de hermenéutica jurídica que debe preferirse la interpretación que favorezca y no la que dificulte los fines perseguidos por la legislación que alcance el punto debatido”*⁵.

Bajo tales premisas, la jurisprudencia acuerda que *“la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico”*⁶; por lo que *“no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados”*⁷.

Asimismo, *“debe repararse que la colisión con los preceptos y garantías de la Constitución Nacional –que conduzcan a tal declaración- debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto, debiendo extremarse los recaudos para efectuar una interpretación que, resguardando el mandato constituyente, compatibilice con aquél la norma infra constitucional aplicable en el caso concreto”*⁸.

Frente a las referencias jurisprudenciales analizadas, es dable concluir que nuestra Corte Suprema de Justicia ha conformado a lo largo de los años un sólido criterio, el cual indica que, si bien la

5 Fallos: 320:1495, 329: 2890, entre otros.

6 Fallos: 311:394; 328:4282, entre otros.

7 Fallos: 315: 923, 330: 5032, entre otros.

8 Fallos: 331: 1123.

declaración de inconstitucionalidad de una norma es una herramienta con la que cuentan los tribunales, la misma consiste en un acto grave y delicado, que habrá de ser siempre la última opción a tomar, cuando la hermenéutica jurídica no permita armonizar la norma en crisis con la Constitución Nacional y no quede duda alguna de la conculcación del derecho o garantía afectados.

IV.- ALGUNOS APORTES DOCTRINARIOS.

Con los criterios citados a la vista, cabe citar el aporte doctrinario acerca de la ley 26.854 de María Fernanda Lombardo⁹ quien a poco de sancionada la ley destacó que *“la ley habilita la prórroga de la medida, a cuyo fin no prevé límites a las oportunidades en las que podría ser concedida la prórroga, y sólo exige al juez que vuelva a valorar el interés público comprometido y que la prórroga sea fundada (lo que excluye la posibilidad de que sea automática)”*.

Entonces, dice la autora, *“la fijación de un plazo (de seis meses, o tres, según el caso) no implica que, a su término, decaiga necesariamente la medida. La prórroga es posible y los requisitos para que ella proceda conducen únicamente a colocar al juez interviniente en condiciones en que debe examinar; al menos cada seis o tres meses (según la índole del proceso), la subsistencia de las razones que justificaron la concesión inicial. Lo dicho importa que no parece una intromisión del legislador la introducción de una vigencia temporal, sino el ejercicio de una competencia que le ha sido constitucionalmente conferida, que abarca fijar las atribuciones de los tribunales”*.

En igual sentido, debe mencionarse el razonamiento del doctor Tomás Hutchinson, quien al referirse a este tema señaló *“como debería razonablemente interpretarse”* la cláusula legal. Precisó que: *“la única posibilidad de entender que este límite temporal*

⁹ Véase LOMBARDO, María Fernanda. “Las medidas cautelares contra el Estado...”, *Cit.*

no atenta con la finalidad de la cautelar es interpretar que al vencer el primitivo lapso de seis o tres meses —según el tipo de proceso— el tribunal puede prorrogar la medida por un plazo determinado, no mayor de seis meses —sin que se distinga el tipo de proceso—, y que ello pueda hacerse cada vez que ello sea necesario —no dice la norma que deba existir una única prórroga— para cumplir con el fin para el cual fue dictada. Por lo tanto, el juez está habilitado para otorgar cuantas prórrogas sean necesarias para hacer cumplir el fin de la cautelar”¹⁰.

Con sensatez reflexiona el autor que entender lo contrario sería pensar que el legislador ha obrado a sabiendas en forma irrazonable, creando una restricción inconstitucional. Continuando con esta lógica, posteriormente explica “*La necesidad de tantos periodos de prórroga como sean necesarios en el caso es una solución muy superior a la existente actualmente y obliga al actor a activar el proceso y al juez a controlar su avance. Esta solución que propongo no contraviene la norma, porque ésta no prohíbe las sucesivas prórrogas ni contradice la naturaleza y el funcionamiento mismo de las medidas cautelares, pues, prórrogas mediante, el juez sigue teniendo la facultad de mantener la medida hasta la resolución final del juicio o hasta que lo crea conveniente*”¹¹.

Es dable observar, entonces, que si bien no fueron pocas las posturas doctrinarias que a partir del dictado de la nueva ley señalaron la inconstitucionalidad de la reglamentación del plazo de vigencia de las medidas cautelares, no obstante ello también afloraron los pareceres algunos juristas, efectuando una interpretación de la norma en armonía con los principios constitucionales, la tutela judicial efectiva y la defensa en juicio de quien solicita la protección cautelar frente al Estado.

10 Véase HUTCHINSON, Tomás. “Algunas reflexiones...”. *Cit.*

11 HUTCHINSON, Tomás. *Cit.*

V.- COYUNTURA DEL FALLO EN COMENTARIO.

En consonancia con todo lo referido anteriormente, se encuentra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal el 16 de diciembre de 2014 que motiva este comentario.

Primeramente, antes de abocarnos al análisis de dicho decisorio, cabe citar someramente los antecedentes de la causa:

A través de la Resolución ORSNA N° 123/13, el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos resolvió tener por extinguido, a partir del 1° de agosto de 2013, el contrato que vinculaba a LAN Argentina S.A. con Aeropuertos Argentina 2000 hasta el 9 de julio de 2023. Asimismo intimó a dicha empresa a que, en el plazo de 10 días corridos, haga entrega de las instalaciones edilicias anexas a la Plataforma Sur del Aeropuerto Metropolitano “Jorge Newbery” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo apercibimiento de promover un proceso de desalojo.

Frente a tal decisión, en la fecha 26 de agosto de 2013 LAN Argentina S.A. solicitó el dictado de una medida cautelar contra el ORSNA, para que se disponga la suspensión de todos los efectos de la resolución mencionada.

El fuero Contencioso Administrativo Federal dictó la medida cautelar solicitada por LAN Argentina y ordenó al ente regulador que se abstuviera de interferir con el normal uso, goce y explotación del hangar por seis meses. Posteriormente, y frente al vencimiento de la medida cautelar, se resolvió su prórroga por otros seis meses.

Al operar el vencimiento de la prórroga señalada, esto es, luego de transcurrir un año de protección cautelar en favor de LAN Argentina S.A. y a raíz de la petición de la parte actora, el 18 de septiembre de 2014 la Jueza *a quo* declaró la inconstitucionali-

dad del art. 5° inc. 1° y 3° de ley 26.854¹² y decidió extender la vigencia temporal de la medida cautelar dispuesta hasta que se dicte sentencia en el proceso principal.

Ello lo hizo en el entendimiento de que la norma veda la posibilidad de otorgar más de una prórroga y que ello resultaba lesivo de derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, desconociendo a su vez las facultades ordenatorias e instructorias que tienen los jueces en el ejercicio de su función para ponderar,

12 El referido artículo señala: Al otorgar una medida cautelar el juez deberá fijar, bajo pena de nulidad, un límite razonable para su vigencia, que no podrá ser mayor a los seis (6) meses. En los procesos de conocimiento que tramiten por el procedimiento sumarísimo y en los juicios de amparo, el plazo razonable de vigencia no podrá exceder de los tres (3) meses.

No procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2°, inciso 2.

Al vencimiento del término fijado, a petición de parte, y previa valoración adecuada del interés público comprometido en el proceso, el tribunal podrá, fundadamente, prorrogar la medida por un plazo determinado no mayor de seis (6) meses, siempre que ello resultare procesalmente indispensable.

Será de especial consideración para el otorgamiento de la prórroga la actitud dilatoria o de impulso procesal demostrada por la parte favorecida por la medida.

Si se tratara de una medida cautelar dictada encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa previa, el límite de vigencia de la medida cautelar se extenderá hasta la notificación del acto administrativo que agotase la vía, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8° segundo párrafo

según los hechos de cada caso concreto, el alcance de la medida cautelar a adoptarse con el fin de efectivizar la tutela judicial¹³.

Contra dicha resolución, el ORSNA interpuso un recurso de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal. Se agravió, básicamente de lo siguiente:

- extender la vigencia de la medida cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva en el proceso principal, perturbaría gravemente la posibilidad de que se concreten las políticas públicas que en materia aeroportuaria son específicas del Ente Regulador y se encuentran entre sus atribuciones.

- consecuentemente, la resolución en crisis afecta ostensiblemente la competencia del ORSNA y el correcto desarrollo de la misión como ente público.

- LAN Argentina S.A. no cuenta con un derecho adquirido sobre las instalaciones en las cuales intenta permanecer, sino que el derecho a la tutela efectiva lo tiene el Estado Nacional por ser el titular del derecho de propiedad protegido constitucionalmente.

- no corresponde el otorgamiento de la tutela bajo caución juratoria, ya que, lo que el legislador intentó plasmar en el art. 10 inc. 1 de la ley, es que la persona que solicita una medida cautelar con afectación a los bienes públicos, también pueda ser responsable del daño público que este tipo de medidas suele generar.

- respecto de la declaración de inconstitucionalidad del plazo de vigencia previsto en el artículo 5 alegó que dicha norma fortalece el criterio restrictivo de estas medidas, las cuales no pueden dejar de tener en cuenta si con su dictado se

13 Véase Juzg. Cont. Adm. Fed. n. 11, Sec. n. 21, “Incidente nro. 2 - Actor: Lan Argentina SA — Moritan Demandado: ORSNA — Van Lacke s/inc. de medida cautelar”, expte. 36.337/2013/2/CA2, resolución del 18 de septiembre de 2014.

afecta el interés público, requiriendo en consecuencia una adecuada justificación de la decisión que se adopta. A esto añadió que al impugnar la disposición, la actora no efectuó un planteo debidamente fundado, recordando que la CSJN tiene dicho que, para que una norma sea declarada inconstitucional, no es suficiente una alegación genérica y escueta.

Posteriormente, la actora contestó las críticas efectuadas por la parte demandada refiriendo, en lo sustancial, que los argumentos del escrito recursivo fueron examinados y desestimados por el Tribunal en las resoluciones dictadas anteriormente. Asimismo destacó las gravosas consecuencias que derivarían de la ejecución de la resolución y la necesidad de mantener la protección cautelar hasta el dictado de la sentencia definitiva o, cuanto menos, en el caso de que la Alzada no considere inconstitucional el art. 5 de la Ley de Medidas Cautelares, extenderla por un plazo de 6 meses más.

El Fiscal General, a través de su dictamen señaló que la adecuada interpretación del art. 5º de la Ley 26.854 supera el control de constitucionalidad dado que, de la lectura del dispositivo legal, no surge que se hubiera prohibido expresamente prorrogar la medida cautelar por más de una vez.

VI.- LA SENTENCIA.

Luego de evaluar las circunstancias referidas en el punto anterior y al examinar la cuestión debatida, el Tribunal sostuvo que:

a) En relación a las críticas efectuadas en torno a la procedencia de la medida otorgada –facultades del ORSNA para el dictado de la Resolución en crisis, interés público involucrado en la causa, y ausencia de un derecho adquirido que corresponda a su contraria–, las mismas contaban con una respuesta suficiente en las consideraciones formuladas por el Tribunal en los pronunciamientos anteriores.

Respecto de este punto, señaló que *“en la medida que el recurrente pretende reeditar el examen de los requisitos de verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora que han sido tratados en ambas instancias en las anteriores oportunidades procesales, sin aportar nuevos elementos que demuestren que han variado las circunstancias de hecho y de derecho tenidas en cuenta al momento de fallar y que resulten aptas para revertir lo allí decidido, sus agravios no pueden prosperar.”*

De este modo, consideró que no existía causa alguna que justificara el apartamiento de las decisiones adoptadas, por tal motivo desestimó la apelación en este punto, confirmando la decisión anterior.

b) En punto a los agravios relacionados con la declaración de inconstitucionalidad del art. 5° de la Ley 26.854, la Cámara Contencioso Administrativa –en consonancia con el Fiscal General del Fuero– reflexionó que *“La interpretación literal del artículo, tal como ha señalado el Sr. Fiscal General... conduce a sostener que la norma no prohíbe expresamente prorrogar la medida cautelar por más de una vez. Siendo así, no se advierte que, en el particular supuesto de autos, el dispositivo legal resulte inconciliable con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, habida cuenta que, su aplicación no impide que, de mantenerse las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican admitir la tutela anticipada, tal como ocurre en el caso, pueda prorrogarse su vigencia.”*¹⁴.

Para llegar a dicha conclusión, hizo mención a diversos fallos de nuestra Corte Suprema en los cuales se refleja la reiterada doctrina del Superior Tribunal en torno a la declaración de inconstitucionalidad de las normas, la cual constituye una de sus más delicadas funciones y asimismo un acto de suma gravedad, que ha de ser considerado como la última ratio del orden jurídico ¹⁵.

¹⁴ Véase CNCAF. Sala II. “Lan Argentina S.A. c/ ORSNA s/ medida Cautelar”, Cit. Considerando VI.

¹⁵ Entre las mentadas citas jurisprudenciales, se señaló que “La inter-

Es así que, en base a los fundamentos referidos, el Tribunal indicó que a su juicio el dispositivo legal impugnado no resulta inconstitucional.

c) Al analizar el otorgamiento de un nuevo plazo de vigencia de la medida cautelar otorgada, con ajuste a lo dispuesto por el art. 5° de la ley, consideró que, manteniéndose las circunstancias fácticas y jurídicas que sustentaron la admisión de la tutela anticipada y surgiendo de la compulsa del expediente el impulso en el trámite de la causa principal, se encontraban reunidos los extremos que justifican ampliar el plazo de vigencia de la medida cautelar otorgada a favor de Lan Argentina SA, por 6 meses más.

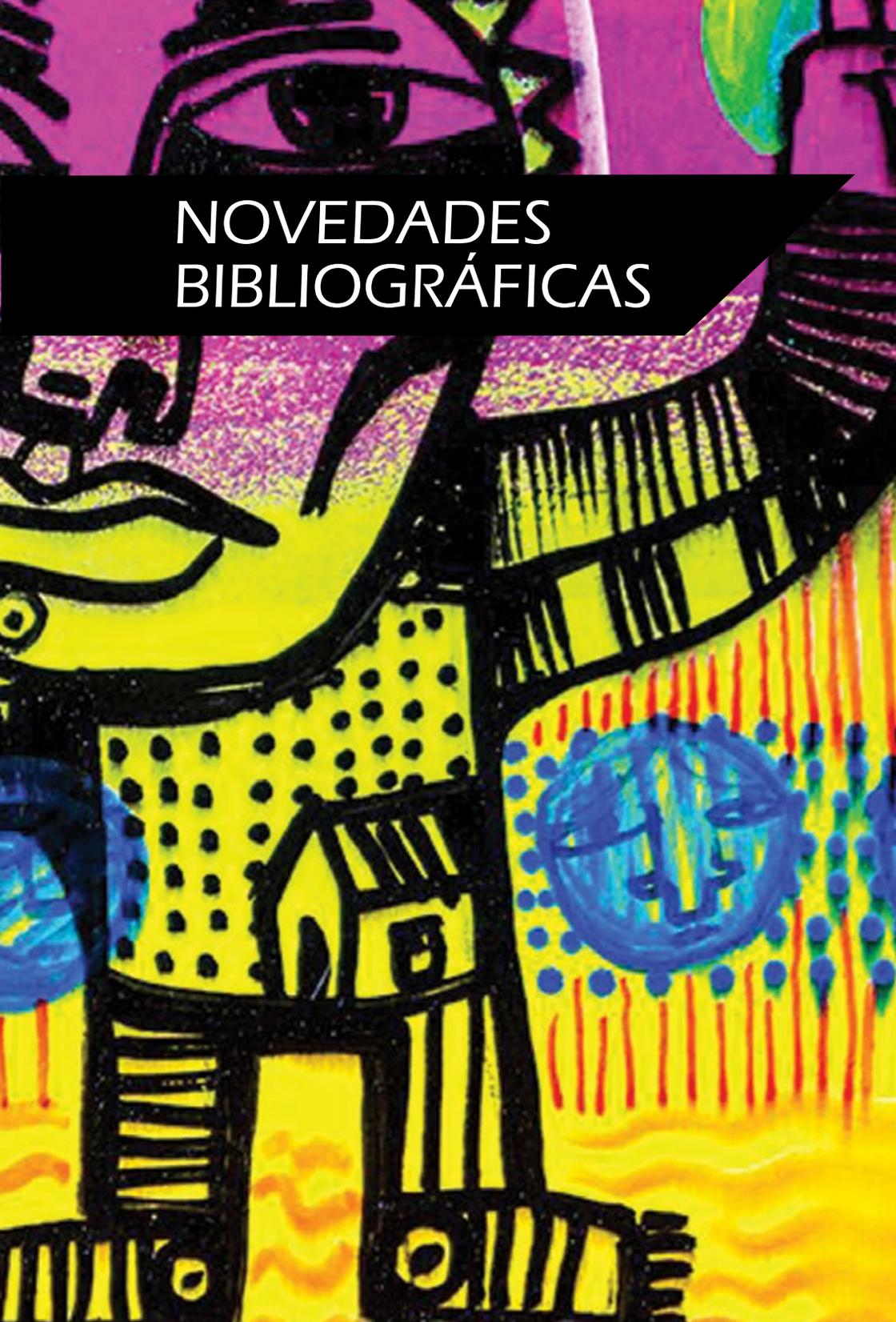
d) De este modo, el Tribunal resolvió: 1°) Confirmar parcialmente la resolución apelada, manteniendo la medida cautelar otorgada a favor de la actora y modificarla en cuanto al plazo de vigencia, que fijó en 6 meses desde la notificación; en punto a la caución dispuesta, sustituirla por una contracautela real. 2°) Dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad efectuada del Art. 5° ley 26.854 y 3°) Distribuir las costas por su orden.

pretación de una norma, como operación lógica jurídica, consiste en verificar su sentido, de modo que se le dé pleno efecto a la intención del legislador, computando los preceptos de tal manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, pues es principio de hermenéutica jurídica que debe preferirse la interpretación que favorezca y no la que dificulte los fines perseguidos por la legislación que alcance el punto debatido...En esa tarea la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador no se presumen.”

VII.- CONCLUSIÓN.

Finalmente destacamos que el criterio elaborado por el Tribunal presenta una importancia notable, dado que es el primer pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones del fuero específico que analiza la constitucionalidad del plazo de vigencia de las medidas cautelares frente al Estado luego de vencido el término primigenio por seis meses y su prórroga por un período equivalente.

A modo de conclusión señalamos que la interpretación de la cláusula legal relativa a la vigencia temporal de las medidas cautelares frente al Estado nos parece valiosa porque se ajusta a los estándares de hermenéutica de las leyes que ha delineado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en esa inteligencia, permite sostener la validez de la disposición legal bajo análisis, garantizando el derecho constitucional y convencional a la tutela judicial efectiva.



NOVEDADES
BIBLIOGRÁFICAS

**El derecho humano a los patrimonios culturales.
Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa
por Alejandro Medici (UNLP).
de Luica Carolina Colombato.**

El necesario texto que tengo el gusto y la gratitud de comentar, es el producto de la experiencia e investigación de la autora, en la promoción del reconocimiento y garantía del derecho a los patrimonios culturales en la Provincia de La Pampa, desde su participación en la sociedad civil y luego desde su trabajo como docente e investigadora en la UNLPam.

Su valioso e importante esfuerzo en esa dirección, es expresivo de la complejidad y dificultad de definir los derechos humanos. Las insuficiencias de hacerlo desde un registro exclusivamente normativo –jurídico positivo quedan ejemplificados en el tratamiento del “nuevo derecho” a los patrimonios culturales. Los derechos humanos son procesos culturales, históricos y sociales de apertura de espacios de lucha (institucionales, normativos, políticos...) por las plurales formas de entender y practicar la dignidad humana. De donde su listado está siempre abierto a la reivindicación de nuevos derechos, de ahí su carácter instituyente, y no solamente instituido, y de ahí su carácter eminentemente crítico, en tanto los derechos expresan predicados normativos inconformistas acerca de las formas en que vivimos. Es decir, acerca de cómo nos relacionamos los seres humanos entre nosotros en los espacios culturales y biofísicos que co habitamos. Acerca de cómo jerarquizamos y clasificamos las relaciones e identificaciones en base al sexo, la cultura, la clase, los fenotipos, etc., y reconocemos necesidades e imputamos satisfactores sociales en base a esas clasificaciones jerarquizadas.

Las subjetividades de derechos, se han ido concretizando y pluralizando en los procesos de lucha y reconocimiento, que nunca han sido formulaciones tecnocráticas “desde arriba”, sino verdaderas respuestas a desafíos y críticas sociales que, independientemente de cual sea el resultado histórico en términos

normativos, son sintomáticas de cambios en las formas de percibirnos como sociedad y de relacionarnos como sujetos sociales. Para esos procesos sociales la modernidad occidental, no sin claroscuros, ambigüedades, avances y retrocesos, ha generado el significante de la dignidad humana: derechos humanos como discursividad disponible para ser re enunciada desde nuevas necesidades, subjetividades y situaciones. Por eso el carácter tensionado entre lo instituido y normado y lo instituyente y normante del campo de los derechos humanos que nunca puede cerrarse (no hay un fin de la historia de los derechos humanos). Derechos humanos exhiben una historicidad abierta y diversos usos posibles.

Las dimensiones del derecho en tanto orden normativo y de las políticas públicas son entonces mediaciones y herramientas no menores sino centrales en esos procesos complejos de derechos humanos, pero no los agotan ni estos pueden reducirse a aquellas. En todo caso hay que conocerlas, comprenderlas y sobre todo saber usarlas como herramientas de avance de los derechos en contextos problemáticos y conflictivos de gran complejidad social.

Resulta entonces fundamental la consideración que realiza Lucia Colombato, desde la doble solidez que le da su experiencia y su formación académica, del derecho humano a los patrimonios culturales. La comprensión de la autora, al situarse decididamente en la mirada del pluralismo y de la interculturalidad es crítica del patrimonio cultural entendido desde la idea de nación monocultural, edificado sobre los “restos” y las “ruinas”. La matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser y la idea moderna de nación implantada en nuestra región, sobre cuya réplica se construyeron inicialmente los estados provinciales, fueron determinantes en la idea de patrimonio cultural de la nación como bien a tutelar. Sus formas elegantes, públicas de expresarse fueron la alta cultura de origen invariablemente europeo y la ciencia positivista (fuertemente imbricada en el darwinismo social) como expresiones de la civilización. Su otra cara fue el engranaje de violencia social (que articula sus manifestaciones estructurales, simbólicas y directas).

Los monumentos, restos y ruinas como objeto de clasificación, examen, y catalogación, era la forma del tratamiento con la barbarie vencida e incluida en “colecciones” museísticas, (incluyendo restos biológicos humanos de pueblos originarios vivientes), conjuntos arquitectónicos y espacios rituales de culturas existentes, intervenidos y catalogados como “ruinas” de interés turístico e histórico educativo dentro de su funcionalidad a la construcción del patrimonio cultural de la nación. Como antecedente inmediato y fresco, de esa construcción inicial del patrimonio cultural y de la idea de nación concomitante, el trasfondo del genocidio social y cultural, denominado “conquista del desierto”, gigantesca operación apropiadora, reductiva y homogeneizadora que marca la institución sesgada del estado nacional, así como de las instituciones científico culturales en su seno, incluso las universidades nacionales formadas en ese período.

Un ejemplo que llama la atención respecto de lo que se juega en términos de autocomprensión en la construcción social del patrimonio cultural y sus diversos procesos y objetos culturales componentes, es la que conecta la historia de los restos humanos que fueron restituidos por la Universidad Nacional de La Plata a distintas comunidades originarias a partir de las últimas dos décadas del siglo pasado, con la idea de nación subyacente y con la concepción misma acerca de qué es, cómo se preserva y promueve el patrimonio cultural. El Museo de Ciencias Naturales de la UNLP, institución que custodia diez mil restos humanos pertenecientes mayoritariamente a pueblos originarios vivientes en el actual territorio nacional, y de otras naciones de la región, por sendas leyes del Congreso de la Nación, restituyó los restos del Lonko Inacayal a la comunidad mapuche-tehuelche de Tecka, en la Provincia de Chubut. Posteriormente hizo lo propio con los del Lonko Panquitrú Guor, más conocido por su nombre colonial y cristiano como Mariano Rosas, a la comunidad ranquel de Leuvucó, en Provincia de La Pampa (Beguelin & Gomez, 2011).

No obstante, los debates previos en el Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Naturales y en el Consejo Superior de la UNLP acerca de la responsabilidad de la institución en la preservación del patrimonio, dilataron la respuesta a las demandas que estaban planteadas inicialmente desde la década de los 70 y obligaron a la sanción de sendas leyes nacionales (23940/1994 y 25.276/2000) para solucionar un problema que la propia institución no pudo zanjar desde sus órganos de autogobierno.

En el primer caso, Inacayal, junto al Lonko Follel, y sus familiares más cercanos, después de ser apropiadas sus tierras por la guerra de conquista denominada por la historia oficial “campana del desierto” y una vez rendidos, fueron engañados y deportados a Buenos Aires. Después de permanecer en el campo de concentración de la Isla Martín García fueron llevados por el Perito Francisco P. Moreno al Museo de La Plata, que dirigía, y sometidos allí a servidumbre y exhibición como una “colección humana viviente”, disponible para fines educativos y “objeto de estudio científico”. Follel pudo dejar el humillante confinamiento tras declararse “argentino” e incluso recibir unas “tierras fiscales” en la Patagonia, a la que retornó. Al Lonko Inacayal, en cambio, le tocó ver la muerte de sus familiares y la exhibición de sus huesos en un corto lapso de tiempo y corrió la misma suerte después de su muerte, producida en circunstancias dudosas, en el mismo lugar de su confinamiento, es decir, el museo plan-tense, en 1888. Sus huesos, cuero cabelludo y cerebro conservado en formol pasaron a integrar el patrimonio antropológico de la institución y por su intermedio de la Nación. En el caso de Panquitrúz, los restos del cacique ranquel fueron profanados del cementerio indígena por el militar Eduardo Racedo, en ocasión de la mencionada “conquista del desierto” y fueron a dar a la colección de Estanislao Zavallos, quien los donó al museo de La Plata.

Resulta destacable que en el catálogo de antropología editado a principios del siglo XX (Lehman-Nische, 2010), figura número, origen y causas de la muerte de los sujetos a los que los restos

pertencen (principalmente óseos, y entre estos mayormente cráneos, aunque incluye también cerebros, cueros cabelludos, huesos y hasta cadáveres disecados), existe una colección de los “recientemente vencidos”, otros murieron en su encuentro con las propias expediciones del museo a la Patagonia en circunstancias que deberían ser históricamente esclarecidas, (Badenes, 2006):

Esqueleto 1769, “Petizo”, toba, Resistencia (Chaco), fusilado en 1886 por orden del coronel Obligado, Colección Spegazzini. Esqueleto 1786, “Michel”, indio araucano (masculino), Corpen Aiken (territorio de Santa Cruz), muerto en 1888 por expedición del Museo.

Esqueleto 1837, “Sam Slick”, asesinado en Rawson, Chubut. Desenterrado por el doctor F. P. Moreno, viaje 1876-1877.

Las técnicas de la ciencia positivista darwinista descartaban, a la hora de verificar empíricamente la idea de evolución desde los estadios de salvajismo y barbarie a la civilización, junto a la importancia del grupo racial en la selección natural y la lucha por la vida, las técnicas más sofisticadas que, en (otros) contextos coloniales, empezaba a usar la antropología funcionalista británica, como la observación o la entrevista etnográfica, para persistir en el naturalismo y biologicismo¹ de colecciones fotográficas realizadas en condiciones de desnudez de mujeres, niñas, niños, ancianos y hombres, medición antropométrica, descripciones

¹ Todavía hoy la carrera de Antropología se estudia en la Facultad de Cs. Naturales y Museo en la UNLP. Aunque por supuesto, con una orientación de los estudios hacia lo cultural y social diversa de sus orígenes institucionales. No obstante, en el Museo de Ciencias Naturales siguen ocupando un lugar destacado, ligado a la historia de la institución, con una sala propia en exhibición, los muebles y utensilios de su primer director Francisco P. Moreno. La imagen humanista del mismo, sostenida por una fundación que lleva su nombre ligada desde hace tiempo a la institución, está puesta en entredicho y demandada su “desmonumentalización”.

anatómicas y fenotípicas, para después comparar con las características de la raza blanca, arquetípicamente en sus exponentes considerados entonces más “puros”.

Estos estudios “científicos” sobre restos humanos inertes y “vivos”, tomados indistintamente como “objeto”, e integrantes del patrimonio científico de la institución y cultural de la nación, fungían como comprobación empírica acerca de la “evolución” y “progreso” de la República Argentina, a partir del mejoramiento, inevitable en la selección natural y la lucha por la vida, de su “tipo humano”. Esta impronta permanece y se acentúa en la transición del museo y su institución sede desde el carácter de universidad provincial a su carácter nacional, por ejemplo, en el propio discurso público de su fundador en la nueva etapa de universidad nacional, Joaquín V. González.²

Solamente en las últimas décadas del siglo pasado y a partir del cambio que supuso la ratificación del convenio 169 OIT

2 *“Eliminadas por diversas causas del tipo común nacional, los componentes degenerativos o inadaptables como el indio o el negro, quedamos solo los que llamamos mestizos por la mezcla del indio y el blanco. Pero a la vez, la evolución de un siglo, obrando sobre una proporción mínima de estos elementos, los elimina sin dificultad, y deja como ley de composición el tipo étnico nacional la de la raza europea, pura por su origen y pura por la selección operada en nuestro suelo sobre la sangre criolla, que es también europea. La enorme ventaja económica de esta evolución, no necesita acaso inventario o prueba: suprimidos los elementos de degeneración o corrupción, que significan debilidad, agotamiento, extinción y en otro orden ineptitud y falta de resistencia para el trabajo creador y reproductivo, quedaba, pues, un producto selecto de sangre blanca pura o depurada, cuyo coeficiente o “ratio” de potencia mental, de labor, de energía y voluntad, y cuya asimilación a las más altas formas de cultura se hallan demostradas por los resultados históricos de las más grandes nacionalidades contemporáneas”* (1979, pp.178-179).

y la reforma de la constitución nacional en 1994 con su incorporación, de pésima técnica constitucional, de los derechos de los pueblos originarios como facultades legislativas del Congreso de la Nación en el art. 75 inc. 17 CN, comenzó el proceso de revisión crítica de las colecciones de restos humanos en los museos, la puesta en práctica de la restitución de los mismos a sus comunidades, como deber inherente a las instituciones estatales correlativa de los derechos de los pueblos preexistentes a los estados nacionales y provinciales, que implican una revisión crítica de la idea de patrimonio cultural, y del imaginario de la nación moderna/colonial que integra.

Es desde la herida colonial que, en casos como estos, el derecho humano a los patrimonios culturales emerge como una petición de principios hacia la reapropiación social, participativa y plural de las funciones que cumple la construcción de los patrimonios culturales. Así entendido, el derecho a los patrimonios culturales es fundamental porque supone y requiere un imaginario de la nación plural social y culturalmente, que entreteje las narrativas de los sujetos sociales (de) (re) construyendo la memoria histórica, redefiniendo el “nosotros” a partir de las alteridades subalternizadas e históricamente negadas y los “legados” en forma plural para articular la dimensión de riqueza cultural y solidaridad intergeneracional.

Lucía Colombato destaca en su estudio no sólo la dimensión orientada hacia el pasado del derecho humano bajo estudio, sino su actualidad y su proyección intergeneracional, así como su vinculación con las múltiples manifestaciones de la cultura popular y de la cultura viviente de una nación plural. El trabajo de Lucía articula entonces la dimensión diacrónica de la historia y la construcción de la memoria siempre en proceso abierto, con la dimensión sincrónica del carácter popular y vivo de las manifestaciones que integran los patrimonios culturales. Lleva razón al destacar que este derecho humano requiere, además de las

garantías jurídicas de amplia legitimación activa judicial inherentes a su carácter de derecho colectivo, las garantías políticas de la participación social en el acceso a la información, la consulta, la decisión, la gestión, el seguimiento y el control de los patrimonios culturales, lo que marca una necesaria obligación en la forma de elaborar e implementar las políticas públicas en todos los niveles del estado, en cogestión con la sociedad civil.

Con su estudio sobre el derecho humano a los patrimonios culturales, con fuertes incumbencias y proyecciones a los derechos culturales en general, ejemplifica cómo los derechos se congloban y tienen dimensiones de bienes públicos relacionales que inciden en su contenido cuando se rediscuten y se redefinen en normas generales o particulares y se plasman en políticas públicas que deben garantizar las dimensiones personales, individuales homogéneas y/o colectivas de los mismos.

No se trata, hablando de derechos humanos, de clasificaciones o categorías cerradas o excluyentes, ya que en su indivisibilidad e interdependencia, todas las categorías de derechos, incluso los “personalísimos”, remiten a esa dimensión relacional de los bienes públicos que les son inherentes, que modulan los contenidos, inciden en la forma histórica de comprenderlos, y de disputarlos. Al mismo tiempo y justamente por eso, los bienes relacionales que son condición de posibilidad e integran el contenido de los derechos, no se corresponden con una dimensión ni homogénea, ni puramente estatal, ni exclusivamente personal, sino social, y por lo tanto siempre en algún grado deliberativa y conflictiva. Eso es lo que permite que las formas de comprender y practicar los derechos humanos tengan una dimensión siempre abierta y dinámica que excede la normatividad instituida.

En el caso del derecho humano a los patrimonios culturales esta tensión se hace evidente al remitir a *locis* y *topois* que son objeto de construcción social y polémica (pensemos en los temas o personajes históricos a monumentalizar o desmonu-

mentalizar, los lugares de memoria, la construcción social de la verdad, la tensión entre selectividad social de las actividades de declaración, clasificación, listado y catalogación con la multiformidad del pluralismo social de una cultura con historia, pero viviente y dinámica). El lugar que en esos procesos toman lo *tremendum horrendum* y lo *tremendum fascinosum* en la construcción de memoria y procesos de identificaciones históricas, las tensiones permanentes entre simbólicas simétricas (mercado, contrato, ágora) y asimétricas (desde las alteridades invisibilizadas, excluidas, humilladas y su disenso) que están presentes en la comprensión cultural de todos los derechos humanos, son, como explica y ejemplifica el trabajo de Lucía, en el caso del derecho humano a los patrimonios culturales, insumos más importantes aún. De ahí la importancia y urgencia del camino que implícitamente propone esta sugerente obra: desarrollar los derechos culturales desde prácticas e investigaciones que permitan sus garantías, concreción normativa, la proyección y evaluación críticas de las políticas públicas, desde el protagonismo de la participación de las sociedades civiles concernidas.

Un ejemplo dramático de la actualidad del género de problemas a los que remite y trata el texto que el público tiene entre manos, es el de la Ciudad Sagrada de los Quilmes, en Tucumán, cuya significación disputada entre territorio ancestral, lugar de identificación simbólico ritual vital para la existencia y reproducción cultural de la comunidad o su clasificación como “ruinas” de interés turístico a poner en valor económico como patrimonio del estado provincial, es un botón de muestra. No se trata de un problema meramente teórico ni conceptual, sino de un caso que muestra la pervivencia cambiante de la matriz de colonialidad del poder y del ejercicio de violencia no meramente simbólica frente a los pueblos originarios. La investigación de Lucía es fundamental para casos como éste, en primer lugar, para visualizar que allí se juega la consideración como derecho humano a los patrimonios que exige la consideración de quiénes son sus sujetos titulares y cuáles son las garantías jurídicas, políticas y las responsabilidades públicas para su efectivización. En el

conflicto de valoraciones, se privilegia el interés económico privado y estatal, se criminaliza la protesta social legítima que reclama por los derechos históricamente negados de los pueblos. Por eso hemos puesto más arriba que el derecho a los patrimonios culturales es “nuevo” para el *mainstream* de los derechos humanos, pero es el fundamental y básico derecho colectivo para los pueblos originarios que se juegan, en casos como éste, su persistencia en el ser.

Finalmente, a contrapelo de una tendencia que ha devenido dominante entre los especialistas en derecho internacional de los derechos humanos, a cuyo conjunto Lucía pertenece, que genera riesgos de sesgos reductivos en la manera de educar y entender derechos humanos, nuestra autora no se limita a comentar informes, normas o sentencias regionales o universales, sino que, al destacar el desarrollo en el derecho público provincial pampeano y general, así como en el constitucionalismo nacional y regional del derecho humano objeto de su análisis, y al construir un marco comprensivo desde las ciencias sociales acorde a la complejidad de su objeto, muestra cómo entre derecho internacional, constitucional y público provincial existe una relación de doble vía, que se puede verificar históricamente por múltiples ejemplos. Resulta suficiente a los fines de este prólogo, mencionar la influencia del constitucionalismo social regional a través de la constitución social de México de 1917 en el desarrollo del esquema institucional tripartito del derecho internacional social y del trabajo en el seno de la OIT, más recientemente, en el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios en el constitucionalismo latinoamericano dado en la Constitución de Nicaragua de 1987, que interpretada en el caso Comunidad Mayagna contra Nicaragua, a partir de la hermenéutica de la cláusula del artículo 29b del Pacto de San José de Costa Rica realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permitió superar las limitaciones de la literalidad del tratamiento del derecho humano a la propiedad privada en el artículo 21 de dicha convención, para de esa forma sentar un preceden-

te fundamental para el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios en los casos análogos que no cesan de producirse periódicamente y finalmente el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad desde la misma Corte Interamericana, por analogía con las mejores prácticas continentales de control de constitucionalidad.

Es de esperar que el derecho público provincial, constitucional federal y el derecho regional de los derechos humanos, siguiendo esta tendencia de doble vía, se inspire tanto en los Informes de la Relatoría Especial en Derechos Culturales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que Lucía toma insumo fundamental en su investigación, como en los desarrollos que surgen de las nuevas constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia (2009) y de la República de Ecuador (2008), para hacer justicia a la relevancia y necesidad de desarrollo que el derecho a los patrimonios culturales tiene.

Ambas constituciones tienen aspectos importantes en el desarrollo de los derechos culturales: El derecho a la autoidentificación cultural (Art. 21 Constitución de Bolivia); El reconocimiento de la diversidad cultural como base esencial del estado plurinacional comunitario, con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones (98.1 CB); El estado asume como fortaleza la existencia de culturas indígenas originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones (98.2); Así como la responsabilidad de preservar, proteger, desarrollar y difundir las mismas (98.3); Considera al patrimonio cultural del pueblo boliviano como inalienable, inembargable e imprescriptible (99.1); Garantiza el registro, protección, recuperación, revitalización, enriquecimiento, promoción, difusión de su patrimonio cultural (99.2); La riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental y la procedente del culto religioso y del folklore, es patrimonio cultural del pueblo boliviano (99.3); Es patrimonio de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las dan-

zas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del estado (100.1); El estado protegerá a los saberes y conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades interculturales y afrobolivianas (100.2); Las manifestaciones del arte y las culturas populares, en su componente intangible, gozarán de especial protección del estado. Asimismo, disfrutarán de esta protección los sitios y actividades declarados patrimonio cultural de la humanidad, en su componente tangible e intangible (101).

En el caso de la Constitución ecuatoriana adoptada en la ciudad de Montecristi en 2008, la misma reconoce el derecho de las personas a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones, a la libertad estética, a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir las expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas (21 CE); a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad, el derecho a difundir en el espacio público las propias producciones culturales (23); a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales (25).

Estos derechos culturales deben ser puestos en la sistemática de sus textos constitucionales como producto de procesos sociales y políticos que al operar una redistribución de poder social hacia los grupos históricamente subalternizados dentro de la matriz estatal moderna/colonial, fueron concomitantes con un cambio profundo en la autocomprensión de la nación que paso a valorizar su pluralismo cultural y a redefinir su historia e identidad. Basta echar un vistazo a los respectivos preámbulos, así como al reconocimiento explícito del carácter plurinacional, plasmado en las formas de estado y de gobierno, fórmulas tales como estado de derechos y de justicia, o la democracia comunitaria

junto a la directa y participativa, la institucionalización del pluralismo jurídico, y la centralidad de la participación social para el cumplimiento de las funciones estatales, para comprender la centralidad de los derechos culturales en esta nueva etapa del constitucionalismo regional y el porqué del amplio desenvolvimiento de los mismos en estas nuevas constituciones.

No podemos dejar de mencionar antes de concluir este comentario, que el trabajo de investigación en torno a los derechos culturales de Lucía, más allá de la finitud del libro que la lectora/ el lector tienen entre manos, está en pleno desarrollo, abriendo nuevos caminos de indagación en un género de derechos relegados en su tratamiento y construcción tanto normativa, como desde las políticas públicas y la comprensión doctrinal. En sus necesarias interdependencia e indivisibilidad con las otras categorías de derechos, los derechos culturales constituyen potentes herramientas críticas de la necesaria apertura plural e intercultural para ir construyendo la universalidad de derechos. Universalidad no *a priori*, dados todos los riesgos de colonialidad que ello implica, sino procesual o de recorrido, siempre en construcción y por eso siempre abierta. Desde prácticas sociales que impliquen avanzar hacia una igualdad social no homogeneizadora y un reconocimiento de las diferencias no discriminatorio ni socialmente inferiorizante.

En especial quedan abiertas aplicaciones de la potente caja de herramientas que nos propone Lucía para investigaciones que constituyen deber de todas las personas comprometidas con derechos humanos: entre otras muchas líneas posibles los derechos culturales y la defensa de la memoria, identidad y pertenencia a nuestra nación plural de los pueblos originarios, el rescate de las culturas populares, la reflexión sobre las formas de protección de la propiedad intelectual de esos saberes, prácticas, productos más pertinente a la naturaleza plural y/o colectiva de sus sujetos y la incidencia del derecho a los patrimonios culturales para visualizar la dimensión cultural en las incongruencias de valoración de territorios y bienes naturales

en la creciente conflictividad socioambiental que se va dibujando en diversos cuadrantes de nuestra región y de nuestra nación.

Resumiendo, el lector/ la lectora tienen en sus manos un texto que no solamente da cuenta en forma actualizada y pertinente todo el desarrollo normativo pampeano, público provincial, federal e internacional del derecho humano a los patrimonios culturales, sino que avanza en la construcción de un marco comprensivo de los derechos culturales y abre vías sugestivas en materia de garantías y de políticas públicas con un perfil crítico y pluralista.

Referencias.

Badenes, Daniel (2006). Restos humanos en el Museo de Ciencias Naturales de la UNLP. Trofeos de guerra. En: Revista La Pulseada. Nro. 43. La Plata.

Beguelin, Marien & Gómez, Silvia (2011). Restitución de restos humanos: debates actuales y posibles escenarios futuros. En: Actas del X Congreso Argentino de Antropología Social.

Gonzalez, Joaquín V. (1979). El juicio del siglo. Buenos Aires. Centro Editor de América Latina.

Lehman-Nische, Robert (1910). Catálogo de la Sección de Antropología del Museo de La Plata. Buenos Aires. Coni Hnos.

OPINIÓN



L.D.C. (1994-2016)
VEINTE AÑOS NO ES NADA.
LA NORMATIVA DEL CONSUMIDOR ¿QUE ES?
por Carlos Echevesti.

Mas de veinte años de permanencia de las reglas del consumidor un nuevo Código Civil y Comercial, y una gran duda: ¿Cuál es la naturaleza de las normas que integran la ley de defensa y protección de los consumidores? ¿Son reglas complementarias, accesorias, o son normas de fondo?

Cualquiera que se acerque a esta columna sabe de qué estamos hablando. Visto los resultados de la decodificación judicial y el uso de estas disposiciones por los tribunales; parecen estar destinadas al ático jurídico al que, el decreto de su última versión, las destinó: Meras reglas *complementarias, preventivas, accesorias o infraccionales*. Leemos: "...Las normas de defensa al consumidor nacen con la finalidad de actuar como *correctores en los contratos de oferta masiva* (2º párr.)..., **no constituyen normas de fondo**, sino que resultan reglas protectivas y correctoras, siendo complementarias y **no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente** (3º párr.)...son normas de derecho interno inspiradas en un régimen *infraccional*, (10º párr.; todos del dec. 565/08)". Aun cuando el dictamen del decreto está vinculado a la observación del P.E. al art 63 de LDC (contrato de transporte aéreo); lo cierto es que va más allá y da una categorización generalizadora de las normas de la ley. Y lo definitivo es que, los tribunales en general, han dado recibido de tal calificación, sin discrepancias.

Esa inteligencia – y otras razones -, explican que, el influjo de esas normas en el conflicto judicial de intereses entre proveedor y consumidor, sea escaso y al mismo tiempo *débil*.

Prueba de lo primero es la insignificante aparición de las previsiones de la *LDC*, en las síntesis de fallos de los sistemas informáticos. De aproximadamente *doscientos mil* sumarios contenidos en la base JUBA - de empleo corriente en la provincia de Buenos Aires-, para las voces: *defensa*consumidor*, apenas aparecen unos cien (el 0,05% de las citas). Teniendo en cuenta la latitud de las condiciones de aplicación de la ley; o si se quiere, la *fattiespecie* de los arts. 1º, 2º, 3º, etc., y las típicas responsabilidades y penalidades instituidas (arts. 40, 52 bis); la conclusión es simple: **O no hay conflictos en la materia, o si los hay constituyen una peccata minuta resuelta en las escalinatas del foro.**

Prueba de lo segundo - la débil incidencia de la normativa en la solución de litigios-, es el sitio *marginal* que ocupan dichas normas en la mención del fundamento legal de la sentencia. Así es; luego de la precisa anotación de las reglas que fundan al decisorio -y que el tribunal ha considera resolutivas del pelito-, aparece al final algún artículo, o la cita al bulto de la ley 24.240.

Un par de muestras del trato complementario que la jurisprudencia les prodiga, están en estas expresiones: “...*En materia de responsabilidad civil, las normas de la LCD no desplazan a las del código civil, aunque las pautas del art. 1198 del c.c. se agudizan cuando el negocio cae bajo la protección de las normas del consumidor*” (SCBA. in re Ponce, 2003, In re Rojas 2010). Ahora bien, si la fuente de la responsabilidad es una *relación de consumo*, y las reglas del estatuto son prescriptivas - no retóricas -, claro que deben regir y desplazar las del derecho común; más aún, para eso están. Reparemos en este otro galimatías: “...*Siguiendo las pautas sentadas por el más alto tribunal..., la relación jurídica que une a los usuarios de la ruta con la concesionaria es contractual y de consumo* - pero seguidamente se cita en fundamento los arts. 512, 902, 1197, 1198 y *ccdtes.* del *cód. civ.*;- al final de esta extra-sistemática enumeración, - pro-

bablemente por cortesía – aparece en mención global, *ley 24.240* (S.C.B.A, in re Bucca, 2010). Los jueces inferiores, en los más diversos temas, repiten el gesto. Luego de declarar comprendido al *sub iudice* dentro de las normas del consumidor (Créditos para el Consumo, Intereses, Seguro, etc.), aparece de inmediato el desplazamiento de sus reglas por las disposiciones civiles y sus lecturas que, por *aggiornadas* que sean, son impropias para desentrañar vínculos y responsabilidades originadas en una fuente que esas reglas desconocieron, ni pudieron sospechar.

Lo que queda en claro es que: Para los tribunales en general, *la relación de consumo* no es una fuente autónoma de obligaciones, magüer su reconocimiento en el plano legal y supra-legal (arts 3 LDC y 42 de la C.N.); y por ende, las normas del estatuto, no regulan, ni consagran obligaciones, ni instituyen derechos de fondo, con origen o en ocasión de aquella fuente. En consecuencia sus preceptos no deciden nada. En todo caso, colorean, refuerzan o enfatizan una decisión; como la peroratio en la retórica, se emplean para persuadir. Como corolario de todo ello, la Ley 26.361 – modificando el estatuto de la 24.240

– había receptado la figura del consumidor expuesto en estos términos: ”Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, *sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia y en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final*, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y ***a quien de cualquier manera está expuesto a una relación del consumo***”. La tutela extendía su cobertura en un programa de clara ampliación de derechos a favor de la persona a la que la relación de consumo puso en situación de ser perjudicado o dañado. Pero el reciente Código Civil y Comercial argentino (art. 1092), con una mirada “retro” de la cuestión, invirtiendo el signo de la tutela direccionándola a los proveedores, abroga el derecho consagrado en la ley especial. No repara el nuevo código en las consecuencias nocivas que las relaciones

de consumo pueden implicar para todo aquel que de alguna manera quede bajo su riesgo. Con indisimulable resignación, en los *fundamentos* del anteproyecto del código, el legislador se deslió en intentar mostrar como razonable la inaceptable restricción. Como adelantamos, a los tribunales en general, les cuesta admitir la relación de consumo como una fuente autónoma de obligaciones; y si a ello sumamos que para la nueva ley civil, la persona puesta en peligro por la relación de consumo no es digno de una tutela específica, a la inobservancia de la ley, se le suma su propio repliegue.

En fin, en el espacio jurisprudencial, la normativa del consumidor es, como sus veinte años, poca cosa.

Las políticas públicas contra la pobreza
en un Estado inclusivo.

por Mariano Lovelli

Frente a los actuales datos que evidencian un abrupto aumento de la pobreza en los primeros meses del gobierno PRO, me propongo analizar cómo las políticas de inclusión, las políticas del estado de bienestar post neoliberal desarrolladas en nuestro país a partir del año 2003 lograron establecer un combate directo contra la pobreza, garantizando pisos mínimos de manutención de los sectores sociales más vulnerables y más golpeados por el neoliberalismo. Dicho de otro modo, como a través de un ingreso ciudadano —para la niñez, para la vejez- o a través de la fijación del salario mínimo vital y móvil se asegura a la población evitar tener hambre, y con eso garantizar el derecho a la alimentación. Frente a las actuales promesas neoliberales de “pobreza cero” expondré en contraste los avances reales alcanzados en la pasada década por un Estado de bienestar inclusivo que garantizó el efectivo cumplimiento de muchos derechos sociales básicos.

Aldo Isuani ha escrito que por “Estado de Bienestar” se entiende “un conjunto instituciones públicas destinadas a elevar la calidad de vida de la fuerza del trabajo o de la población en su conjunto y reducir las diferencias sociales ocasionadas por el funcionamiento del mercado”.

La lógica del desarrollo de estas instituciones obedece a dos factores determinantes: el mantenimiento del orden social; es decir, el surgimiento de ‘la cuestión social’. Y conjuntamente a esto, también obedece a necesidades de legitimación y apoyo político. Es decir, el conflicto social y la competencia política en un contexto de creciente democratización determinaron el origen y el desarrollo del Estado de Bienestar.

Se basa en dos pilares, dos ideas fuerza: las de seguridad e igualdad. A su vez, por su propio origen, por tratarse de medidas de redistribución de ingreso, por buscar horizontes, pisos de

consolidación de ciudadanía ante la presión de los sectores populares marginados de la sociedad, las instituciones del Estado de Bienestar son rígidas: una vez que son otorgadas, resulta muy difícil eliminarlas, desandar el camino del reconocimiento de derechos. Porque donde había una necesidad, se repara a través de un derecho, los sectores beneficiados por la protección del Estado lucharán por sostenerlos. Como podemos observar hoy, resultó inevitable el conflicto social ante el sólo intento de su eliminación. No solo eso: en muchos de los casos de políticas de EB, esa rigidez no sólo se obtiene desde su legitimidad sino también a partir de su legalidad: el tratamiento legislativo de las políticas de EB le otorgan un rango jurídico que hace además de cumplimiento obligatorio al Estado llevarlas a cabo y no discontinuarlas en el tiempo. Y en caso de su incumplimiento, habilita expresamente a los ciudadanos afectados a peticionar judicialmente por su exigibilidad.

Además de la rigidez, otra de las características fundantes de estas instituciones es su universalidad; vale decir son otorgadas de manera genérica a todo un universo de personas pasibles de ser alcanzadas por dichas políticas en la medida que cumplan con determinados parámetros objetivos para su otorgamiento. Esta universalización lo que genera además es evitar los particularismos, las políticas particularizadas que muchas veces caen en el riesgo de convertirse en clientelares. La universalidad es incompatible con el clientelismo, desde donde se entrega a un universo general sin mayores intermediarios para su otorgamiento.

Hecho este primer enfoque teórico del Estado de Bienestar, vamos a indagar cómo en la Argentina del Siglo XXI las políticas reparatorias del estado inclusivo desarrolladas por el anterior gobierno nacional, este estado de bienestar autónomo latinoamericano, han disminuido los índices de pobreza y de cómo la institucionalización de dichas políticas asegura a la población el derecho a alimentarse al ser beneficiario de diversas asignaciones.

Para eso, debemos decir que el modelo neoliberal instaurado en los años '90 tanto en nuestro país como en la región repercutió de manera desigual sobre la sociedad. No sólo se agudizó la condición de exclusión de algunos grupos, sino que se amplió la dimensión del fenómeno de segmentación social. La receta neoliberal pregonaba para su correcto funcionamiento la completa pasividad del Estado en la redistribución del ingreso. Prácticamente no existieron programas contra la pobreza.

Para el año 2002, la crisis económica, el fin de la convertibilidad y la devaluación de la moneda dejaban al desnudo de manera brutal todas estas deficiencias. Índices de indigencia y pobreza escandalosos, donde esta última superaba el 50% y afectaba por igual a todos los grupos etarios: afectó tanto a niños, como a trabajadores, a desocupados y a adultos mayores. Si el objetivo imperante del modelo neoliberal había sido el sostenimiento de un tipo de cambio fijo y la estabilidad financiera de los grupos económicos concentrados, la gestión entrante tenía el desafío de cercenar la dinámica de empobrecimiento y vulnerabilidad imperante en nuestra sociedad.

De allí que sólo un cambio copernicano en cuanto a la actitud y actividad del Estado respecto a la generación y promoción de diversas políticas públicas podía revertir esa situación de marginación, pobreza y miseria en la cual se encontraban inmersos millones de compatriotas.

Por lo tanto, hay que entender que el acento puesto en la lucha contra la pobreza y la distribución y redistribución del ingreso era la clave para mitigar e ir soldando las fracturas sociales padecidas durante la aplicación del modelo neoliberal.

Esas políticas públicas que detectamos como claves para lograr ese fin, políticas de Estado de Bienestar, no fueron otras que la **Universalización del Sistema Previsional**, la **Asignación Universal por Hijo**, y la fijación anual del Salario Mínimo Vital y Móvil a través del Consejo del Salario.

Ya mencionamos antes los escalofrantes datos de pobreza (53%) y desempleo (24%) que sufría la sociedad argentina al inicio del siglo. A los problemas que tenía la población económicamente activa en cuanto al empleo, se sumó el desamparo de muchas personas, adultos mayores, que por falta de aportes en sus años trabajados o por falta de años ante un despido en edad madura, no pudieran acceder a una jubilación. A su vez, se realizó una fabulosa transferencia de activos, al crearse el sistema de capitalización, mediante la aparición de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP). Aquí, no sólo imperaba la lógica del mercado, el individualismo sino además que eso se realizaba con los propios dineros que el Tesoro Nacional giraba al sistema privado. Ello, conjuntamente al alto grado de desempleo, generó una caída del nivel de cobertura previsional al 66% de la población en condiciones de jubilarse. No solo eso, sino que se dejó de lado la idea rectora del principio del sistema de reparto: el de ser un instrumento para la redistribución de ingresos. Es decir, en éste, el aporte realizado por el trabajador no era el único criterio para determinar el haber previsional. La financierización del capitalismo, aplicada de manera salvaje en nuestro país, despedazó este sistema y sus pilares fundacionales. La ley 24.241 estableció el sistema mixto con la entrada del régimen de capitalización, pero no había dudas sobre el favoritismo de ese estado privatizador sobre éste sistema. A su vez, se aumentaron la cantidad de años como la cantidad de aportes para poder acceder a una jubilación.

Por lo tanto, un tercio de la población adulta mayor no podía acceder a su jubilación, sumado a ello el congelamiento en el valor de las pensiones y jubilaciones por más de una década hizo que la población adulta mayor fuera especialmente vulnerable y que, en estado de pobreza, no tuviera garantizado el derecho a alimentarse.

La reversión de esta situación se produjo a partir de una batería de políticas las cuales detallamos: moratoria previsional, eliminación del sistema de capitalización (AFJP), ley de Movilidad Jubilatoria.

Primeramente, a través de la **moratoria previsional** sancionada en el año 2005, logró incorporar a los ‘autónomos’ con problemas de regularización de aportes pudieran acceder a un plan de pagos para poder así acceder al beneficio (ley 25.994 y decreto 1454/05, reglamentario de la ley 24.476).

Luego una segunda decisión política de trascendencia, la creación del **Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)**, a través de la sanción de la ley 26.425, pone fin al sistema de capitalización privado (AFJP) y establece un nuevo régimen, público, solidario y de reparto. A partir de ese momento, el pago de las prestaciones comenzó a realizarse mediante recursos provenientes de los aportes y contribuciones previsionales efectuados por los trabajadores en actividad, junto a impuestos específicos recaudados por el Estado. Es decir, si bien la ANSES recibe un gran flujo de fondos proveniente de los trabajadores activos, participa también de la distribución de impuestos específicos recaudados por el Estado (IVA, Ganancias entre otros). Es decir, casi la mitad de los fondos que ingresan a la ANSES no provienen de los trabajadores activos sino de contribuciones del Estado Nacional y de la participación en la recaudación impositiva. Esto viene a romper una de las zoncetas de este siglo 21, ‘la plata de los jubilados’.

Estas medidas contribuyeron decisivamente a ampliar la cobertura y a asegurar la solvencia del sistema. Pero además, tuvieron un profundo componente equitativo y de justicia social: se retribuyó a los adultos mayores que, sin acceso a la jubilación por aportes, contribuyeron mediante el pago de impuestos. Generalmente las personas con mayor inestabilidad laboral -trabajadores informales y/o desocupados- perciben salarios de menor cuantía, los cuales se destinan exclusivamente al consumo, fundamentalmente de alimentos. Considerando que el consumo está gravado por el IVA (cuya alícuota es del 21%), este grupo estaría soportando una carga impositiva substancial, al tiempo que con la lógica contributiva clásica estarían excluidos del sistema previsional.

La tercera de las medidas de vital trascendencia en torno al análisis que estamos realizando es la **ley de movilidad jubilatoria**. Durante la vigencia de la convertibilidad y hasta el año 2003 (más de 12 años) el haber mínimo no sufrió modificaciones. A partir de dicho año comenzaron lentamente a actualizarse dichos haberes a través de decretos y demás actos administrativos del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la situación se consolida de manera favorable para los jubilados y pensionados con la sanción de la ley 26.417, cuya entrada en vigencia comenzó a partir del año 2009. La fijación por ley de dos aumentos anuales, lograron varias metas: por un lado, robustecer y mejorar el poder adquisitivo de los beneficiarios, a su vez, lograr una mayor cantidad de beneficiarios que pudieran ser alcanzados por esta política. Esto además, mejoró la situación en provincias donde existía un alto porcentaje de trabajo informal o desempleo, lo cual reactivó a través de estas contribuciones las economías locales ya que se incorporaron al consumo millones de compatriotas.

En un estudio muy completo y logrado sobre la evolución del sistema previsional argentino presentado en el V congreso AEDA en Buenos Aires, agosto de 2012, los investigadores Mariana Benigni, Ariel Lieutier y Gustavo Ludmer (economistas de la UBA) establecieron que mientras en el año 2003 la jubilación mínima representaba el 50,1% de la jubilación media, hacia el año 2011 esta proporción ascendió al 75,6%. Entre los años 2006 y 2011 la cantidad de beneficiarios del Plan de Inclusión Previsional ascendió a más de 2.600.000 y en su mayoría accedieron al haber mínimo. Así, mientras que en el año 2002 el 5% de los beneficiarios correspondía a la categoría de haber mínimo, en el año 2011 esta cifra trepaba al 75%. Es decir, a lo largo del tiempo, las distintas medidas y políticas no sólo contrarrestan las variaciones de los precios, sino que posicionan a los adultos mayores en una situación de mejoría considerable respecto al año 2003. Desde el año 2003 hasta el año 2013, con las actualizaciones semestrales desde 2009 por ley, el haber mínimo se ha incrementado un 1.551%.

A su vez, con la vigencia de la segunda etapa de la moratoria previsional, al año 2015, se habían duplicado la cantidad de personas jubiladas y pensionadas. El 2003, existían 3.201.470 personas alcanzadas mientras que 12 años después, la cantidad asciende a 6.579.475. Al final del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, con la extensión de la moratoria, se había alcanzado la universalidad del sistema previsional argentino, teniendo un 97% de cobertura.

Así como la recuperación del sector pasivo, de los adultos mayores se produjo a partir de lo que acabamos de expresar, ello se complementa con la segunda de las políticas que queremos destacar: el de la **Asignación Universal por Hijo**.

El Estado Nacional a través del decreto 1602/09 puso en funcionamiento una asignación universal destinada a la niñez y la adolescencia. Cabe destacar que si bien existieron diversos proyectos parlamentarios y sindicales en torno a la creación de una cobertura similar, la decisión política del Poder Ejecutivo, se encuentra enmarcada dentro de un conjunto de baterías tendientes a garantizar un ingreso ciudadano a los sectores más desprotegidos. Es decir, se da esta política a la niñez conjuntamente con la política de mejoramiento y ensanchamiento del sistema jubilatorio para los adultos mayores.

La asignación universal por hijo logró poner en igualdad a aquellas personas que no cuentan con un empleo formal o que se encuentran desocupadas o que perciban una remuneración inferior al Salario Mínimo Vital y Móvil. Es decir, con este ingreso se universalizan las asignaciones familiares, dado que se equiparan aquellas que efectivamente perciben aquellos trabajadores formales con hijos menores de edad. Es decir, contra la crítica de que la AUH no es universal, lo que hace –muy por el contrario– es universalizar la prestación porque llega, alcanza a un sector social muy importante pero que no era pasible de gozar de tal beneficio.

Si bien se las diferencia, las asignaciones por hijo (sea la AUH o la familiar para los trabajadores registrados) son abonadas en su totalidad por el Estado Nacional a través de la ANSES. Por eso decimos que con la aparición de la AUH las asignaciones se universalizaron, porque se suman a las preexistentes, también abonadas por el Estado Nacional.

Además de asegurar un ingreso ciudadano para todos los niños y niñas del país, establece mecanismos que incentiven y favorezcan la escolarización y la sanidad, dado que para percibir la totalidad de la asignación, los padres que perciban la misma deben presentar certificados de escolaridad, de buena salud y de cumplimiento del calendario de vacunación. Es decir, exige incluso determinados requisitos que no se les exige a los trabajadores formales que perciben la asignación familiar por hijo.

Este mecanismo resultó fundamental para el combate contra la pobreza, en este caso infantil. Ese ingreso ciudadano infanto-juvenil asegura –así como sucede con los adultos mayores- determinados niveles de alimentación, toda vez que el consumo de alimentos es el primer gasto que tienen las personas.

El éxito obtenido en la aplicación de la AUH, promovió su extensión a los niños por nacer, con la Asignación Universal por Embarazo, y también a aquellos jóvenes que quisieran culminar sus estudios secundarios, o iniciar los terciarios/universitarios o concurrir a un centro de formación profesional. De tal modo se estableció el programa PROGRESAR. Vale decir entonces, que la cobertura para este sector comienza desde la gestación dentro del vientre materno y culmina recién a los 24 años (o la finalización de sus estudios, lo que ocurriera antes).

El total de las asignaciones –incluyendo la de los trabajadores formales- que la ANSES tenía otorgadas al inicio del año 2015 ascendía a la cantidad de 7.851.409 beneficiarios. Si a dicha cantidad le adicionamos la cantidad de jubilaciones y pensiones

contributivas otorgadas al mes de julio de 2015, la cantidad de personas alcanzadas por la Seguridad Social asciende a 14.430.884. Si además agregáramos las pensiones no contributivas que otorga el Ministerio de Desarrollo Social y las Pensiones otorgadas a ex combatientes de Malvinas, estaríamos alcanzando la cifra de 16 millones de ciudadanos.

La Asignación Universal por Hijo, fue reconocida por diversos organismos internacionales por su aporte a la lucha contra la pobreza, fue en el año 2015 dotada –amen de su legitimidad– de un mayor nivel de legalidad. En efecto, en el mes de julio del corriente año se le dio tratamiento parlamentario y se sancionó la ley 27.160 de movilidad de la asignación universal por hijo (conjuntamente a la asignación universal por embarazo, las asignaciones familiares para empleados registrados y otras 7 asignaciones familiares más). En rigor, se les dota de fuerza de ley la actualización semestral automática dado que se establece el mismo cálculo que el establecido para las jubilaciones que fuera aprobado por la ley 26417. Por lo tanto, no solo se universalizan las prestaciones (de niñez, adolescencia y vejez) sino que se consolida y se estandariza el incremento de manera semestral y bajo un mismo cálculo. Además, cada uno de estos aumentos han generado un mayor poder adquisitivo toda vez que ellos estuvieron por encima de los cálculos del aumento del índice de precios al consumidor.

Finalmente, la tercera pata, la tercer política de bienestar que no podemos dejar de mencionar es la actualización anual del **Salario Mínimo Vital y Móvil** que establece el Consejo del Salario, ente integrado por las cámaras patronales, las entidades sindicales, el Ministerio de Trabajo y representantes de las Provincias.

El marco de la discusión en torno al valor del SMVM marcará la pauta de las discusiones salariales paritarias de cada sector. Sin embargo hoy se encuentra en discusión la imperiosa necesidad de un constante y continuo aumento en su valor, que en los años

pasados ha hecho de tal modo que el piso de las discusiones y negociaciones salariales sean por el alza y no a la baja. Esto no podría suceder en un contexto de retracción de la economía y de un aumento del desempleo; muy por el contrario, este aumento —que va desde los \$250 en el 2003 a \$ 5.588 a agosto de 2015— denota con claridad un contexto de expansión o amesetamiento de los niveles de empleo, pero no de retracción.

Con estas tres políticas de bienestar, que abarcan a todas las franjas etarias de las personas (niñez, adolescencia, adultez, vejez) se logró un piso de ingreso para todos los sectores que permitieron a la población gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales básicos. Como llegamos a esta conclusión? Porque bajan los índices de pobreza. Y el combate a la pobreza ha sido uno de los pilares del Estado Inclusivo no sólo de nuestro país, sino de un gran número de países hermanos de nuestra Latinoamérica.

No es menor ni por causas del azar que según el informe de la FAO de 2015 sobre el estado de inseguridad alimentaria en el mundo, ha asegurado que América Latina ha sido la primera región del mundo en reducir a la mitad la población que en 1990 padecía hambre, objetivo incluido en el primero de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU hasta el 2015. Si hace 25 años ese porcentaje en Latinoamérica y el Caribe era del 14,7% de la población, la estimación para el bienio 2014-2016 señala que ha caído al 5,5%. Para lograr esos avances no hay fórmulas mágicas sino políticas de estado eficaces para combatir el flagelo del hambre y la pobreza. Y está claro de acuerdo a lo que venimos desarrollando en este documento que sin dudas la universalización de asignaciones que garantizan un ingreso ciudadano van en ese camino.

La región no se ha quedado conforme con esa drástica reducción de los niveles de pobreza. La III Cumbre de la Celac, desarrollada en Costa Rica en enero de 2015 aprobó la Iniciativa América

Latina y Caribe Sin Hambre 2025, que busca erradicar el flagelo del hambre, a través del desarrollo de un plan para la seguridad alimentaria y de nutrición.

Para poder avanzar en este Objetivo, la Celac –con la asistencia técnica de la FAO- debe sustentarse sobre cuatro pilares: coordinar estrategias de seguridad alimentaria mediante políticas públicas que faciliten el comercio y los programas de abastecimiento de alimentos saludables para lo cual se fomenta la agricultura familiar y los programas de transferencias de ingresos a cambio de condiciones como mantener a los hijos en la escuela, entre otros aspectos.

Como corolario y a modo de conclusión, podemos sostener que a los efectos de continuar con este proceso de combate contra el hambre y la pobreza iniciado en 2003, es necesario retomar las políticas del Estado de Bienestar, que han generado la inclusión de millones de compatriotas, asegurándoseles el derecho a alimentarse. No solo ha sido eficaz en nuestro país, sino que es uno de los pilares que la región ha tomado para avanzar con el cada vez menos utópico objetivo de tener un continente libre de hambre, con el derecho a la alimentación debidamente garantizado.

Universidades

por E. Raúl Zaffaroni

Nunca fue tan claro como en este siglo XXI que saber es poder, algo que las elites siempre supieron. En la Argentina nunca tuvimos aristocracia y hoy ni siquiera tenemos oligarquía, sino sólo una aspiración elitista de alguna riqueza concentrada que sintetiza su pensamiento bajo el lema de no avivar giles.

La polarización del siglo XX está sepultada en el pasado y lo que se discute hoy en el mundo es inclusión o exclusión o, en otras palabras, progreso o regresión en la realización de los derechos humanos. Por obvia que sea la fórmula todo ser humano es persona, lo que se discute mundialmente es si avanzamos o retrocedemos en su realización.

Como en nuestro país y en los últimos doce años se están avivando demasiados giles, es verdad que eso es peligroso para el proyecto transnacional de sociedad excluyente.

Cuanto más habitantes sepan y aprendan algo, más instrumentos tendrán para obtener sus derechos, cuando ya no hay zares ni palacios de invierno para tomar, porque el único palacio de invierno de nuestro tiempo es el saber.

Las distancias entre las naciones como entre las capas sociales internas, no las determina sólo la riqueza, sino que se marcan con discriminación en el saber, en la tecnología y en el know how.

Para nuestros propulsores locales del modelo de sociedad excluyente (30 por ciento incluidos, 70 por ciento excluidos), las universidades del conurbano bonaerense y las creadas en las provincias, son peligrosas fuentes de conciencia ciudadana y de reparto del know how.

Al modelo de sociedad excluyente se le impone contener la expansión del saber, para frenar la reproducción de potenciales propulsores de la inclusión social.

Es comprensible que desde el modelo excluyente se quejen de la existencia de demasiadas universidades públicas y gratuitas y las consideren un gasto inútil, aunque si fuesen más sinceros, tendrían que considerarlas un gasto perjudicial, porque son eso para su proyecto de exclusión.

Los argentinos disfrazados de aristócratas siempre resistieron la ampliación del acceso a la universidad, que desde la Reforma Universitaria de 1918 hasta el presente avanza enfrentando sus aspiraciones elitistas.

Es natural que se pongan muy nerviosos al constatar que el 90 por ciento del estudiantado del conurbano es una primera generación de universitarios, que gran parte proviene de hogares humildes, que recorren calles de tierra, que trabajan.

Siempre les molestó la gratuidad de la enseñanza universitaria. Cabe recordar la fugaz gestión de López Murphy en 2001, aunque hoy ese discurso se oculte por poco táctico.

Pero el acceso a la universidad no se garantiza sólo con que la universidad no cobre aranceles, porque es igualmente inaccesible si el estudiante debe pagar transporte, libros y materiales, viajar dos, tres o más horas y también trabajar. Menos aún es accesible para quien en alguna provincia, directamente deba mudarse a otra ciudad.

El no pago de aranceles es necesario para el acceso a la universidad, pero en modo alguno suficiente. Las universidades del conurbano y las nuevas nacionales en provincias, están llevando la enseñanza universitaria hasta donde nunca había llegado: el barrio, la propia ciudad, el municipio.

Demasiadas facilidades! ¡Lo gratuito no se valora! ¡Sólo se valora lo que se obtiene con sacrificio! No lo dicen en voz alta nuestros aspirantes a elitistas, pero lo piensan y susurran en la intimidad confidencial favorecida por algunos rubios champanes.

Herbert Spencer, el ideólogo racista del liberalismo económico del imperialismo británico del siglo XIX, decía lo mismo: la enseñanza no debe ser gratuita, porque no se valora y aprenden a leer libros socialistas. Su discurso fue acogido en su tiempo por todas las oligarquías de nuestra región.

¿Sacrificio? Estudiar requiere un esfuerzo que debe exigirse, pero el sacrificio jamás puede exigirse. Los que se sacrifican son meritorios, se los considera héroes y hasta se los eleva a los altares, pero ninguna sociedad puede exigir sacrificios, y menos para capacitarse. ¿O es que los pobres deben ser héroes para aprender y los ricos no?

Lo que alarma a nuestros procónsules del modelo transnacional de sociedad excluyente es, justamente, que estudiar vaya dejando de ser un sacrificio para los sectores subordinados, y tengan el mismo acceso a la formación universitaria que los segmentos acomodados. Con las nuevas universidades sólo se tiende a exigir paridad de esfuerzo, y por eso tienen miedo, no sea que los otros se esfuerzen más.

Si nuestras aspirantes a elitistas realmente quisiesen el desarrollo y la afluencia de capital productivo, si en serio pensasen en la industrialización, no considerarían inútil el gasto en universidades, porque el capital productivo requiere elemento humano técnico, bien preparado. Las universidades son una inversión para el desarrollo industrial, pero ellos prefieren abrir la importación.

Aducen nuestros vernáculos imitadores de elites lejanas que hay un despilfarro, porque hay deserción universitaria. Mienten mucho al respecto, pero además, si la hubiera, tampoco sería un gasto inútil. Quienes deserten, de alguna manera llegaron a

la universidad y, aunque no egresen como profesionales, serán mañana trabajadores, o también dirigentes, sindicalistas, políticos o empresarios. ¿Será acaso un gasto inútil que hayan pasado por alguna universidad? ¿No será útil que en la actividad que emprendan sepan algo más?

Otra cosa que les preocupa es el nivel, aunque nunca hayan manifestado la misma preocupación por el de las universidades privadas.

Pero al margen de eso surgen otras dudas. ¿Acaso no saben que no hay país en el mundo, por poderoso que sea, que no tenga más que un escasísimo número de excelencias creativas en cada rama del saber, y que los otros docentes universitarios son repetidores más o menos informados? ¿No saben que las pocas cúspides científicas que cada país tiene se reparten y las universidades se especializan?

¿No será que en vez de discutir una cuestión de nivel académico, están discutiendo un modelo de universidad? Si lo que pretenden es una universidad de altísimo nivel, que concentre las excelencias, para que en ella se forme el think tank de una minoría hegemónica, tienen razón, porque ese no es el modelo de universidad pública y gratuita que requiere una democracia.

Por otra parte, parece que también ignoran que buena parte de los científicos y pensadores del mundo que revolucionaron su saber, trabajaron en universidades pequeñas y provincianas, mientras no pocas veces los catedráticos de las grandes universidades les ofrecieron resistencia, en defensa retrógrada del saber oficializado.

Pero además de todo lo dicho, es menester advertir que no estamos solos en este mundo polarizado entre modelos de sociedad incluyente y excluyente y, por ende, los modelos de universidad deben enmarcarse en esa contraposición.

En la carrera de derecho, por ejemplo, la reducción de los estudios del primer ciclo universitario a cuatro años, acordada en el famoso Plan Bolonia europeo, elimina todas las asignaturas que hacen a la formación histórica, sociológica, filosófica y cultural, para producir solamente abogados tramitadores.

Si bien los dos ciclos siguientes habrán de producir a los juristas, éstos serán los menos y, al fin, su trabajo consistirá en reproducir tramitadores. Centrados en esta tarea, es lógico pensar que sus elaboraciones serán cada vez más pobres y mucho menos críticas, limitadas a visiones parciales, tecnocráticas y funcionales a las corporaciones oligopólicas que se disputarán los servicios de los mejores tramitadores. Por ende, la subestimación de nuestras universidades públicas y gratuitas no es una creación intelectual de nuestros aspirantes a elitistas, cuya inventiva sólo les alcanza para copiar discursos ajenos, sino ecos de peligrosas tendencias transnacionales.

La Argentina debe optar en pocas semanas entre dos proyectos: progresión o regresión, inclusión o exclusión social. ¿Preferimos la aspiración elitista fomentada por nuestros medios monopólicos entramados con el capital financiero transnacional, o aspiramos a una sociedad con base total de ciudadanía real?

La crítica a la ampliación de la universidad pública y gratuita proviene de la aspiración excluyente.

Estemos atentos a los cambios: si muchas veces la consigna fue la defensa de la universidad pública y gratuita, en esta opción no basta con eso, sino que se trata de defender también la igualdad real en el derecho de acceso al saber, como reafirmación de la democracia. La universidad de una sociedad incluyente debe ser pública, realmente gratuita y, por ende, democrática. Seamos conscientes de que en nuestro tiempo la revolución se hace mediante la toma del saber.



ENTREVISTA

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sesionó en su sede de Ginebra, Suiza, el pasado mes de agosto. Docentes de la UNLP participaron como Amigos Académicos del Organismo Internacional.

por Guillermo Raúl Moreno¹



Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos

La segunda guerra mundial (1939-1945) significó para la humanidad un marcado retroceso en su evolución. Millones de muertos y mutilados en los campos de batalla, desastres sanitarios, hambrunas, desplazamientos masivos, crisis económicas, fueron entre otras las consecuencias nefastas de esa contienda bélica.

En ese contexto devastador se reúnen 50 Estados en abril de 1945 en la *Conferencia de San Francisco* con el objeto de contribuir a estabilizar las relaciones internacionales y dar mayor consistencia a la paz. De esas deliberaciones surgirá un documento que habilitará un marco de cooperación internacional sin precedentes: la *Carta de las Naciones Unidas*. La Carta fue aprobada por unanimidad el 25 de junio de 1945, entrando en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. Por tal razón, el 24 de octubre de cada año se celebra el día de las Naciones Uni-

¹ Docente de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNLP, miembro de la red Amigos Académicos del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

das para recordar la fecha de su creación. En dicho documento fueron plasmados los objetivos fundamentales de la Organización y se crearon sus órganos principales.

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU da a conocer la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, hito fundamental y piedra angular en la materia.

Entre tanto, en 1946 fue creada la *Comisión de Derechos Humanos*, convirtiéndose con el transcurso del tiempo en uno de los foros más importantes en el mundo en materia de derechos humanos. Luego de 60 años de actividad, la Asamblea General de la ONU resolvió en marzo de 2006 reemplazarla por el *Consejo de Derechos Humanos* asignándole como objetivo principal considerar las situaciones de violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto.

El Consejo de Derechos Humanos detenta la capacidad de discutir todas cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos y situaciones que requieren su atención durante todo el año. Se reúne en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, está compuesto por 47 Estados Miembros de las Naciones Unidas que son elegidos por la Asamblea General.

Un año después de celebrar su primera reunión, el 18 de junio de 2007, el consejo adoptó su “paquete de construcción institucional” que proporciona elementos que guían su trabajo futuro. Entre estos se destaca el nuevo Mecanismo de examen periódico universal, a través del cual se examinará la situación de los derechos humanos de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Otras de las características es la inclusión de un nuevo Comité Asesor en las diversas cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos y el nuevo mecanismo de método de denuncias

que permite que individuos y organizaciones presenten denuncias sobre violaciones de los derechos humanos al Consejo.²

El Comité Asesor de Consejo de Derechos Humanos

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos es un organismo colegiado compuesto por 18 expertos independientes de diferentes especialidades que tiene como objetivo principal prestar colaboración técnica y asesoramiento a través de estudios e investigaciones referidos a la promoción y protección de los Derechos Humanos.

Comenzó a funcionar formalmente en agosto de 2008 y se reúne periódicamente dos veces al año en Ginebra, Suiza. Sus miembros, que representan a distintas regiones del mundo, son designados por los gobiernos y duran 3 años en sus mandatos.

En agosto de 2015, el Comité Asesor decidió crear una red de “Amigos Académicos” por medio de la cual se convoca a catedráticos de universidades de todo el mundo para que trabajen, a manera de colaboración, en la redacción de informes e investigaciones.

Frente a esta convocatoria, y en mi carácter de docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, decidí sumarme a este proyecto. Fui aceptado por el Comité y concurrí en consecuencia a participar de las sesiones desarrolladas entre los días 8 y 12 de agosto del corriente año. Allí tuve oportunidad de presentarme y dar a conocer el compromiso asumido históricamente por nuestra Universidad con los derechos humanos y su constante lucha en la promoción y protección de los derechos fundamentales.

Cabe señalar, que hasta el momento somos dos los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que nos sumamos

² Ver página web oficial <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>

como amigos académicos del Comité Asesor. Junto con el Profesor PABLO OCTAVIO CABRAL hemos presentado en Naciones Unidas una línea de investigación referida al **acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad**.

En efecto, el acceso a la justicia es un principio básico de todo Estado de Derecho. Sin acceso a la justicia, todos los derechos fundamentales reconocidos en las leyes, constituciones e instrumentos internacionales que sean vulnerados no tendrán posibilidad de una tutela efectiva. Esta situación puede verse agravada cuando nos referimos a personas que por distintos motivos (edad, discapacidad, pobreza, género, pertenencia a minorías, privación de la libertad, etc.) se encuentran en condiciones de vulnerabilidad.

Desde ésta perspectiva sostenemos que los sistemas judiciales están llamados a ser reales instrumentos de defensa de derechos, y fundamentalmente pensando en los más débiles, aquellos que carecen de recursos para acudir en protección de sus derechos más elementales. Para ello es indispensable contar con una justicia independiente e imparcial.

Es por ello que propusimos al Comité Asesor comenzar un estudio que nos lleve a contar en el Sistema Universal de Naciones Unidas de un instrumento que podría llamarse de manera tentativa **“Reglas, Principios y Directrices sobre el Acceso a la Justicia y al Debido Proceso de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad”**.

En este contexto corresponde recordar que en el Sistema Americano, la Cumbre Judicial Iberoamericana dio a conocer en el año 2008 las **Reglas de Brasilia, Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad**. Así, aquel documento podría servirnos de guía a la hora de pensar un instrumento que tenga como objetivo vencer o mitigar las limitaciones de estos grupos vulnerables para acceder a la justicia en el sistema universal de Naciones Unidas.

Por último quisiera señalar que a propuesta de otro Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, que a su vez es uno de los miembros que integran el Comité Asesor – el prof. Mario Coriolano –, nuestra Universidad también pasó a integrar la red de Amigos Académicos, quedando a disposición de este Organismo de Naciones Unidas todas las unidades académicas, sus docentes e investigadores para colaborar en las tareas que se lleven adelante en materia de Derechos Humanos.

Entrevista a miembros del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de la ONU

Licenciada Anantonia Reyes Prado -
Procuración de Derechos Humanos de Guatemala



Seguidamente, quiero presentarles a unas de las expertas que integra el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos: es la Licenciada en Antropología Anantonia Reyes Prado, Directora de Investigación en Derechos Humanos de la Procuración de Derechos Humanos de Guatemala, quien gentilmente accedió a responder unas preguntas para esta publicación.

Derechos en Acción: Licenciada, nos interesa su opinión acerca de los debates que se han dado aquí en las sesiones del Comité Asesor en estos días...

Lic. Anantonia Reyes Prado: Creo que hemos logrado la presentación de algunos documentos que teníamos pendientes de presentar, yo mencionaría muy especialmente, porque soy parte de éste, el de la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados, que presenta en varias partes del mundo tremendos desafíos, verdad, tanto para los países de origen como los de tránsito y los de destino. Estábamos viendo que a veces es muy difícil distinguir por ejemplo entre los de tránsito y de destino, porque a veces los lugares donde pensaban solamente pasar, se convierten en lugares donde se quedan, y luego porque en los países de tránsito son los lugares donde tienen mayor riesgo de caer en manos, por ejemplo, del crimen organizado, la trata de personas, el narcotráfico, y las peores formas de trabajo infantil. Por otro lado, también se avanzó en recibir nuevos mandatos, por ejemplo, y eso es importante, sobre como mejorar la coordinación entre los mecanismos de Naciones Unidas y los sistemas regionales, que bueno...es una experiencia ya muy larga, pero nos toca como identificar tal vez, como aquellos asuntos globales en los que podríamos encontrar puntos de coincidencia...verdad. Creo que vale la pena retomar el tema de la universalidad, y luego también el tema de cómo ir vinculando presupuestos y derechos humanos.

Derechos en Acción: ...aprovechando su condición de habitante del continente americano, y desde su perspectiva de centroamericana, le pedimos su opinión del estado actual de los derechos humanos en nuestro continente, y concretamente en su país de origen, en Guatemala...

Lic. Anantonia Reyes Prado: Yo diría que en América Latina, podría ser que afecte a otras partes del mundo, creo que nos enfrentamos a un fenómeno que no es nuevo y diferente por ejemplo a los de las dictaduras que vivimos en algunos países y es el tema de los nuevos actores en materia de Derechos Humanos. Por un lado las multinacionales, que cada vez están teniendo mayor ingerencia y por el otro lado todo lo ilícito...

y las implicaciones que tiene en materia de derechos humanos. Por ejemplo todo el crimen organizado, el narcotráfico, la trata de personas, que se van acentuando cada vez más, y están teniendo un tremendo impacto en materia de derechos humanos y marcan una diferencia, y son nuevos desafíos porque pareciera que nuestra concepción del Estado como único titular de obligaciones en materia de derechos humanos tiene que ser revisada y reexaminada para determinar nuevos actores, porque tienen poder... y mucho poder.

Derechos en Acción: Bueno Licenciada, le agradecemos su tiempo y le deseamos suerte en su gestión, muy amable de su parte en atender a *Derechos en Acción*.

Lic Anantonia Reyes Prado: No, por nada, muchas gracias a Ustedes.

Dr. Mario Coriolano, Defensor ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires



También tuvo la gentileza de atendernos otro de los miembros que componen el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos. Se trata del Dr. Mario Coriolano, quien además de ser un funcionario judicial de extensa trayectoria en

Derechos Humanos, se desempeña como docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad.

Derechos en Acción: Queríamos saber su opinión acerca de los temas que se están tratando en este momento en la sesión del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, aquí en Ginebra...

Dr. Mario Coriolano: Bueno...en este período hemos recibido dos nuevos mandatos de parte del Consejo de Derechos Humanos, uno es el tema de la repatriación de fondos ilícitos y el impacto que esto tiene en los derechos humanos y el otro vinculado a los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Estos dos se suman a los dos que ya tenemos en la agenda de trabajo y creo que hay un hilo conductor de temas que van trayendo cuestiones vinculadas a la economía y al movimiento de fondos internacionales para que tengan un análisis acerca de que impacto están teniendo en los derechos humanos cotidianos de las personas. Así como en su momento impulsamos el tema de los fondos buitres y como esas organizaciones internacionales del mundo financiero afectaban con negociaciones espúreas entre privados y gobiernos los derechos a la educación, a la salud, a la alimentación. En ese informe se pudo demostrar ese perjuicio y la necesidad que los países resistan a ese tipo de actividades comerciales. Así empezaron a desembarcar aquí en Ginebra en el mundo de los derechos humanos cuestiones financieras internacionales, que tienen que ver con la economía pero que se analizan en Nueva York sin un enfoque de derechos humanos. De la mano de eso fue el tema de la corrupción y el desvío de fondos que en vez de ir a los derechos económicos, sociales y culturales terminan en los bolsillos de los funcionarios públicos. Y así entonces este tema de la repatriación de fondos ilícitos es como que tiene una continuidad en el desarrollo e impulsar que vuelvan a sus países de origen y se apliquen a la protección de los derechos humanos. Esa es una agenda nueva en Naciones Unidas en materia de dere-

chos humanos que creo que es ponerle un rostro humano a la economía... Y después lo vinculado a cuestiones que, en el caso de los que integramos la región latinoamericana y particularmente impulsé cuando comencé en este ámbito, es lo vinculado a la seguridad ciudadana y a la justicia. Es decir, una serie de políticas públicas que están en franca violación de los derechos humanos...

Derechos en Acción: Cuáles serían concretamente...?

Dr. Mario Coriolano: Nosotros estamos presentando un modelo alternativo de seguridad ciudadana con un enfoque en derechos humanos que rompa muchos mitos de las políticas públicas que están en el otro extremo, las que fuimos conociendo en la década del 90' como "mano dura" o "tolerancia cero". Un modelo alternativo piensa en las víctimas de la inseguridad ciudadana y arma un sistema de protección que realmente disminuya el delito a través de la prevención. Para esto hay que romper esquemas de funcionamiento como, por ejemplo que aumentando la cantidad de detenidos disminuye la cantidad de delitos, cuando eso es falso...y sin embargo atraviesa la política pública. Así que hemos presentado un informe, que está a disposición de ustedes, y que estamos pidiendo profundizar en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos.

Derechos en Acción: Bueno, muchas gracias Dr., muy amable por habernos atendido.

Dr. Mario Coriolano: No de nada, gracias a ustedes.

TRABAJOS FINALES DE POSGRADO



**Notas a la tesis doctoral sobre la jurisdicción contencioso administrativa de Edgardo J. Miguez (1905).
por Pablo Octavio Cabral.**

La tesis doctoral de Edgardo J. Miguez sobre la jurisdicción contencioso administrativa.



La tesis doctoral de Edgardo Miguez fue aprobada en el año 1905, período en el que la Provincia de Buenos Aires fue gobernada por Marcelino Ugarte (1-V-1902 a 1-V-1906) y año en el que se sancionó el Código Contencioso Administrativo -autoría de Luis Varela- y en el que se aprobaron las leyes nacional y provincial de creación de la Universidad Nacional de La Plata. Este trabajo de investigación que aquí sale a la luz por primera vez puede ser -tal vez- la primera tesis doctoral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

La Universidad Nacional de La Plata fue fundada por el doctor Joaquín V. González en agosto de 1905, por lo que se puede aseverar que Dr. Miguez habría realizado sus estudios de grado en la universidad provincial que precedió a la UNLP. En efecto, el 27 de diciembre de 1889 se sancionó la ley de creación de la Universidad Provincial de La Plata, efectivizándose su funcionamiento el 8 de febrero de 1897. Desde su nacimiento funcionó, con tres facultades -Derecho, Fisicomatemáticas y Química- y una Escuela de Parteras, hasta el año 1905, en condiciones precarias por falta de recursos materiales y elementos para la enseñanza. Así fue como el Ministro de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, Dr. Joaquín Víctor González, concibió su nacionalización. El 19 de septiembre fue sancionada la ley nacional de creación que lleva el número 4699, promulgada el 25 de septiembre por decreto del presidente Quintana.

El 17 de marzo de 1906 asumió como primer Presidente de la historia de la Universidad Nacional de La Plata el Dr. Joaquín V. González.

Del Dr. Edgardo Miguez sabemos que tuvo una importante carrera política y, en su condición de Presidente del Senado provincial asumió por unos pocos días la titularidad del Poder Ejecutivo bonaerense (20/01/36 al 29/01/36). Luego revistió como vice gobernador de Rodolfo Moreno ocupando la titularidad de la gobernación del 13/04/43 al 12/06/43.

Respecto de la temática abordada en la tesis doctoral hay que resaltar que en esos años se produjo la primera regulación legal del proceso contencioso administrativo en la Argentina. Por Decreto provincial del 06 de junio de 1903 el Gobernador de la provincia de Buenos Aires le confió la tarea de redacción de un Código Contencioso Administrativo al Dr. Luis V. Varela y como producto de su labor se sancionó el texto legal proyectado bajo el número de ley 2961¹, promulgada el 22 de diciembre de 1905. Este proceso de construcción legislativa se realizó en paralelo con la redacción de la tesis doctoral aquí en estudio, sin que el mismo diera cuenta de dicha circunstancia.

En esos tiempos de inicio del siglo XX, la ausencia de un abordaje doctrinario nacional de esta materia fue expuesto por Luis Varela, al elevar el proyecto de código contencioso administrativo al Ministro de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, a quien le expresó que: “La principal dificultad con que tropezaba, era la materia que debía servir de base a mi proyecto. No hay libros argentinos que se hayan ocupado de lo contencioso administrativo; y, hasta en nuestras mismas Universidades, los eruditos catedráticos del derecho administrativo, han eludido

1 Dana Montaña, Salvador; Código de Procedimiento de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y jurisprudencia. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955.

profundizar un estudio que no tiene siquiera bases precisas en la legislación institucional.”

El destino quiso que ambos juristas -especializados en el derecho procesal administrativo- trabajaran en la misma Ciudad en paralelo, sobre la misma cuestión concreta, sin interactuar en las tareas que llevarían a uno a doctorarse en derecho, y al otro a redactar el código procesal administrativo que regiría en la provincia por más de cien años.

6133

Jurisdicción Contencioso administrativa

Tesis

Por

Edgardo J. Miguez

Universidad de La Plata

Año 1905.

I

Los grandes acontecimientos en la vida de los pueblos, obedecen a múltiples causas distribuidas en el orden de las edades; causas que, insignificantes en su origen, luego crecen y se agigantan a medida que transcurre el tiempo, -elemento poderoso que abriga en su seno y lleva en sus ágiles y potentes alas, el fermento proteico de la evolución.

La historia escrita con posterioridad a los sucesos, anota las causas que les han dado vida, y estudia en sus fuentes la razón de los fenómenos de todo género que aparecen, perturban y provocan reacciones fecundas en el espíritu humano; reivindicando glorias para los pueblos en cuyo seno se formaron, al calor de cuyo regazo vivieron y fructificaron.

La verdad, la justicia y la libertad, son los tres principios que nacen con el hombre, forman parte de su propio espíritu, dominan su conciencia a través del tiempo y del espacio.

La tiranía no es eterna. La ley del más ha prevalecido, ha durado tanto como la vida del hombre; pero, la razón supera su dominio a pesar de los triunfos desconsoladores de la violencia, y si bien todavía en algunos pueblos la fuerza prima sobre el derecho, no es incierto el camino ni inseguros los pasos de la humanidad en la reivindicación de sus libertades.

Entre las conquistas memorables está la Magna Charta arrancada a Juan Sin Tierra por los barones de hierro en momentos de angustia para la tambaleante corona. Cuantas veces la carta fue violada por los soberanos subsiguientes, pero no fue olvidada por el pueblo inglés, pues, esa prenda de verdad, de libertad y de justicia, resistió todos los avances, se sobrepuso a todas las supercherías, y dominando en el espíritu del pueblo, tuvo que ser respetada a pesar de los tiranos y los déspotas. Que, cuando esas libertades peligraban, el pueblo inglés tuvo sublimes arranques, y a su empuje rodaron hasta las cabezas de sus reyes...

La verdadera cuna de la libertad inglesa, se encuentra en la enseñanza de la lucha del Parlamento con la corona, lucha que dio por resultado el triunfo del primero, la decapitación de Carlos I, y por final la extinción de esa dinastía...

Después del gobierno de Cronwell, gobierno que emanó de la voluntad del pueblo inflamado por el brillo de sus triunfos, el parlamento representante del pueblo soberano, llamó al trono a Guillermo y María, imponiéndoles el reconocimiento de los derechos individuales.

He ahí a grandes rasgos trazada la ruta de la conquista de las libertades inglesas.

El poder absoluto con carácter divino, se va debilitando por las exigencias de los nobles, que abren camino al pueblo, el cual por fin se impone exigiendo el reconocimiento de su propia soberanía.

El bill de derechos de 1.689, importa una declaración de derechos y garantías, que no puede ni debe ser olvidada por el soberano, pues él significa el triunfo de la voluntad de todos y cada uno de los hombres que forman parte del reino de Inglaterra.

Los Estados Unidos se pueblan por emigración sucesiva de personas que abandonan su patrio suelo, perseguidas por razón de sus creencias religiosas, cruzan el océano en inseguros barcos entonando himnos de libertad al compás de las olas que chocan con los flancos de sus naves, -que llevan un cargamento de odio profundo al país donde han sufrido los más crueles desengaños!

Su espíritu predispuesto a la lucha encuentra muy pronto donde aplicar sus energías, dedicándose a la dominación del indio: lucha que requiere perseverancia y la unión que estrecha los vínculos sociales frente el enemigo común, - que hace de la familia un baluarte, siendo el verdadero punto de partida, -el origen de la formación de los estados.

Cada uno de estos labradores infatigables, pionero, prefiere morir antes que abandonar sus derechos, -derechos cuya adquisición les ha costado los más crueles sacrificios-. De la corona de espinas del martirio, brotan las gotas de sangre que siegan el árbol fecundo de la libertad! Así se formó el pueblo Norte Americano!

Aquellos débiles vínculos que ligaban a los colonos con la metrópoli, de suyo se gastan a medida que corre el tiempo, -mientras la civilización domina la barbarie, -hasta que llega el momento en que desaparecen merced a fútiles pretextos, - se rompen sin ruido, y aunque sucede el duro batallar, vence la verdad, la justicia despeja su camino y la libertad abre en aquel suelo los brazos alborozados al mundo: “Venid a mi los perseguidos, los pobres de espíritu, los humildes, que formaremos la gran nación en el suelo esplendoroso de América!”

Conquistada y fundada la libertad por los norte americanos, teniendo por base una moral severa y costumbres de rara probidad, fácil fue el primer impulso que se dio en terreno firme, preparado para todas las exigencias de la época, y pronto hicieron camino la educación, - la difusión de los conocimientos humanos, -verdaderas defensas de las libertades públicas:

“Desapareció la autoridad de la corona inglesa, pero el gobierno quedó constituido íntegramente con su asiento en el pueblo, con su organización propia y adecuada para todas las funciones que le están atribuidas. Existían el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, y de ese modo se comprende que Connecticut declarase, después de la independencia, que iban a seguir regidos por la carta de Carlos II, y que Rhode Island, haya conservado su carta de la misma época hasta 1.842.”

La revolución francesa recoge todas estas enseñanzas, por intermedio de los que, como Lafayette, acuden a tomar parte en el movimiento subversivo, que asisten a los debates constitucionales, que tal vez contemplan la aplicación de las prescripciones de la carta fundamental, el juramento de un pueblo libre e independiente; libre, en toda acepción de libertad; independiente, con todo el poder de la independencia!

Pero, el pueblo francés, preparado por los hombres de estudio, por sus grandes pensadores que hicieron madurar ideas nuevas, - que rompieron el deleznable cascarón de las antiguas y ominosas preocupaciones, - ese pueblo sobre excitado por el fermento de las nuevas ideas, imitando el sacudimiento del nuevo mundo, quien en ondas poderosas inundó con su aliento a la Francia, hizo que estallara el gran movimiento de 1.789 que abraza la Europa amenazada por la espada de Napoleón, espada que al abrirse paso, lleva tras sí la simiente de las ideas incubadas durante siglos, propagada por la prensa, difundidas por la enseñanza, fortalecida por la pasión de los hombres dirigentes, que suben al cadalso cantando himnos de redención de pueblos!

La revolución de 1.789, deslumbra con el fulgor de las ideas desconocidas que brotan de sus entrañas con caracteres propios; -es el volcán que vomita fuego, que consume viejas preocupaciones y redime hombres y pueblos, avasallando todo lo que significa sojuzgamiento,- despotismo.

Esas ideas esparcidas, diseminadas, apenas conocidas hacen presa de la conciencia humana, y su fulgor atrae, domina, enaltece los espíritus, se levantan los corazones y el grito de libertad resuena en los espacios, corre por los ámbitos de la tierra como el eco de las hosannas celestiales!

Pero no es un grito estéril, -no es el eco insólito de muchedumbres inconscientes, que luego se desvanece sin dejar una estela de su paso sobre la tierra, no; es la explosión del profundo convencimiento, producto de una lenta y fecunda elaboración: es aquello que los hombres trabajando en la penumbra habían conseguido sacar a plena luz por arte mágica y progresiva, independizando la inteligencia, por medio de los estudios científicos, inculcando en las almas el convencimiento del propio valer, del papel que el hombre representa en el desenvolvimiento social.

La revolución francesa fue una consecuencia, una resultante estupenda de fuerzas desconocidas que venían obrando desde siglos, persiguiendo la reivindicación de los derechos inalienables del hombre fundados en la soberanía del pueblo.

Esos antecedentes no sólo se encuentran en la enseñanza de los primeros tiempos de la edad moderna, renacimiento, grandes inventos, difusión del saber por la prensa, etc., etc.; sino, también, en las instituciones de los otros pueblos que se habían apresurado en el orden de los tiempos a formar en la vanguardia de la civilización: Inglaterra y los Estados Unidos.

La República Argentina recibió las lecciones de los pueblos, inglés, norteamericano y francés; también las recibió de la madre patria en sus esfuerzos heroicos para libertarse de la dominación

napoleónica. La junta de gobierno que surge de la revolución de Mayo es una copia de la junta de Cádiz.

Los proyectos constitucionales hasta los del 53 y 60 llevan el sello del Bill de derechos y declaraciones de los derechos del hombre; pero no son una copia servil de los principios declarados en ellos, sino que aparecen con caracteres propios, modificados de suerte que pudieran tener aplicación adecuada a la idiosincrasia del pueblo argentino, a su constitución orgánica, de acuerdo con sus antecedentes históricos.

Si examinamos la constitución de esos cuatro pueblos, encontraremos mucha analogía. No podría resultar de otra manera, desde que se basa en la libertad individual reconocida, no declarada ni otorgada por el poder público encargado del gobierno, ya sea rey o presidente. El pueblo soberano es el mandante, sus mandatarios le deben cuenta de sus actos. El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes o autoridades constituidas.

La constitución es la voluntad expresa del pueblo al formarse como nación; las leyes que dicta el congreso también son la voluntad del pueblo, que se manifiesta por medio de sus representantes.

De las primeras causas conocidas que trascienden de todos los tiempos, del derecho de marras fuerte o de la fuerza que prima sobre el derecho, tienen origen las reacciones, las reivindicaciones sucesivas de la libertad que alcanza el hombre.

Del ejercicio y abuso de los poderes absolutos, despóticos, sobre las colectividades humanas, nacen las reacciones sociales, que traen como última consecuencia la realización de esta hermosa verdad, en el pueblo reside la soberanía.

En unos tiempos se arrancan compromisos de las férreas manos de los que mandan: de ahí germinan la lucha inveterada entre el poder de origen divino y el pueblo que llega a comprender que tiene derechos, su soberanía, y exige el poder –mandar por medio de sus representantes legítimos. De esta lucha nacen los pactos sociales, las constituciones de los pueblos.

De esas constituciones sujetas a rudas alternativas, reformadas sucesivamente a través de los años, en medio de vicisitudes y sacrificios, llegamos a la expresión moderna de nuestra constitución Nacional, de nuestra constitución Provincial.

En estas constituciones, más definida y expresa en la de la provincia y en leyes que en ésta se basan, se estatuye sobre el derecho que tiene un particular o un poder público, para hacer anular leyes, decretos, ordenanzas o disposiciones emanadas del poder o autoridad administrativa en el ejercicio de sus propias funciones.

De aquellas conquistas del espíritu humanos en sus eternas reacciones en pos de la libertad, la justicia y la verdad llegamos hasta lo estatuido en el Art. 154, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, respecto de la acción que tiene todo particular o poder público para demandar ante la Suprema Corte de Justicia, a la autoridad administrativa por una resolución dictada por ésta, promoviendo el juicio contencioso administrativo en contra de esa decisión.

II

La jurisdicción contencioso administrativa, es una cuestión de derecho público, que ha merecido la atención de los hombres de reconocida competencia, en la ciencia jurídica, verdaderas eminencias en los tiempos que alcanzamos.

La cuestión no ha sido resuelta con facilidad, ni ha sido estudiada bajo un solo aspecto. Todo lo que venía de antaño ha influido sobre la inteligencia de los hombres llamados a resolver un punto tan escabroso y tan poco conocido, o determinado recién hace algunos pocos años. De ahí, la diversidad de los pareceres, de modos de mirar la cuestión, y las diferentes conclusiones a que se ha debido llegar.

Y, no se trata de que personas más o menos ilustradas, más o menos competentes, hayan manoseado el estudio de tan importante cuestión, no; verdaderos jurisconsultos han manifestado dudas respecto de lo que debía entenderse jurisdicción contencioso administrativa.

El estudio del origen y objeto de esta jurisdicción, ha llegado a una conclusión determinada, y es, que conviene a todos los pueblos donde impere un régimen de libertad, cualquiera que sea la forma de gobierno. Si divergencias existen, ellas sólo aparecen, cuando se trata del tribunal que ha de entender o ejercer esa jurisdicción, no menos respecto de los procedimientos a seguir ante esos tribunales.

Los abusos o los errores de los gobiernos, cuando proceden como autoridad en la aplicación de las leyes, ordenanzas, decretos o reglamentos, requieren un tribunal ante quien recurrir de ellos; de manera que, todos los derechos puedan quedar garantidos; de ahí la jurisdicción contencioso administrativa.

Tres son los sistemas sobre la organización que deben tener los tribunales llamados a entender en los juicios contencioso administrativos: entregar al poder judicial ordinario la materia; dejar el recurso contencioso administrativo a la misma administración, haciendo que él sea una especie de revisión de lo resuelto por el mismo poder que había fallado; y, el de transacción, que aconseja la creación de tribunales mixtos: tribunales formados por magistrados judiciales y funcionarios administrativos.

El juez ante el cual se lleven todos los casos contencioso administrativo deben existir, así lo establecen todas las instituciones modernas de las naciones que observan el régimen representativo, no menos piensan todos los escritores del siglo XVIII, y aún cuando éstas materias dividan a los jurisconsultos en los comienzos del siglo que corremos. La controversia se establece sólo, cuando se trata de hallar el juez, lo mismo que la materia que forme la jurisdicción.

Por el sistema llamado judicial, el juicio contencioso administrativo, se libra a los tribunales ordinarios; quienes deben resolver el punto controvertido.

Este sistema ha sido impugnado por la necesidad que cree una jurisdicción especial para lo contencioso administrativo; pero en ella se encuentran disposiciones de las cuales fluye la autorización para legislar sobre la materia.

La constitución de la Provincia de Buenos Aires, confiere a la Suprema Corte de Justicia, la facultad de intervenir en todos los casos en que los particulares creyesen que estaban lesionados sus intereses o sus derechos por actos emanados del Poder Ejecutivo.

De manera que, podemos decir, que el sistema que domina entre nosotros es el judicial especial.

Anteriormente, los procedimientos administrativos seguidos ante el Poder Ejecutivo, formaban instancias, de manera que, el recurso que se llevaba ante el Tribunal de Justicia antiguo, era propiamente, una apelación del fallo de primera instancia. Disposición legal que determinaba que ese tribunal superior conociera por apelación de los asuntos entre los particulares y el gobierno; pero, nuestros legisladores no se han preocupado de reconocer la diferencia sustancial que existe, entre un pleito ordinario de derecho común y un extraordinario del derecho público producido por la acción contencioso administrativa.

Los sostenedores del sistema administrativo puro, basan su argumentación en que padece la majestad del poder; pues, las decisiones del Poder Ejecutivo deben ser sometidas al juicio del Poder Judicial o de un tribunal ad hoc.

Esto, y sostener que el poder administrador es omnímodo, viene a ser la misma cosa. Si el Poder Ejecutivo juzga, por sí y ante sí, de sus actos, aunque pudieran ellos importar una monstruosidad, degeneraría éste en un poder arbitrario llegando hasta poner en práctica formulismos, cuyos resultantes rayaran en un disimulado despotismo, contrario a la esencia de las instituciones libres.

Si no hay más juez que el que ha dictado una resolución, el viene a ser juez y parte en la cuestión que se ventila. Sabemos cuán duro es, volver sobre el camino recorrido, contrariar con una resolución posterior la pronunciada con anterioridad; -dejarse convencer por la parte interesada o sea la parte contraria, no es lo común, no es lo natural o humano: hay jueces que prefieren que la Cámara de Apelaciones les revoque una sentencia, antes que hacerlo ello por contrario imperio -. Esto sucede en la práctica.

Otro de los argumentos o de los fundamentos de los sostenedores de la jurisdicción administrativa pura, tiene su base en que, no todos los jueces están en condiciones de juzgar en cuestiones administrativas, pues, requiere una preparación especial para poder entender con ciencia y conciencia en lo que se relaciona con esa rama del derecho público. Que el juez debe ser perito en la materia, debe haber estudiado detenidamente todas las cuestiones referentes a la administración, así como las leyes y decretos que rigen los diferentes casos que se presentan en la práctica de las gestiones administrativas.

Si cada uno de los jueces conociera de una manera especial de las cuestiones en que es llamado e interviene, indudablemente, sería muy provechoso, no sólo para sí propio, sino para las personas que caen bajo su jurisdicción. Pero, esto es imposible; -ni

el exceso de estudio, ni la cuantía de la práctica, puede llegar a descubrir los innumerables secretos de las cuestiones de derecho y sus complicaciones consiguientes.

Nuestros jueces son letrados, han cursado con más o menos fortuna, con más o menos preparación, todos los años a que obliga el plan de estudios, fruto maduro de nuestros maestros de derecho y el cual debe responder a su fin: conseguir que salgan de las aulas, hombres preparados, capaces de juzgar de cualquier controversia suscitada entre partes, sobre intereses que han sido motivo de estudio, a la presentación de los casos especiales que la práctica suscite. Todo pleito debe ser materia de un estudio concienzudo, por las diversas modalidades que afectan las transacciones humanas; y seguramente, cada uno de los jueces que forman parte de los tribunales de todas las naciones civilizadas, juzgan después de haber hecho un estudio especial del asunto y de las leyes aplicables al caso.

En nuestras universidades se estudia detenidamente el derecho administrativo, que abraza en su extensión lo contencioso. Para nosotros sería un descrédito afirmar, que los que egresan de la facultad, no se encuentran en condiciones de juzgar una cuestión contencioso administrativa, máxime si se tiene en cuenta, que para ser juez, no sólo se requiere ser abogado, si no también, determinados años de práctica forense. Luego, ninguno de los argumentos referidos, tiene valor para sostener, que solamente, el Poder Ejecutivo es el único que puede entender como juez de sus propios actos.

La creación de tribunales mixtos, importa la institución de un tribunal especial, de un nuevo organismo, que entienda de lo contencioso administrativo, en el cual deben radicarse todos los juicios que correspondan a esa rama del derecho público.

Examinando las causas que dieron origen a esta teoría, que es la que se hizo práctica en Francia, rigiendo luego en muchas

otras naciones, y a medida que los reyes cedían o sucumbían, vemos que la creación de tribunales especiales, mixtos, obedecían al temor que inspiraban los antiguos jueces. En Francia, por ejemplo, rotas las amarras que aferraban la nación al imperio de los reyes, no era prudente dejar en manos de la justicia ordinaria, esta jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues, los jueces obedecían al antiguo régimen, sin comprender las nuevas instituciones; eran hombres, que acaso, llevaban en su corazón arraigo el amor a la monarquía, -repugnancia profunda a la República.

La teoría de Pizons triunfó. La Francia tuvo un tribunal que juzgara especialmente de los actos de la autoridad administrativa, las libertades públicas quedaron garantizadas: el poder público puede confiar en la imparcialidad de sus resoluciones.

Felices hombres, honestos pensadores cuya inteligencia avivada por un soplo grandioso de amor a la patria, tuvieron esos chispazos de ingenio, que crearon instituciones para garantizar las libertades conquistadas: la visión del porvenir los enajena, la libertad los bendice y la historia graba sus nombres en las páginas más puras.

Pero, si los hombre dirigentes de la Francia, -los convencionales de 1.791, resuelven un problema con la creación de los tribunales mixtos; si esa misma creación es reproducida y aceptada en casi todas las naciones europeas; si el vencedor acepta la institución admirable del vencido (1870) ¿debemos aceptarla nosotros? No, la historia de los pueblos es distinta -su idiosincrasia varía-.

La Francia continúa con los tribunales antiguos porque los tiene, porque son instituciones arraigadas que trabajan admirablemente, sin menoscabo para los intereses públicos. La República

Argentina tendría aún que crear esos tribunales dándoles competencia, fijándoles jurisdicción.

Si los tribunales antiguos y los jueces que los formaban no eran suficiente garantía para la autoridad administrativa, los nuevos tribunales deben ofrecer esa garantía, por el nombramiento de los jueces; nombramiento hecho por el presidente o gobernador con acuerdo del Senado Nacional o Provincial.

Los peligros que exaltaban a los hombre de gobierno de las naciones europeas, haciéndoles producir una invención, son peligro que no existen en las repúblicas de reciente formación, con personas dirigente, que quieren, que deben hacer méritos para captarse la voluntad y el amor de todo un pueblo, que se inicia en los secretos de la vida moderna, del gobierno por representación.

Nuestros tribunales ofrecen toda garantía, -el proceso de su formación,- del nombramiento de sus miembros, así lo confirma.

Hay que evitar el recargo de instituciones. Si tenemos en la Suprema Corte de Justicia, un tribunal que reúne todas las condiciones indispensables; -más, condiciones especialísimas que garantizan la verdad científica de sus fallos ¿A qué buscar la formación de otro tribuna para entregarle al jurisdicción contencioso administrativa?

La constitución de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto el problema de una manera acertadísima, entregando a la Suprema Corte de Justicia la jurisdicción contencioso administrativa.

Más adelante entraremos a estudiar como la constitución citada estatuye el mejor sistema judicial para lo contencioso administrativo, sin descuidar las apreciaciones referentes al orden nacional.

III

Difícil tarea se impone al que quiere abordar el estudio de la materia contencioso administrativa entre nosotros, especialmente, si busca los elementos necesarios para dar una definición concreta, de lo que debe entenderse por causas contencioso administrativas; porque, no la encontraría en nuestros códigos de fondo, ni en nuestras leyes de procedimiento.

Tampoco se hallarán facilidades, si se consultan los muchos escritores que han tratado la materia en diversos países, pues, no todos tienen el mismo criterio distinto de parte de sus escritores; por eso se hace difícil encontrar una definición concreta, que comprenda una acepción clara de lo que significa juicio contencioso administrativo.

El Poder Ejecutivo representa la personalidad jurídica del Estado, este como persona ideal del derecho privado, es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; sin embargo, en este carácter no podría ser demandado ante un tribunal de lo contencioso administrativo; como persona jurídica, los Estados tienen los mismos jueces que los particulares. Se trata del derecho común, en el que entienden los jueces ordinarios.

Estudiando el Estado moderno en sus relaciones con las personas que lo forman y los demás estados que lo rodean, nos encontramos con que él presenta dos fases distintas. Una, cuando aparece como persona jurídica, sujeto ideal de existencia necesaria, equiparable a las personas de existencia natural o seres humanos. Bajo esta faz, no tiene más autoridad que cualquier persona o sujeto de derecho civil y no se distinguiría de una sociedad anónima, sino por su magnitud, pues cada uno de los individuos que habitan el territorio de la república, puede ser considerado como un accionista de la asociación República

Argentina. El directorio de esta sociedad lo forman los gobernantes, mandatarios del pueblo, responsables ante el pueblo de la correcta administración de los intereses generales del país. La persona jurídica, llamada Estado, reconoce como presidente del directorio al Presidente de la República, responsable de sus actos como administrador y acusable una vez despojado de sus inmunidades, propias de la autoridad pública que inviste.

La segunda faz del Estado es la que este presenta como poder político con carácter público, regido por la constitución. El jefe superior de la administración pública, es el Presidente de la República y ante el debe recurrirse de las resoluciones de sus inferiores; él resuelve en última instancia administrativa; y si es necesario que se cumplan sus resoluciones, acude a la fuerza pública, que se encuentra a sus órdenes.

¿Existe alguna persona o sujeto del derecho privado que ordene y haga cumplir sus resoluciones sin recurrir ante el juez competente para que le preste su imperio? No; - no existe ni puede existir, la justicia por nuestra propia mano ha desaparecido del mundo civilizado: ahí están los jueces que declaran los derechos privados y hacen valer su imperio, cuando del cumplimiento de sus sentencias se trata.

Queda hecha la distinción de las dos fases que presenta el Estado: sujeto de derecho privado, sujeto de derecho público.

El Poder Ejecutivo con su autoridad de gobierno, juzga y decide del caso concreto que le presenta un particular fundado en ley, ordenanza, reglamento o disposición, anteriores, en virtud las cuales crea tener derechos.

El poder Ejecutivo decide el caso porque tiene facultad para hacerlo. Sin esa facultad no habría gobierno: puede decidir ad-

ministrativamente sobre todo lo que se refiera a su autoridad pública, así como a la administración que preside.

Si esas leyes, ordenanzas, disposiciones o reglamentos no existieran, si la acción del poder fuera discrecional, entonces no procede el juicio contencioso administrativo, menos el juicio ante los tribunales ordinarios.

Si el Poder Ejecutivo se hubiera extralimitado en sus facultades constitucionales o hubiese lesionado derechos y garantías acordados por la constitución; no sería el caso de recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa; sino al tribunal que entiende, conoce y resuelve acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos.

En general no se hace distinción entre la acción contencioso administrativa, queja por inconstitucionalidad de los actos del poder público y el juicio ordinario que corresponde cuando el Estado obra como personas jurídica o sujeto del derecho privado.

En la Constitución Nacional se encuentran artículos que autorizan al Congreso a legislar sobre la jurisdicción contencioso administrativa, pero no hay disposición alguna que autorice la creencia de que los constituyentes hubieran querido crear una jurisdicción especial.

Las facultades del Poder Ejecutivo en el orden nacional las tiene taxativamente señalada, y estando el gobierno sujeto a responsabilidades, fluye de suyo, que exista el modo y forma de hacerlas efectivas siempre que el gobierno se haya excedido de sus facultades en el ejercicio de sus propias funciones. Se ha llegado a la conclusión que la nación es demandable, pero imitando a los Estados Unidos se requiere el acuerdo del Congreso en cada caso particular y sin distinguir, cuando obra como persona jurídica y cuando como autoridad administrativa.

Las circunstancias determinaron la sanción de la ley del 6 de octubre de 1900 a fin de que se suprimiera la dificultad existente, que alejaba la responsabilidad del Estado trabando la acción de los particulares lesionados en sus derechos.

Pero, esto no debe tornarse como un paso hacia el establecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que la ley solo autoriza “las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica”, por manera que, quedan excluidas de sus disposiciones todos aquellos actos del poder administrador, cuando procede como autoridad pública, y no como persona jurídica.

Con anterioridad a la ley citada, la justicia había dado curso a los reclamos contra las resoluciones administrativas cuando lesionaban intereses privados. La jurisprudencia ha resuelto la cuestión, haciendo demandable a la Nación, ya sea como persona jurídica, ya sea como poder público, aún cuando el juicio no se le llame contencioso administrativo.

Por eso, al tratar de la materia contencioso administrativa, tomaremos como modelo de lo más adelantado que conocemos, las disposiciones pertinentes que se encuentran en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires –fines del año 1889.

IV

Cuando la autoridad administrativa procede como poder público, hay algunos actos que no pueden dar acción judicial, porque son propios de las atribuciones del Poder Ejecutivo, con prescindencia de toda reglamentación y que obedecen al criterio de los gobernantes. En tales casos la autoridad usa de facultades discrecionales que le son inherentes. Pero, al ejercer esas facultades, puede extralimitarse y proceder fuera de la constitución o en su contra; en este caso, los perjudicados no tienen una acción

judicial ordinaria contra la persona jurídica; no es la contencioso administrativa, con que se impugnan los actos del poder público, pero si, la que da lugar a la queja por inconstitucionalidad.

Esta acción, según la Constitución de la Provincia, somete a juicio de la Suprema Corte, todos los actos de todos los poderes y autoridades cualquiera que sea su jerarquía. La jurisdicción alcanza a las leyes de la Legislatura a los decretos del Poder Ejecutivo, a las ordenanzas municipales, a los reglamentos de policía y toda otra medida, emanada de una autoridad cualquiera, que pueda contraria lo estatuido por la Constitución.

En el caso de demanda o queja por inconstitucionalidad de ley o decreto, la sentencia que recae, afecta o aprovecha a todos y cada uno de los habitantes de la República; en caso de juicio contencioso administrativo, la sentencia solo contraría o favorece los intereses del recurrente ya sea particular o administración.

El otro error que se comente con marcada frecuencia en nuestros tribunales, es el de considerar como actos de persona jurídica, todos aquellos en que la administración, aparezca contratando, sin que se distinga la naturaleza del contrato; que es la que determina el carácter que asumen las partes contratantes.

De los muchos casos existentes, podemos citar uno, que a nuestro juicio, demuestra la falta de aquel conocimiento que se requiere, para determinar, cuando procede la jurisdicción contencioso administrativa.

La Municipalidad de La Plata en el año 1902, previa licitación, contrató la construcción del empedrado del camino a la Ensenada a los Señores Garazzú y Debatisti. Las autoridades cambiaron y cuando los contratistas exigieron el material necesario, para poner manos a la obra; el Comisionado del Poder Ejecutivo, en virtud de un acto de buena administración, declaró rescindido el contrato; porque la adjudicación de la licitación, no estaba de

acuerdo con las prescripciones de la ley de contabilidad; además de que la Municipalidad no se encontraba en condiciones pecuniarias para responder al costo de la obra.

El contrato que tiene por objeto el empedrado de un camino público, es anulado por una resolución administrativa; en que, el Comisionado del P. E. obra como autoridad pública.

La parte interesada en conocimiento de la resolución administrativa recaída, por ser extranjera, promueve un juicio ordinario ante el juez federal. La causa sigue su curso y tras un largo proceso, la Municipalidad es vencida y condenada al cumplimiento del contrato. Todo esto importa un desconocimiento completo de lo que es materia contencioso administrativa.

A nuestro entender, el juez no ha debido hacer lugar a la demanda; pues, no sólo, se trataba de un acto emanado de una autoridad pública; acto que tendría por objeto anular otro anterior, que obligaba a la Municipalidad al cumplimiento de un contrato sobre un bien público; sino, también; porque la ley orgánica Municipal en su artículo 110, estatuye: que, todo individuo o sociedad, que contrate con una Municipalidad queda, por el hecho, sometida a la jurisdicción que establece la ley orgánica; considerándose como renunciante de cualquier otro fuero que le corresponda.

Como se trataba de un contrato, el juez debe haber creído que la Municipalidad había procedido como persona jurídica, como sujeto del derecho privado, sin darse cuenta que ningún particular, ni persona jurídica alguna, puede celebrar contratos, que afecten bienes o intereses públicos del Estado, máxime, en el caso descrito, en que el Poder Ejecutivo desconocía la facultad de la Municipalidad, para proceder al empedrado de ese camino radicado en los dominios del fisco.

De ahí que es de toda necesidad distinguir esta doble personalidad del Estado, pues, unas veces obra como un simple particular y otras, como autoridad pública, en ejercicio de facultades que le ha dado la ley; quedando todos sus actos fuera del alcance de la jurisdicción ordinaria común.

No todos los contratos que tienen al poder administrador como parte, deben llevar consigo implícita la jurisdicción ordinaria; porque el poder, no todas las veces que contrata, lo hace como persona jurídica. Cuando el Estado ejerce los actos que puede ejercer un particular, entonces son del derecho común, son actos privados. Todos los demás actos públicos pertenecen a la jurisdicción contencioso administrativa.

De lo expuesto se deduce, que las causas contencioso administrativas son aquellas que nacen de una resolución de la administración pública, dictada en virtud de sus facultades y por la cual se le lesiona un derecho establecido anteriormente por una ley, decreto, reglamento o por cualquier disposición administrativa.

Estudiando los tratadistas modernos y tomando en consideración las diferentes legislaciones de las naciones civilizadas, frente a los Arts. 157 y 159 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, se llega a la conclusión, de que las causas contencioso administrativas, según dicha Constitución, están separadas de las ordinarias: de ahí que las condiciones y naturaleza de la acción por la cual un particular o persona cualquiera puede recurrir ante la Suprema Corte de una decisión del P. E. que lesiones sus derechos, sean extraordinarios.

V

Al entrar de lleno al estudio de las disposiciones, sobre la jurisdicción contencioso administrativa, contenidas en la Con-

stitución de la Provincia de Buenos Aires, transcribimos en seguida los Arts. que le son pertinentes:

Art. 157. La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones...Inc. 3. Decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio.

Art. 159.- En las causas contencioso administrativas, la Corte Suprema tendrá facultad de mandar cumplir directamente sus sentencias por las oficinas o empleados respectivos, si la autoridad administrativa no lo hiciese dentro de los sesenta días de notificada la sentencia. Los empleados a que alude este artículo serán responsables por la falta de cumplimiento de las disposiciones de la Suprema Corte.

Art. 222.- Mientras no se dicte la ley que rijan el procedimiento en los juicios contencioso administrativos el recurso ante la Suprema Corte deberá interponerse dentro del perentorio término de treinta días, contados desde la fecha en que la autoridad administrativa hizo saber su resolución a la parte interesada. En cuanto al recurso de retardación, podrá deducirse después de seis meses de la fecha en que el asunto se encuentre en estado de resolución.

Según se expresa en la Constitución, tratando de la acción contencioso administrativa, no se especifica contra que autoridades procede la acción, solo declara que la Suprema Corte, “decide de las causas contencioso administrativas, en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente, al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada”. De esto no se desprende cuales sean las autoridades competentes cuyas resoluciones puedan dar lugar al juicio contencioso administrativo.

Se debe tener presente al estudiar este punto, frente al artículo constitucional de referencia, que el derecho administrativo base de las facultades del poder administrador, para resolver las cuestiones que pueden dar margen al juicio de que tratamos, no es más que un desprendimiento del derecho público, por el cual se constituye el gobierno del Estado.

El Poder Ejecutivo administra las rentas públicas y los bienes del Estado y ejecuta las leyes según su saber y entender.

El poder público constituye tres ramas: el Poder Ejecutivo, el poder Legislativo y el poder Judicial. El P. E. es el único que viene a ser regido por el derecho administrativo, por manera que, es a las decisiones de esta rama, a las únicas que pueden ser aplicadas las disposiciones del Inc. 3 del Art. 157 citado.

Pero, también se debe tener presente que no es solo el gobernador de la Provincia, el P. E., pues, existen otras administraciones, de origen constitucional, independientes del gobierno general, que son autoridades administrativas competentes, cuyas resoluciones o actos, pueden originar causas contencioso administrativas, a las cuales convengan la aplicación de las correspondientes disposiciones constitucionales.

Las municipalidades y la dirección general de escuelas, proceden como autoridad públicas, como entidades del derecho administrativo y como simples personas jurídicas, regidas por el derecho privado y sujetos a los tribunales ordinarios.

Los Arts. 87 y 88 de la Ley orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, establecen:

“Art. 87. De las resoluciones de carácter puramente administrativo, dictadas o confirmadas por el Conceso, no habrá apelación ni recurso alguno, salvo los previstos en los Arts. 48 y 207 de la Constitución”.

“Art. 88. En las cuestiones contencioso administrativas, el conocimiento corresponde a la Suprema Corte, previa denegación del concejo y por demanda del que sea damnificado”.

Tales son los principios que irradian de las disposiciones constitucionales, los que se confirman en nuestras municipalidades autónomas, en la carta orgánica que rige sus actos. No es posible, pues, desconocer que las municipalidades forman un poder administrativo, cuyos actos pueden ser causa del juicio que estudiamos, siempre que ellos hieran intereses particulares. El Art. 157 de la Constitución estatuye respecto de la autoridad administrativa competente, que lesione derechos de particulares y una municipalidad en el ejercicio de sus atribuciones, es tan competente como lo es el P. E. de la Provincia o la Dirección General de Escuelas.

Si la constitución ha establecido la jurisdicción contencioso administrativa, sería un contra sentido dejar sin recurso a los que hubieran recibido lesión en sus derechos por resoluciones de las municipalidades y dirección de escuelas, lo mismo que si estas como autoridades, quedaran sometidas a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo de estas tan claramente estatuido en la Constitución y en la Ley Orgánica, ha habido casos en esta Capital que demuestran un desconocimiento lamentable de tan terminantes disposiciones. Referiremos un caso bien pronunciado, que en la fecha se encuentra en apelación ante la Suprema Corte Federal; a saber:

La Municipalidad de La Plata emitió certificados de deuda. La ordenanza establecía que los certificados debían rescatarse mensualmente en proporción del 50 % de las entradas no afectadas por otra disposición, fuera ella ley u ordenanza. Pero llegó el caso, en que habiendo asumido la intendencia el Comisionado del P. E., por causa de acefalia y disposición de las leyes respectivas, se encontró con que era imposible continuar rescatando los

certificados de deuda por razón de que llegaría el momento en que se vería obligado a suspender hasta los servicios más indispensables, tal era la situación lastimosas de las finanzas municipales. En tal estado las cosas, el Comisionado del P. E., dictó una resolución por la cual, se establecía que, sólo rescataría de la circulación certificados por la cantidad de cuatro mil pesos por mes, en vez del 50% de las entradas libres según la ordenanza de emisión.

Varios tenedores, extranjeros, se presentaron ante el Juez Federal, quien hizo lugar a la demanda. Siendo un caso contencioso administrativo, sin duda de ninguna especie, a nuestro entender, el juez no debió dar curso a la demanda por ser incompetente.

Después de esto, solo falta que algún juez, el día menos pensado, nos sorprenda con la publicación de edictos dando cuenta, que la Municipalidad de La Plata ha sido declarada en quiebra, por efectiva cesación de pagos!

A medida que se adelanta en el estudio de la materia contencioso administrativa y se le aplica la piedra de toque de nuestras propias instituciones, se hace más comprensible, -desaparece la incertidumbre dominadora que ha primado, obscureciendo el concepto constitucional y legal, en asunto de tanta trascendencia, dado el sistema descentralizado que singulariza la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Nuestra constitución estatuye que la acción contencioso administrativa es un recurso extraordinario; y si se trata de establecer diferencias para no padecer confusiones, el recurso no tiene nada de semejante con el de los juicios comunes, determinados en el código de procedimientos, ni su jurisdicción compete a los tribunales de apelación ordinarios.

Sí a la Suprema Corte de Justicia compete la decisión de las causas contencioso administrativas en juicio pleno, no proceden

los tribunales de 1ª instancia y los procedimientos deben ceñirse a los requisitos de los juicios plenarios.

La constitución al establecer que es una acción, la contencioso administrativa, ante la S. Corte, implícitamente determina que este tribunal no es de apelación y así lo ha declarado la misma Corte, admitiendo la prueba de los hechos que se controvierten; y no podría ser menos, cuando el Inc. 3 del Art. 157 de la C. de la P., establece que, la Corte decide en estos juicios en única instancia. Tal es la doctrina que fluye del texto constitucional.

Tan sabia es la constitución de la Provincia en sus disposiciones, y tan acertada es la jurisprudencia sentada, respecto de lo que debe entenderse por instancia única en juicio pleno, que es notorio que cuando se tramitan asuntos ante el poder administrador, los interesados no producen pruebas ni alegan mejor derecho; porque esto no les sería admitido, y aún cuando lo fuera, ello no tendría valor como prueba legal.

La doctrina sentada por nuestra constitución, es la que domina en todas las naciones donde existen tribunales propios y procedimientos particulares. En España el juicio contencioso administrativo está sometido a trámites y decisiones de un orden judicial extraordinario, en toda contienda administrativa que se promueva, para entablar el recurso contra las resoluciones administrativas; recurso que se puede interponer, por la administración o por los particulares, contra las resoluciones administrativas que no sean susceptibles de recurso por la vía gubernativa, ya sean definitivas, ya de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo, que pongan término a aquellas o hagan imposible su continuación. Que las resoluciones origen del recurso, emanen de la administración en el ejercicio de sus facultades regladas; esto es, cuando aquella deba acomodar sus actos a disposiciones, de una ley, de un reglamento u otro precepto administrativo, que vulneren un derecho de carácter administrativo, establecido an-

teriormente a favor del demandante, por una ley, ordenanza o resolución administrativa cualquiera.

En el curso de la exposición de la materia que nos ocupa, hemos determinado, cuales son las personas que pueden acogerse a los beneficios que les acuerda el Art. 157 Inc. 3 de la constitución y sus concordantes; pero, hemos querido dejar, para tratar por separado, la acción que compete al Fiscal de Estado en el fiel desempeño de sus funciones.

En la Constitución de la Provincia, se encuentra el Art. 152 que crea el Fiscal de Estado, estatuyendo, como sigue:

“Habrá un fiscal de Estado encargado de defender el patrimonio del fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso administrativos en que se controviertan intereses del Estado.”

“La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones”

“Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de las cámaras de apelación y no podrá ser removido sino por las mismas causas y en las mismas condiciones que aquellos. Su nombramiento corresponde al P. E. con acuerdo del Senado.”

La ley reglamentaria del Art. Constitucional transcrito, fue promulgada con fecha abril 12 de 1901.

Tanto la disposición constitucional como la ley referidas, han merecido crítica de parte de un jurisconsulto de nota, quien ha llevado su oposición al extremo de calificar al Fiscal de Estado, con la amplitud de facultades que le dan la constitución y la ley, como “un peligro en las instituciones de la Provincia”.

Si dejamos de lado, todo espíritu de conveniencia política y encaramos la cuestión con el ánimo preparado, para desentrañar la verdad de la concepción constitucional y su necesidad como parte del organismo institucional de la Provincia, llegaremos fatalmente, a conclusiones diametralmente opuestas a las del sabio escritor.

En cuanto a que es indispensable la intervención del Fiscal de Estado en los juicios contencioso administrativos, siempre que el poder administrador sea demandado, el docto escritor encuentra correcta y ajustada la intervención; pues, es abogado “defensor del patrimonio del fisco”. Pero, no está conforme en que el Fiscal de Estado, promueva acciones contencioso administrativas como “defensor del patrimonio del fisco”, contra decisiones que dicte el poder administrador.

Si para poder condensar las disposiciones de la ley del 12 de abril de 1901, reglamentaria del Art. 152 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, se hace necesario remontarse al derecho romano, para dar al actual Fiscal de Estado las funciones que tenía el abogado del fisco, que era la caja del Emperador; siendo por lo tanto la misión de ese fiscal defender los intereses de la caja del emperador contra los actos de los particulares, pero no contra los actos del emperador;- si así procedemos, evidentemente, la disposición constitucional no establecería lo que establece, y la ley reglamentaria se encontraría fuera de quicio.

Entre los romanos, fisco era la denominación que designaba el tesoro del príncipe, para distinguirlo del tesoro público, que se llamaba erario, pues no estaba confundido entonces el tesoro o patrimonio de los emperadores con los caudales o fondos destinados a las obligaciones del Estado. En España se adoptó la nomenclatura romana, llamándose fisco o cámara del rey el tesoro o patrimonio de la casa real, y erario el tesoro público del Estado: confundieron luego ambos tesoros bajo el nombre de fisco; y últimamente, no se entiende ya por fisco sino el erario del Estado, o sea la hacienda pública. Luego, el “Patronus Fisco

que en romance quiere decir, omme que es puesto para razonar o defender en juicio todas las cosas y derechos que pertenecen a la cámara del rey”, traído a colación para defender la tesis, de que el Fiscal de Estado, según nuestra constitución no puede promover acciones contenidas administrativas, “como defensor del patrimonio del fisco”, contra decisiones del poder administrador, no prueba nada, prueba menos, no ilustra el caso en favor del contrincante, en todo favorece la tesis constitucional. Porque el Patronus Fiscu, defendía el tesoro de la cámara del rey, no contra actos del rey dueño y señor del tesoro como se comprende, sino contra cualesquiera personas que con sus actos pudieran lesionar ese tesoro; y de suponer es, que aún podría ejercer acción contra funcionarios administrativos cuyas decisiones afectaran el tesoro de la cámara del rey.

El jurista al que referimos asevera que los tratadistas del derecho administrativo, definen al fiscal, como “representante de los intereses del fisco en los juicios promovidos por los particulares contra la decisión de la autoridad; pero, no puede el por sí, promover demandas contra el poder administrador, a quien solo puede y debe defender”, esta es parte de la verdad, pero no toda la verdad. Los fiscales no son defensores del gobierno, ni defensores únicamente de sus actos. Los fiscales entienden en todo lo relativo a los intereses y derechos del fisco, y las causas pertinentes a la vindicta pública. Los fiscales entienden donde hay responsabilidad oficial, aún cuando no haya acusado particular, y en los asuntos civiles, cuando interesa a la causa pública. Los fiscales son defensores de la causa pública, de la jurisdicción ordinaria y encargados de promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad. Esta es la acepción en general de lo que significa la entidad jurídica fiscal: un verdadero representante de la sociedad, que vigila por el cumplimiento de las leyes, que está habilitado para promover en defensa de los intereses de la sociedad y del fisco, según el modo y forma que lo determinen las leyes.

Esta es una significación distinta de la restringida dada por el jurista aludido (tachado “contrincante”).

Y la Suprema Corte de la Provincia en el año 1878, decidió un caso llevado en apelación por el Fiscal de Estado, declarando que el fiscal era parte en el juicio contencioso administrativo, y tenía el mismo derecho que el particular para recurrir ante la Suprema Corte contra las resoluciones del P. E. que, en su concepto, perjudicasen- los intereses del fisco. El fallo se dictó en Septiembre de 1878 (véase Fallos, etc., Serie 1ª, tomo VIII, página 5a).

El autor a que nos referimos hace notar el caso y para demostrar lo poco fundado e incongruente del fallo de la Corte, hace crónica, y observa que, siendo diputado a fines del año 1878, al tratarse en la Cámara el presupuesto del año 1879, refirió al caso citado y la por la interpretación dada por la S. C. a las atribuciones de aquél funcionario, a quien colocaba arriba del gobernador en la administración pública (lo que no resulta del caso que expone, ni de la resolución de la S. C., por más que lo afirme el autor) y consiguió la supresión del presupuesto de aquél empleado, a fin de hacer desaparecer el peligro que el fallo de la SC entrañaba, tales son las expresiones del crítico del artículo 152 de la constitución, reglamentado por la ley de abril de 1901.

En esa época el Fiscal de Gobierno (o Estado) no era un funcionario por mandato de la constitución, como lo es el actual Fiscal de Estado, por eso la supresión del puesto en el presupuesto del año 1.879, fue la supresión del funcionario. El Fiscal de Gobierno lo era por ley y por ley dejaba de serlo; hoy, el caso no es el mismo; sin embargo, aquel Fiscal de Gobierno era parte en el juicio contencioso administrativo contra una decisión del P. E., cuando se trataba de defender intereses del patrimonio del fisco.

El autor de referencia, dice, que se violenta el Art. 152, cuando el Fiscal de Estado deduce demandas contra el P. E., pues, cree

que se comete un error institucional; sin embargo, la Constitución establece que el Fiscal de Estado es el “funcionario encargado de defender el patrimonio del fisco, que será parte legítima en los juicios, contencioso administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado; se comprende, que expresándose la Constitución en sentido general, sin restricción alguna, se trata de la defensa del patrimonio del fisco y de los intereses del Estado, aún en contra de resoluciones de carácter administrativo anteriormente regladas por leyes, decretos, etc., según los casos ocurrentes, debiendo el Fiscal de Estado promover el juicio contencioso administrativo que corresponda.

El autor hace depender al Fiscal de Estado del poder administrador, diciendo que: “es un empleado necesario, conveniente, pero no el *summum* del poder público, creado para detener en su marcha al mismo jefe de la administración, elegido con requisitos mucho más importantes que los que se requieren para que el Gobernador designe a ese fiscal.” Estos no se pueden llamar argumentos jurídicos. El Fiscal de Estado es designado por el Gobernador y el Senado le presta su acuerdo, exactamente como cualquiera de los miembros de la Suprema Corte de Justicia, quienes, ni individualmente ni en corporación dependen del P. E., exactamente como sucede con el funcionario que nos ocupa. Luego, el Fiscal de Estado no es un funcionario administrativo dependiente del P. E., es completamente desligado según la Constitución, y responsable de sus actos a la manera de cualquiera de los miembros de las cámaras de apelación, no pudiendo ser removido sino por las mismas causas y por el mismo modo y forma que los jueces.

Estas no son conclusiones o doctrinas que se sacan a fortiori de antecedentes históricos o resoluciones especiales que se fuercen para conformarlas al propio parecer o dictamen; ello fluye naturalmente, -es lo que expresa claramente la Constitución; siendo la ley reglamentaria del 12 de abril de 1.901 una consecuencia forzosa,- el cumplimiento del mandato expreso de la Constitución.

Cumpliendo lo estatuido por la Constitución de 1889 referente al Fiscal de Estado y de la manera que ella lo expresa, todo se allana con naturalidad aún frente a otras autoridades administrativas competentes, sean ellas Municipalidades o Dirección General de Escuelas, quienes deben tener sus agentes, por disposición de sus leyes orgánicas respectivas, que intervengan en los juicios contencioso administrativos en forma análoga al funcionario que nos ocupa y en cumplimiento de disposiciones constitucionales.

Después de lo expuesto, solo debemos agregar que, con arreglo a la Constitución entendemos que puede y debe promover la acción contencioso administrativa la parte interesada, inclusive el Fiscal de Estado, cuando se trate de defender el patrimonio del fisco o los intereses del Estado; ya sea, frente a particulares, P. E. u otras administraciones independientes, siempre que las decisiones a juicio del Fiscal, lesionen el patrimonio del fisco, por el modo y forma que lo establece la Constitución y lo mana la ley de abril 12, 1901.

Procede la acción contencioso administrativa por retardación en el despacho, por parte del poder administrativo, según lo establece la Constitución en el Inc. 3, Art. 154. Esta disposición constitucional es nueva, data de la reforma del año 1.889. Los constituyentes comprendieron la necesidad de impedir que el poder administrador pudiera por dejadez u hostilidad comprometer los derechos reclamados por los particulares e introdujo esa importante innovación.

Tan en cuenta tomaron los constituyentes la cuestión del retardo, que en las “Disposiciones Transitorias”, Art. 222 de la Constitución, se establece: “mientras no se dicte la ley que rija el procedimiento en los juicios contencioso administrativos...el recurso de retardación, podrá deducirse después de seis meses de la fecha en que el asunto se encuentre en estado de resolución.” Tal disposición evita

que la autoridad administrativa pueda con su demora en el despacho de cualquier asunto, perjudicar los derechos de los interesados.

Para conocer el momento en que un asunto se encuentra en estado de resolución, tratándose del P. E. de la Provincia, el decreto de 24 de Agosto de 1.889, que versa sobre la iniciación, trámite, resolución y notificaciones en los asuntos de su competencia, el caso no ofrece dificultad; pero, no se trata de la sola autoridad administrativa general, sino también de las autoridades administrativas correspondientes y ellas pueden ser una municipalidad o la Dirección General de Escuelas, y como estas administraciones pueden o no tener disposiciones reglamentarias imperativas, que establezcan los términos en la tramitación de los asuntos, podría darse el caso de que se retardase la resolución definitiva. A nuestro juicio, en tales casos, transcurridos seis meses desde que se inició un asunto, sin que haya recaído resolución administrativa concluyente, el particular podrá pedir a la Suprema Corte que intime a aquella autoridad para que despache dentro de un plazo que debe fijar. Más o menos en la misma forma del recurso de queja por retardo de justicia, legislado en el Código de Procedimientos.

La retardación da derecho para ejercer la acción y el Tribunal tiene jurisdicción para declarar que la retardación se ha producido y que ha llegado el momento de que se inicie la acción. De otra manera, las disposiciones constitucionales serían inoficiosas, y el cuerpo político no jura la constitución, para que no se cumplan las disposiciones que ella establece.

En virtud del Art. 159 de la Constitución, la Suprema Corte tiene la facultad de mandar cumplir directamente sus fallos por las oficinas o empleados respectivos, si la autoridad administrativa no lo hiciese dentro de los sesenta días de notificada la sentencia. Los empleados a que alude el artículo serán responsables por la falta de cumplimiento de las resoluciones de la S.C.

Es tan claro el artículo, tan explícito, que no requiere comentario para conocer su alcance y efectos.

La Constitución ha querido que sus preceptos se cumplan, que la justicia sea un hecho y ha dado al más alto poder judicial del Estado, la facultad de hacer efectivas directamente las resoluciones que dicte en los juicios contencioso administrativos.

La ley de contabilidad de la Provincia establece:

Art. 45. Comunicada que sea una resolución de la Suprema Corte que establezca un pago por el Tesoro, la Contaduría General tomará nota de la fecha de vencimiento del plazo después del cual y de acuerdo con el Art. 159 de la Constitución de la S. C. puede ordenarlo directamente.

Si en el intervalo el Poder Ejecutivo no hubiese obtenido un crédito de la Legislatura, o no existiese partida en el presupuesto a que imputarlo, la imputación se hará al Art. Citado de la Constitución, cuando el pago se verifique.

Art. 46. La Contaduría General comunicará inmediatamente al Ministerio de Hacienda y este al Tribunal de Cuentas, todo pago que autorizase en virtud de lo dispuesto en el Art. 159 de la Constitución, consignándolo en su memoria anual con relación detallada de todos los antecedentes.

Siendo la ley de contabilidad de la Provincia de Buenos Aires, una ley obligatoria para todos los funcionarios públicos y administraciones de la Provincia, sus disposiciones rezan to todas sus autoridades administrativas.

VI

Del estudio y discusión de la jurisdicción contencioso administrativa que antecede, resulta como consecuencia de derecho, clara y explícita, que ante esta jurisdicción no pueden ir a ventilarse los intereses civiles del Estado o de los particulares, siendo competentes en estos casos los tribunales ordinarios; pues se trata intereses regidos por el Código Civil.

Ante la jurisdicción contencioso administrativa solo pueden discutirse las cuestiones comprendidas por el derecho administrativo y siempre que los interesados crean lesionados los derechos que invocan, por resoluciones administrativas definitivas que los desconozcan.

Según la Constitución, se hace necesaria la previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente, al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada.

La acción contencioso administrativa no es un recurso de apelación; es una causa que se inicia ante la Suprema Corte, quien conoce de ella y sentencia en única instancia y en juicio pleno según lo establece la Constitución.

Nosotros en la jurisdicción contencioso administrativa, nos hemos separado de casi todas las legislaciones: ella viene a ser un recurso extraordinario ante la más alta autoridad judicial constituida en tribunal especial de la materia.

Bien; se deduce de esto que, no todos los actos de las administraciones públicas competentes dan lugar al juicio de que se trata. La acción es procedente siempre que el interesado, haya sido lesionado en un derecho fundado en disposiciones anteriores, al acto administrativo del cual recurre ante el tribunal competente.

Existen actos del poder administrador que son discrecionales, actos de puro mando y contra los que no existe recurso alguno; porque son actos inherentes al poder mismo, cometidos en pro del bienestar general y sin los cuales no sería posible la autoridad.

Conviene tener presente que, para que los actos del poder administrador puedan dar lugar a la acción contencioso administrativa, es necesario que los derechos lesionados, sean regidos por el derecho administrativo y no por el derecho penal, el derecho civil o el derecho constitucional, porque como bien enseña un autor: "Si el P.E. atacase la libertad de imprenta,

estableciendo la censura previa para los escritos de un periodista determinado; si se constituye en arresto a un individuo sin juicio previo, y se negase a restituirlo a la libertad cuando se lo pidiese; si despojase a una persona de su propiedad, sin los requisitos de la ley de expropiación, o iniciase obras de canalización en campos ajenos, sin previo arreglo con su propietario, - en ninguno de esos casos, aún cuando se trate de actos del poder administrativo, y aún cuando se vulneren derechos privados, no procedería la acción contencioso administrativa, porque la libertad del pensamiento y la libertad individual están regidas por la Constitución, que es el derecho político, y por el código Penal que es la ley criminal de fondo, así como los derechos reales y los interdictos están regidos por el Código Civil”.

“Son otros jueces, y no los del derecho contencioso administrativo los que deben entender en esas acciones”.

A veces los actos de carácter general del poder administrador, pueden lesionar derechos privados; en este caso el particular debe ocurrir ante la autoridad administrativa para hacer valer su derecho, y si en último caso, la resolución sobre el caso particular desconociese el derecho reclamado, la acción contencioso administrativa procedería en contra de esta última resolución.

Luego, los decretos y reglamentos generales no pueden ser atacados por la vía contencioso administrativa procedería en contra de esta última resolución.

Luego, los decretos y reglamentos generales no pueden ser atacados por la vía contencioso administrativa, porque son generales sin aplicación directa a persona o derecho alguno.

En algunos países Europeos, la jurisdicción contenciosa requiere que, los actos del poder administrador vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto admi-

nistrativo, entendiéndose así cuando la disposición que el recurrente reputa infringida, le reconozca su derecho individualmente.

Pero, un una organización política como la nuestra, la resolución de una autoridad puede no solo herir derechos particulares, sino también los de otra administración pública. Los representantes de esta pueden ejercer la acción de la misma manera que si fuese un particular. Tales casos pueden suceder entre la Dirección General de Escuelas, las Municipalidades y el Poder Ejecutivo de la Provincia, y si de ellos resultasen derechos lesionados, procedería la acción contencioso administrativa ejercitada por la administración que recibiese en sus derechos.

VII

De una manera concisa, hemos tratado de exponer nuestro criterio respecto de la jurisdicción contencioso administrativa, según lo que establecen leyes y decretos de los poderes nacionales y provinciales, y sobre todo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que estatuye sobre la materia de una manera clara, precisa e intergiversable, las bases para una legislación de fondo y procedimientos más adelantada en los tiempos modernos.

Quizá hayamos sido parcos en aglomerar antecedentes históricos patrios; de nuestra legislación, jurisprudencia y precedentes administrativos; y que, no hayamos ilustrado suficientemente la discusión de tan importante materia, con citas de las legislaciones y autores de otras naciones. Sin embargo, si bien podríamos haber dado mayor realce a la argumentación y agotado en abono de nuestro criterio, echando mano de antecedentes propios y extraños, encaminados a la luz del derecho público en su más avanzada expresión, no hubiéramos podido encontrar nada que pudiera equipararse a lo que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagra respecto de la jurisdicción contencioso administrativa.

Quizá hayamos repetido una y otra vez, buscando la mejor comprensión de la doctrina constitucional, al encarar bajo diversos aspectos una misma rama de la cuestión que motiva el presente trabajo. Todo esto debe ser disculpado en mérito del objeto que solicitaba nuestra persistencia: mayor claridad para la mejor comprensión de la materia que tratamos.

Terminamos la nuestra deficiente obra, propia del apresuramiento a que obligan los plazos reglamentarios de nuestra Facultad; pero, sentimos después de terminado el estudio de lo contencioso administrativo, aquella satisfacción incomparable, cuando el espíritu encuentra que en su patria, todo ciudadano tiene acción contra las resoluciones de la autoridad administrativa que haya vulnerado sus derechos- Que, el más alto tribunal de Justicia del Estado, es el llamado a fallar en todo juicio contencioso administrativo.

Que, la constitución y las leyes garanten la libertad y los derechos de los habitantes de la República de la manera más amplia y más sustancial.

Que, el P. E. está obligado a cchar dentro de los preceptos de la constitución frente a cualquier ciudadano.

Que, la soberanía que reside en el pueblo no es una mera ficción. Que las conquistas de las libertades derechos y garantías de los hombres, forman el armazón contra las resoluciones del C. S. Universitario, como autoridad administrativa en última instancia, procede el juicio contencioso administrativo.

La unidad de la sucesión, sostenida por nuestra legislación civil, está de acuerdo con los principios más adelantados del derecho internacional privado.

La capacidad de 18 años, para comerciar, es de hecho, no de derecho.

POESIA



EL PALACIO & LA VILLA

por *Julián Axat*.

A los trabajadorxs de ATAJO

Las villas no tienen palacios de justicia
tienen capillas & centros de información
enviados policías punteros referentes y servicios infiltrados
las villas no tienen palacios de justicia
porque el poder judicial nunca se embarra
te atiende de saco & corbata tras el mostrador de Talcahuano
y los códigos comentados en latín dicen
que las villas no deben tener palacios de justicia
sino derribadores de bunkers
& allanamientos masivos resolvedores de problemas
desalojos y pibes descalzos mujeres golpeadas falopa
& la mayoría de gente honesta que vive
haciendo cola en un almacén
donde también te remarcan o te cobran canon por estar
& tratarte de peligroso
porque la villa no tiene palacios de justicia
& es un sueño que lo tenga
y por el ojo de la cerradura entre algún día el palacio humano
demasiado humano
menos palacio
más justicia
menos corbata



CALLE 48 NRO.892 1/2 E/ 12 Y 13
TEL/FAX. (0221) 4233938 A MEDIA CUADRA DE TRIBUNALES
INFO@ULPIANOLIBROS.COM.AR

Director:

Alejandro MEDICI

Abogado y Especialista en Investigación Social Participativa (UNLP). Máster en Teorías Críticas del Derecho por la Universidad Internacional de Andalucía, España. Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, España. Profesor Titular de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Pampa. Profesor Adjunto de Derecho Político en la Universidad Nacional de La Plata. Autor de diversos libros y artículos científicos sobre derechos humanos editados en Argentina, Brasil y España.

Codirector:

José Ignacio LOPEZ

Abogado y candidato a especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Adscripto a la Cátedra I de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP y profesor de Derecho de la Comunicación en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP. Editor del blog jurídico "Palabras del Derecho" y autor de diversas publicaciones científicas sobre derecho público.

Editor:

Pablo Octavio CABRAL

Abogado y Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesor de la Materia Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Autor de diversos libros y artículos científicos sobre derecho público.

Coordinadora:

Marcela DE LUCA

Abogada (UBA). Profesora de Derecho Agrario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Autora de diversos libros y artículos científicos sobre derecho agrario.