

Contenido

pensarJUSBAIRES

AÑO II. Nº 6 | DIC. 2015

OLMOS

A LOS LECTORES.....3

OLMOS / CASÁS / CENTANARO / CORTI / CONTE-GRAND / PETRELLA

EL TRABAJO DE QUINCE AÑOS DEL FUERO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO 4

LOZANO

LA TESIS DEL DERECHO INTRAFEDERAL
Y SU REFUTACIÓN.....14

LOZANO

LOZANO SENTÓ SU POSICIÓN RESPECTO
DE LA JERARQUÍA DE LOS ACUERDOS
INTERJURISDICCIONALES 29

BALBIN

UNA NUEVA MIRADA SOBRE EL PRINCIPIO
DE DIVISIÓN DE PODERES 32

DANAS

ACCIONES COLECTIVAS: DEJAR EL MUNDO UN POCO MEJOR52

DUPUY

GROOMING: NUEVA MODALIDAD DELICTIVA
PARA CAPTAR A MENORES 68

REVISTA

pensarJUSBAIRES

AÑO II. Nº 6 | DIC. 2015

DIRECTORA

Dra. Alicia Pierini

COMITÉ ASESOR

Dr. Horacio Corti

Dra. Marta Paz

Dr. Gustavo Ferreyra

REDACCIÓN

Nancy Sosa

FOTOGRAFÍA

Eugenia María Redondo

DISEÑO Y PRODUCCIÓN

Editorial JusBaires

Diag. Julio A. Roca 530

www.editorial.jusbaires.gob.ar

Pensar JusBaires

Bolívar 177, 4º piso

www.pensar.jusbaires.gob.ar

Desarrollado por la Dirección de Informática y Tecnología del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

DNDH Nº 5255764

Impresa en Casano Gráfica S.A.
Ministro Brin 3932 (B1826DFY) Remedios de Escalada.
Buenos Aires - Argentina
Tel/Fax: 005411 42495562



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

AUTORIDADES

PRESIDENTE

Enzo Pagani

VICEPRESIDENTA

Alejandra Petrella

SECRETARIA

Marcela Basterra

CONSEJEROS/AS

Ricardo Félix Baldomar

Alejandro Fernández

Juan Pablo Godoy Vélez

Carlos Esteban Mas Vélez

Vanesa Ferrazzuolo

José Sáez Capel

ADMINISTRADOR GENERAL

Alejandro Rabinovich

Foto de tapa: Fuente Las Nereidas



A LOS LECTORES

pensarJUSBAIRES completará su primer año y medio de vida cuando finalice este 2015 colmado de vicisitudes y cambios institucionales. Cuando tomé la decisión de crear un medio propio del Consejo, tanto gráfico como en versión digital, tuve en cuenta principalmente la necesidad de generar una plataforma que le abriera camino al talento de nuestros juristas más jóvenes así como a la experiencia de los ya avezados, para volcar en sus páginas opiniones, y análisis jurídicos que no siempre son tomados en cuenta por los medios tradicionales de nuestro foro.

Era una manera más de alcanzar coherencia con nuestra vocación de Ciudad Autónoma, ofrecerle al sistema judicial un espacio de calidad para plantear libremente aspiraciones, logros o innovaciones que ofrece o requiere el sistema legal de nuestra ciudad.

En este corto lapso de 18 meses se publicaron cerca de 40 artículos académicos, mayoritariamente elaborados por colegas del foro porteño, notas de doctrina interamericana, y recuperación de textos de los debates constitucionales de 1994.

Un total de 520 páginas en 6 revistas (contando la presente) más dos Suplementos Especiales.

No me alejaré de PensarJusbaire después que finalice mi mandato como Presidente del Consejo, porque mi vocación no empezó ni termina con el cargo con el que fui honrado. Seguiré pensando y apoyando

Al tiempo que se está editando este número de **pensarJUSBAIRES** ha asumido la Presidencia del Consejo el Dr. Enzo Pagani a quien le deseamos éxito en la gestión y esperamos escriba en estas páginas acompañando este desafío de comunicación académica que venimos llevando a cabo.

Alicia Pierini
(Directora)



este medio para que siga adelante dando y recibiendo aportes de los integrantes del sistema judicial porteño, manteniendo siempre su calidad en textos y diseños. Haciendo votos para que pueda crecer y desarrollarse aún más, habida cuenta que ahora ya es una publicación académica conocida y apreciada.

Seguiré escribiendo y agradeciendo a todos los que hicieron y hacen posible esta publicación, y en particular a su Directora que interpretó cabalmente el objetivo que le había planteado al que agregó su propia vocación académica.

Será, pues, hasta pronto. Cordialmente.

JUAN MANUEL OLMOS



EL TRABAJO DE QUINCE AÑOS DEL FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO

OLMOS AGRADECIÓ LA COOPERACIÓN DURANTE SU GESTIÓN DE CUATRO AÑOS

Juan Manuel Olmos saludó y agradeció a todos los integrantes del Fuero Contencioso Administrativo el trabajo y la cooperación brindada a lo largo de los cuatro años de su gestión como Presidente del Consejo de la Magistratura porteña.

Estas fueron sus palabras:

“Vengo a compartir este acto de reconocimiento al trabajo de quince años del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario y aprovecho la ocasión para agradecer y para despedirme, porque, como ustedes saben, el próximo 7 de noviembre termina el mandato de los tres representantes del estamento de la Legislatura.

Y en esta oportunidad quiero agradecer toda la colaboración que he tenido en estos cuatro años de gestión de parte del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

Nuestra justicia tiene dos fueros, imagínense: si nos hubiéramos llevado mal con uno de los dos fueros!... habría sido conflicto con el 50% de toda nuestra jurisdicción!! Pero se ha trabajado mucho y bien.

Hemos podido avanzar en buena parte de lo que hacía falta hacer durante estos años y se hizo no solo en conjunto sino también en consulta permanente.

El Consejo contó con la invaluable presencia –y solvencia– de la representante del estamento judicial, la Dra. Alejandra Petrella, que es tan dedicada y prolija para las cuestiones que se refieren al CAYT. Ha sido por su acción permanente que todos pudimos acompañar, recibir

La construcción que ha realizado este fuero durante estos quince años ha desarrollado diferentes visiones y ha logrado una composición en cada caso sobre lo que cree que deben ser los derechos consagrados y como éstos se ejercen en la Ciudad de Buenos Aires.

y buscarle soluciones posibles a los problemas que surgían. Porque las resoluciones a los problemas se encaraban buscando lo posible y no buscando lo ideal.

En nuestra institución no sólo somos muchos, además venimos de diversos sectores, hay diferentes intereses que se contraponen y hay que tener en cuenta que éste es un organismo integrado por tres estamentos.

Cada uno de esos estamentos a su vez tiene representaciones diferentes en los fueros, así como también representación de las fuerzas políticas tanto de la Legislatura como de las representaciones mayoritaria y minoritaria de parte del estamento de los abogados.

Lograr ese consenso y trabajar al mismo tiempo cumpliendo con la manda de administrar, de ordenar las selecciones y ejercer la disciplina fue para nosotros un desafío. Un desafío donde yo sentí permanentemente que estaba acompañado por todos los representantes y por todos los que componen este fuero Contencioso, Administrativo y Tributario.

Hojeando el libro conmemorativo que se ha realizado tomo conciencia de que en estos 15 años, en conjunto, incluyendo a la Legislatura, al poder Administrador y también al Poder Judicial, se han construido grandes cimientos en esta ciudad-estado. Ello muestra también una construcción de identidad que nos abarca como porteños a partir de haber podido elegir nuestras propias autoridades y de constituir nuestras instituciones a partir de 1996.

Y en esa construcción, este Fuero CAyT ha hecho historia y está mostrando los quince años de su tarea jurisdiccional. No es un tiempo muy largo en la vida institucional de un Estado o de una provincia, de una ciudad o un país. Quince años es muy poco tiempo en términos históricos, pero hay que analizar y alegrarse de cuánto se ha logrado.

Cuando doy clases en el CBC, a los chicos que por primera vez entran en contacto con el Derecho, la definición que más me gusta, como palabra con sentido y significado, es “Derecho”, y les digo que el Derecho es una herramienta para poder vivir en sociedad, es la herramienta a la cual apelan los pueblos para organizarse y para convivir. Y después, obviamente, tengo que enseñar qué es la “Justicia”. Y entonces agrego que es precisamente esa herramienta que si no tiene el componente de poder que va delineando e interpretando el pacto social primario –que es el pacto constitucional– la verdad es que sería muy difícil poder ordenarse como sociedad.

La construcción que ha realizado este fuero durante estos quince años ha desarrollado diferentes visiones y ha logrado una composición en cada caso sobre lo que cree que deben ser los derechos consagrados y como éstos se ejercen en la Ciudad de Buenos Aires.

Así se ha construido una historia en esta década y media y se ha generado la posibilidad de contar con un Estado y una ciudad que han sabido atender las demandas sobre cuestiones diversas que están consagradas como derechos.

Por todo eso, quiero agradecer la contribución que han hecho todos y cada uno de ustedes.

Había una anécdota muy famosa –discúlpeme la digresión política–, de cuando se le preguntó una vez al Gral. Perón cómo trabajaba con el Movimiento no obstante las diferentes posiciones que había. Entonces, él decía: “bueno..., los hay contemplativos, los hay combativos, los hay ortodoxos, los hay heterodoxos... pero todos trabajan!!!”

Creo que esa frase la podríamos aplicar perfectamente al fuero: los hay combativos, los hay contemplativos, los hay ortodoxos, los hay heterodoxos... pero todos han trabajado para que esta justicia haya logrado en quince años abarcar muchísimos más derechos que los que hubo antes, y son en beneficio de todos los que viven en la Ciudad de Buenos Aires.

Esa es la contribución que han hecho en estos 15 años cada uno de ustedes, y que merece nuestro reconocimiento. Por ello, vuelvo a decir: ¡Muchísimas gracias!

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2 de octubre de 2015.

JOSÉ CASÁS: LA FUNCIÓN DE CAyT FORTALECE EL ESTADO DE DERECHO

Para el Juez del Tribunal Superior José Osvaldo Casás la función del CAyT consolida el estado de derecho en la Ciudad.

El hecho de que se cumplan 15 años de la administración de la justicia CAyT, para mí constituye un hito trascendente. El artículo 129 de la Constitución Nacional afirma que la Ciudad es autónoma y tendrá un régimen de gobierno con facultades de legislación y jurisdicción.

Este reconocimiento de hoy al Fuero CAyT no le resta mérito a la justicia inicialmente contravencional y de faltas, luego penal, contravencional y de faltas, como consecuencia de los dos convenios de transferencia que están operativos. Sin embargo creo que ha sido una decisión trascendente la creación del Fuero CAyT y digo porqué:

Esto es así por un triple orden de circunstancias. Primero **tener un poder judicial, pero además tener una justicia que lucha contra las inmunidades del poder, que es el fundamento mismo del Estado de derecho.**

Sin un poder judicial, o sea sin justicia, difícilmente podía predicarse que había un Estado, y la ciudad pretendía ser un Estado.

Había incluso algunos rasgos marcados ya en el viejo texto constitucional, que la Ciudad era algo más que una Municipalidad.

En la Constitución primigenia –la de 1853–, la Ciudad de Buenos Aires era Capital de la República, nombrada expresamente así a diferencia de nueve provincias que eran territorios nacionales y que devinieron en provincias un siglo después. La Ciudad de Buenos Aires ya elegía senadores a la instancia federal del Congreso, la cámara alta. La Ciudad de Buenos Aires tuvo Colegio Electoral para elegir senadores y Colegio Electoral para elegir presidente y vicepresidente.

Pero indudablemente todo toma otro color y otro matiz a partir de la reforma constitucional del año 1994.

Por otro lado, creo que es de una relevancia particular que la ciudad tenga un Fuero CAyT por otras circunstancias: porque las sentencias que se dictan generan un fuerte impacto derogatorio en una jurisdicción que en términos de correspondencia fiscal debe recaudar entre el 85% y 90% de los recursos que eroga y además tiene que recaudar sus propios recursos.



... lo importante de este fuero es que tiene la tarea, ya no de reivindicar sino de efectivizar la tutela judicial.

Esencialmente los recursos de la ciudad son recursos tributarios y primordialmente impuestos o ingresos brutos en la medida que recibe sólo 1.4 del total de la masa coparticipable y tiene escasas transferencias por otras vías de parte de la acción nacional.

Además, la justicia CAYT tiene un rol fundamental en la lucha contra las inmunidades del poder. Debo recordar que la propia jurisprudencia de la CSJN durante varias décadas marcó el principio de la inmunidad jurisdiccional del Estado. Que se basa en la idea de que el rey no se equivoca o de que el rey no puede hacer el mal y que transformadas las monarquías en república llegaron a la convicción de que los representantes del pueblo, en definitiva, iban a ser infalibles.

Luego se requirió la avenida legislativa cuando se diferenciaban a través de la doble personalidad del Estado, los actos “iuri imperii” y los actos “iuri gestionae”. Vino así el reclamo administrativo previo.

En unas jornadas convocadas por la Procuración de la Ciudad pude escuchar al catedrático Javier Vázquez –de quien había leído un artículo en una obra de homenaje a Jesús González Pérez– cuando habla de este tema jurisdiccional, y destaca que lo importante de este fuero es que tiene la tarea, ya no de reivindicar sino de efectivizar la tutela judicial.

Se trata de una tutela judicial efectiva en sentido estricto que puede ejercitar un control férreo de los poderes públicos, reconvirtiendo un simple precepto indicativo de una obligación de respeto del derecho a defensa, en un deber positivo a cargo de los magistrados.

La idea es que el proceso no tiene exclusivamente un mero fin ordenador sino que sirve de instrumento para la realización de los derechos fundamentales. Es que la tutela judicial efectiva, en su sentido estricto, importa eliminar las limitaciones irrazonables para la habilitación de la instancia, otorgar un plus de tutela a través de la tutela cautelar y convertirla en real y efectiva con una evolución razonable de los procesos para evitar desviaciones o abusos del poder.

Yo tuve alguna gravitación en la sanción por ley 189 del CCAyT en la reformulación del artículo 9no, que importó dejar de lado el odioso principio del *solve et repete*. Cabe recordar que en la modernidad, este principio aparece en Italia con la ley 2.248 del 20 de marzo de 1865 que había existido en la Roma Imperial, y la Corte Constitucional Italiana lo había declarado inconstitucional el 24 de marzo de 1961. Esto es toda una concepción.

El estado constitucional surge a partir de las constituciones que son el fruto del poder constituyente. La supremacía de la Constitución escrita es un logro relativamente reciente que puede remontarse a la Constitución del Estado de Virginia en los EEUU de 1787, o para algunos recién a partir de la aparición de un guardián con mente brillante como John Marshall que pudo conseguir en “Marbury vs. Madison” la facultad anulatoria de las leyes inconstitucionales por los jueces. Se necesitó un siglo más para transformar este Estado constitucional en estado de derecho.

Y así avanzó el **estado de derecho** a través de la concepción de las más lúcidas mentes del pensamiento jurídico alemán-italiano. **Importa que hoy la administración esté sometida a la ley y esté sometida a la jurisdicción.**

Hoy hablamos de estado constitucional social y democrático de derecho, pero estado de derecho es eso.

Aquí cumple un rol fundamental el poder judicial: es **el sometimiento de la administración a los principios lo que se denomina el bloque de legalidad; los guardianes de tal sometimiento son los jueces y este rol es el rol primordial de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario.**

Este fuero, con sus más y sus menos, con activismo –exagerado a veces–, es indudable que es mérito fundamental del Poder Judicial de la Ciudad que ha marcado los rumbos y ha dado de ejemplo.

Por todo eso, a todos los que lo integran, mis más sinceras felicitaciones. Muchas gracias.

CENTANARO: EL CAyT ES UN ESPACIO INSTITUCIONAL RESPETADO

El presidente de la Cámara de Apelación del Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario Dr. Esteban Centanaro, celebró que en estos quince años el fuero se haya constituido en un espacio institucional respetado y garante de los derechos en la Ciudad.

Durante el acto por el aniversario del fuero, realizado el 2 de octubre de 2015, Centanaro expresó:

“Hoy cumplimos 15 años desde que se fundó el fuero. Gracias al arduo trabajo que tuvo la Comisión de selección del Primer Consejo de la Magistratura y todos los que acompañaron dicha tarea, se pudo constituir este fuero que empezó tímidamente con una concepción de ser casi un fuero municipal de poca importancia.

Recuerdo que alguna vez –en alguna reunión de cátedra–, comentando algún fallo de nuestra justicia, muchos colegas, entre ellos jueces nacionales en lo civil, me decían: “pero ése, ¿es un fallo de la ciudad o de la justicia?”. Vale decir que originalmente para muchos jueces nacionales, nuestra justicia no era tal.

Tras estos 15 años de gestión, la presencia del fuero es contundente. Todo el foro ya nos conoce. Ya no citan más como al principio artículos del Código Procesal Civil y Comercial solamente; ahora los colegas saben que tenemos leyes especiales, las conocen y las aplican.

Hemos ido creando una gran cantidad de jurisprudencia, integrando distintos aspectos de la sociedad, una sociedad especial como es la de la Ciudad Autónoma donde hay un poderío económico importante. Pero también, y como consecuencia de ese poderío económico una gran cantidad de gente de muy escasos recursos, gracias a la legislación vigente, concurre a nuestra justicia para tratar de solucionar diversas situaciones.

En base a la Constitución y a la ley y también a la interpretación de nuestros tribunales se puede decir que nuestro fuero ha sido garante de los derechos individuales y sobre todo, más allá de los individuales, también de los derechos sociales.



Tras estos 15 años de gestión, la presencia del fuero es contundente. Todo el foro ya nos conoce. Ya no citan más como al principio artículos del Código Procesal Civil y Comercial solamente; ahora los colegas saben que tenemos leyes especiales, las conocen y las aplican.

Ha sido un fuero claramente independiente de los distintos Gobiernos de la Ciudad, e incluso el Dr. Conte-Grand aquí presente podrá decir que a veces le hemos dado algunos dolores de cabeza por nuestros fallos, pero los hemos dictado con total independencia y tratando de hacer realidad el ideal de justicia.

Nuestro fuero es un fuero muy pequeño, pero las circunstancias de la vida han hecho que siga creciendo, no tal vez porque haya crecido la población sino porque crecieron las demandas de esta población. Por eso hoy hay un gran número de juzgados de Primera Instancia, tres salas de cámara y no nos sobra el tiempo. Procuramos estar al día pero hay que moverse bastante para tratar de realizar el ideal de justicia y de dar a cada uno lo suyo.

Por último hay que decir que el fuero ha contado también con el inestimable apoyo del Consejo de la Magistratura en cuanto a la designación del personal, a los equipamientos, etc. La nuestra es una justicia bien dotada, bien ubicada. Se ha ido conociendo nuestra actividad y creo que ya nadie diría, como les conté: ¿este fallo, es de la justicia nacional o es de la Ciudad?

Hoy en día nuestros fallos se comentan. Incluso algunas editoriales tienen hasta un Suplemento con los fallos de la ciudad y aún más: también con doctrina de la ciudad. Todo ello indica que hemos alcanzado presencia en el foro jurídico y judicial.

Muchas gracias y un gran saludo a todos los integrantes de nuestro Poder Judicial.

CORTI: LA JUSTICIA PORTEÑA SIGUE EN PLENO CRECIMIENTO

El Defensor General Horacio Corti destacó que la Ciudad tiene una justicia en crecimiento, plural e inclusiva, una jurisprudencia innovadora en desarrollo continuo que profundiza los derechos sociales y sabe de los próximos desafíos, entre ellos el de los nuevos paradigmas en Salud Mental.

Los principales conceptos de su discurso durante el acto de celebración de los 15 años del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario porteño fueron los siguientes:

“La primera idea es reconocer que en la composición de este fuero o quizás en todo el Poder Judicial de la Ciudad, su resultado es altamente satisfactorio en cuanto a la equidad de género. **La participación de las mujeres es altísima y creo que es mucho mayor que en otros poderes judiciales.** Y más aún, en materia de inclusión en nuestro Poder Judicial hay trabajadores trans y creo que eso también merece destacarse.

Es que nuestra jurisprudencia en materia de género es realmente pionera, no solo por el tema de la identidad de género que fue algo desarrollado en nuestro fuero. También hubo aportes en cuestiones que luego van a ser decididas por el Poder Legislativo y que expresan lo que piensan las



mayorías políticas representadas. Pero antes de ser ley han sido decisiones de la jurisprudencia. Así sucedió, por ejemplo, con la cuestión de cambio de nombre, con la identidad autopercibida y también con el matrimonio igualitario, temas que han suscitado discusiones en nuestra sociedad, han provocado decisiones de nuestros tribunales locales y luego han producido leyes no solo de la ciudad sino leyes del Congreso Nacional para todos los argentinos.

Si bien ésta es la primera característica que destaco, creo que la segunda es el pluralismo, una característica que se mantiene desde el primer Consejo de la Magistratura, desde Gauna hasta Olmos.

Se han realizado muchos concursos pero hubo dos muy grandes: el originario y el que se hizo durante la presidencia de Olmos. En los dos casos creo que un dato central es que no se conformaron justicias homogéneas. Es decir, nadie pretendió generar una justicia donde todas las personas piensen de la misma forma cualquiera sea esa forma. Sino que es realmente notoria la diversidad que hay en nuestros valores, visiones políticas, jurídicas, la manera de entender el derecho y mucho más. Creo que eso es algo muy destacable en nuestra justicia y es algo muy visible a su vez, en comparación con otras justicias que al irse conformando progresivamente, o por cuestiones históricas, son muchísimo más homogéneas que nuestra justicia de la Ciudad.

Todo ello ha sido muy importante y ha incidido no solo en lo que decimos sino en el propio desenvolvimiento de nuestra jurisprudencia y de nuestra historia institucional.

Una tercera característica es que **es una justicia en crecimiento**. Desde aquella primera justicia que eran 12 jueces, 1 asesor, 1 defensor y 2 fiscales de primera instancia, a la justicia que tenemos hoy hay un cambio realmente notable y también es una diferencia respecto de otros poderes judiciales donde los crecimientos pocas veces se dan de esa manera tan continua y notoria.

Y en cada crecimiento, si bien siempre hay incorporación de gente de otros de ámbitos, también se nota la capacidad que tuvo nuestro poder judicial para formar a los propios miembros del poder judicial. Si hoy vemos quienes son los jueces que ocupan diferentes cargos, muchos de ellos han sido relatores, prosecretarios, secretarios y en diferentes lugares. Es algo muy importante un poder judicial que ha sabido formarse a sí mismo.

Pasando a las cuestiones que nos singularizan respecto de todos los poderes judiciales creo que hay dos o tres singularidades. La primera y la más destacable es que, más allá de nuestra diversidad y nuestro pluralismo, **lo que nos caracteriza es la manera en que hemos pensado o repensado y decidido sobre los derechos sociales**.

La experiencia que tenemos en nuestra justicia de la ciudad sobre los derechos sociales es una experiencia inédita, no sólo en Argentina sino a nivel internacional.

Si miramos lo que se dice a nivel internacional sobre el derecho a la vivienda, por ejemplo, en cualquier bibliografía general se habla de un fallo de Sudáfrica y algún otro de la India, y no mucho más.

Si uno compara eso con toda la experiencia que hemos tenido en estos 15 años en la Ciudad de Buenos Aires, la riqueza de lo que nosotros hemos hecho es incomparable. **Hemos generado una práctica jurídica muy significativa, que excede incluso el ámbito de la Ciudad.**

... nadie pretendió generar una justicia donde todas las personas piensen de la misma forma cualquiera sea esa forma.

Entre ellos, destacar uno muy significativo y que implica no solo cambios jurídicos sino cambios culturales, que son los más difíciles: uno de los mayores desafíos que tenemos en la ciudad en general y en la justicia en particular, son los que nos plantea la nueva ley de Salud Mental.

Observando lo que sucede en algunas provincias, encontramos por ejemplo un fallo de la Corte de la Provincia de Buenos Aires con fuertes lineamientos, pero que no está precedido de toda una práctica como en cambio ha sucedido en la ciudad que comienza por decisiones de jueces de Primera Instancia, después de Cámara y luego de Tribunal Superior que, a su vez, en un diálogo institucional y si hay algún punto conflictivo, generan nuevas decisiones de los jueces, de la cámara y nuevas decisiones del Tribunal Superior.

Ese proceso es finalmente un diálogo al interior de las propias instituciones de la ciudad, porque la fiscalía piensa una cosa, la defensoría otra, los diferentes jueces piensan otra, pero en conjunto construimos una visión de los derechos sociales que es realmente novedosa en muchísimos aspectos. En ella está la cuestión del derecho individual a la vivienda pero tenemos nuestras acciones colectivas. Nuestra experiencia sobre juicios colectivos también es inédita. Todas son cuestiones muy difíciles de ver en otros poderes judiciales.

Además hay experiencia sobre otros derechos. Pienso, por ejemplo, las decisiones sobre el derecho al agua, o los litigios por temas estructurales que involucran a las reformas edilicias en los hospitales. Así podría seguir sumando temas que conforman realmente un conjunto jurisprudencial que es muy notable.

Creo que hay dos o tres aspectos que son complementarios, como lo es la visión de género. La **otra faceta muy relevante en nuestra práctica es la importancia del acceso a la justicia.**

Si uno observa la manera en que toda nuestra justicia interpretó el derecho procesal veremos toda una innovación procesal muy grande. En primer lugar, la cuestión de la legitimación procesal: la interpretación que hacemos del art. 6 del Código Contencioso sobre la legitimación es muy amplia y ha sido interpretada en términos aún más amplios por la jurisprudencia de nuestros jueces contenciosos.

Y en el caso de los juicios colectivos y la legitimación en materia colectiva o la legitimación en las propias cuestiones institucionales como la de la Asesoría Tutelar es realmente notoria.

Además, si miramos otros aspectos, por ejemplo lo que hemos hecho con la acción de amparo existiendo la ley tradicional de una dictadura militar antigua, o con la propia ley que dictó la ciudad, hemos interpretado de una forma muy interesante y muy novedosa la acción de amparo que a veces es muy difícil de entender para los especialistas en derecho procesal.

Incluso quiero mencionar un tercer aspecto: hay mucha innovación en lo propio sustantivo del derecho administrativo y tributario que, frente a la gran generación de derechos sociales, la materia tributaria -si bien es parte de nuestro fuero- en algún sentido no es lo más esencial de nuestra tarea. Sin embargo también tiene un peso notorio y ahí también hay innovación jurisprudencial que es luego objeto de reflexión doctrinaria.

Dentro de toda esa historia, tenemos muchos desafíos. Uno de ellos es cómo continuamos con toda esa jurisprudencia, cómo seguimos este diálogo institucional entre nosotros y con el Tribunal Superior, y otra multiplicidad de temas que tenemos por delante.

Entre ellos, destacar uno muy significativo y que implica no solo cambios jurídicos sino cambios culturales, que son los más difíciles: uno de los mayores desafíos que tenemos en la ciudad en general y en la justicia en particular, son los que nos plantea la nueva ley de Salud Mental.

Esta ley implica que los jueces pensemos de manera diferente pero que también las autoridades de la ciudad piensen de manera diferente. Es una ley que conlleva un cambio cultural muy grande e importante y es que, a diferencia de otros casos, reconoce la autonomía porteña porque dice que las jurisdicciones incluyendo a la CABA tienen que dictar su propio Órgano de Revisión.

Tenemos en la Legislatura pendiente esa ley y creo que va a despertar una gran cantidad de debates culturales en la ciudad y seguramente nuestro fuero ahí va a tener algo que decir.

Por último quiero expresar el orgullo que siento de pertenecer a esta justicia de la ciudad. Creo que es un orgullo compartido con todos los que somos parte de él así que este aniversario es una alegría para todos. Muchas gracias.

CONTE-GRAND: AL FORTALECER LA AUTONOMÍA SE FORTALECE EL FEDERALISMO

Durante el acto de celebración del 15º aniversario del Fuero CAYT, Julio Conte-Grand, en nombre de la Procuración General de la Ciudad, agradeció la labor del fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

Este reconocimiento a todos los integrantes del fuero incluye no solo a los actuales, sino también a los que ya no están con nosotros, porque los procesos sociales son procesos históricos y nada de lo que nosotros hacemos se hace en forma aislada, sino que es consecuencia de la etapa anterior, todos han hecho un gran trabajo. Y cuando digo todos, me refiero, por supuesto, a los magistrados, a los funcionarios del fuero, de ayer y de hoy, y por supuesto a todos los empleados.

Los integrantes de la Procuración, de este tiempo y de los anteriores, que han pasado por la institución durante estos quince años les damos las gracias al fuero. Pero también doy las gracias como uno más en la Ciudad de Buenos Aires y como argentino.

Y remarco como argentino, porque la consolidación de los derechos individuales implica la consolidación de un sistema, que es el que determina la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad, que en su artículo primero dice que nosotros hemos decidido vivir en comunidad en un sistema que es representativo, republicano y federal.

Ese artículo 1º de la Constitución CABA consigna de una manera llamativa que todas las instituciones autónomas de la Ciudad deberán respetar los principios del federalismo. Reconocemos así en el ámbito de convivencia de la Ciudad nuestro destino común con los compatriotas de otras jurisdicciones.

Por eso también les doy las gracias, porque al fortalecer durante estos quince años la autonomía, han fortalecido el federalismo, que es un proyecto común de los argentinos que deseamos vivir en paz.



Fortalecer el sistema es fortalecer los derechos individuales, no hay derechos individuales si no hay sistema equilibrado.

Lo expresó así el Dr Oyhanarte hace más de 50 años: “el federalismo es una garantía de libertad”. No ha habido regímenes totalitarios en el mundo bajo el signo federal. Fortalecer el federalismo es fortalecer la libertad.

Fortalecer el sistema es fortalecer los derechos individuales, no hay derechos individuales si no hay sistema equilibrado.

Y por último reitero dar las gracias a título personal, porque estos cuatro años de ejercicio de la Procuración, en interacción con el fuero en sus distintos niveles, sean magistrados, secretarios, prosecretarios, funcionarios o empleados, en diferentes momentos –y sin darme dolores de cabeza- me han permitido crecer como ser humano enormemente. Como profesional, sin duda, pero más aún como ser humano. De modo tal que les agradezco enormemente y los felicito por la tarea que han hecho de defensa de la Argentina durante estos quince años. Muchas Gracias.

PETRELLA PRESENTÓ EL LIBRO QUINCE AÑOS, QUINCE FALLOS

La vicepresidenta del Consejo de la Magistratura porteña Alejandra Petrella fue el almamater del acto conmemorativo de los quince años del Fuero CAyT y de la elaboración del libro Quince años quince fallos que se presentó el día 2 de octubre.

En esa ocasión, Petrella dijo lo siguiente:

Estoy profundamente emocionada. Es un día para mí muy importante, y si estoy sentada en este panel, es por dos razones. Primero para acercar la importancia que tiene el hecho de que, con la Editorial JusBaires, estemos publicando quince fallos que fueron los más emblemáticos del período. En base a ello convocamos a escritores que no tuvieron que ver con el fuero para comentar tales fallos. A ellos mi agradecimiento.

Pero estos fallos son producto de unos jueces que, así como en su momento fueron propuestos en la Legislatura por el Consejo –que presidía el Dr. Gauna–, fueron examinados por un jurado además de dar examen escrito y pasar las entrevistas personales. Y las preguntas que hacía el Dr. Hutchinson en ese momento de la selección oral eran tan terribles que algunos han salido llorando cual examen de la secundaria o como si hubieran repetido el año.

Así que mi segundo propósito para estar sentada acá, es establecer un enlace entre el libro y el Dr. Hutchinson, que fue y es un notable jurista, titular de derecho administrativo, pues era él quien llevaba quizás la voz cantante del jurado. O sea que él es en parte responsable de que este Poder Judicial sea lo que hoy es. Por eso le agradecemos muchísimo la deferencia de acompañarnos en un día como hoy junto con todos ustedes. Muchas gracias.



LA JERARQUÍA NORMATIVA DEL PACTO FEDERAL ENTRE NACIÓN, PROVINCIAS Y CIUDAD AUTÓNOMA BUENOS AIRES

LA TESIS DEL DERECHO INTRAFEDERAL Y SU REFUTACIÓN

Si bien el Tribunal Superior revocó la sentencia de la Cámara, el debate que surge de los fallos de los jueces José Osvaldo Casás y Luis Francisco Lozano otorga una visión completa de la problemática y permite conocer en profundidad los fundamentos sobre la jerarquía federal de los tratados interjurisdiccionales. Se trata de una pieza jurídica de gran valor en la materia.

PRESENTACIÓN DEL CONFLICTO

El Estado Nacional y las Provincias firmaron un Pacto Federal para el empleo, la producción y el crecimiento, con fecha 12 de agosto de 1993. En dicho pacto se acordó eximir del impuesto a los Ingresos Brutos a determinadas actividades. A partir de su constitución como Ciudad Autónoma la ciudad de Buenos Aires se agregó a dicho Pacto.

Con posterioridad, en el ámbito de la CABA, las reglamentaciones locales establecieron que el goce de dicha exención estaba condicionado a la acreditación ante la Dirección de Rentas del cumplimiento fiscal de las normas relativas al tributo.

El problema jurídico se ocasiona debido a que las disposiciones de las reglamentaciones locales resultarían, o no, compatibles con el Pacto Federal. En razón de que el nudo de controversia quedó centrado en la jerarquía normativa del Pacto Federal, correspondió al Tribunal Superior intervenir en el conflicto.

Dentro del conflicto normativo se encontraban dos decretos emanados del PEN en ejercicio de la competencia del Art. 86 de la Constitución previa a la reforma.

Ambos decretos producían efectos para el ámbito de la entonces Capital Federal, hoy, CABA.

En las instancias previas, los jueces afirmaron:

que las obligaciones asumidas por la CABA (al firmar el Pacto Federal) forman parte “**del derecho intrafederal, aspecto central del federalismo de concertación**”.

- que el Pacto Federal una vez ratificado, se incorpora al derecho local de cada provincia “aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización nacional: Nación y provincias”.
- que “esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las Provincias y el Gobierno Nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal”.

La sentencia del Tribunal Superior revocó, por mayoría, la sentencia de Cámara. A los fines del presente trabajo, el mayor valor de la decisión del TSJ lo constituyen las posturas contrapuestas que sostuvieron los Dres. Casás y Lozano respecto de la jerarquía que cabe acordarle a los tratados interjurisdiccionales. El debate dado entre ellos permite tener una visión



prácticamente completa de la problemática y conocer, en profundidad, los serios fundamentos en que se apoya tanto la tesis de que los mencionados acuerdos tienen jerarquía federal (tesis sostenida por el Dr. Casás), como la de que esos acuerdos constituyen derecho local (tesis sostenida por el Dr. Lozano, y compartida por la mayoría del Tribunal). En suma, la sentencia constituye una pieza jurídica de gran valor en la materia que nos ocupa.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (4 noviembre 2014)

“GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO. EN CASO “HB FÜLLER SAIC C/ GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS (Expte n° 9281/12)”

FRAGMENTOS DEL VOTO DEL JUEZ JOSÉ OSVALDO CASÁS:

El Dr. Casás, luego de realizar un repaso de sus opiniones y de la jurisprudencia de la CSJN en la materia, sostiene que:

“...no puede perderse de vista que la *Ley de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales* (en mayor medida y con carácter directo) y los *Acuerdos Federales*

complementarios (con menor intensidad y con carácter derivado) constituyen normas con *reconocimiento constitucional*, dada la expresa referencia al régimen de distribución de la renta pública federal y de armonización tributaria contenida en el *inciso 2º, párrafos segundo a sexto, del art. 75 de la Constitución Nacional* (hoy regulado por la ley n° 23.548). Del mismo modo que deben tenerse presentes las peculiares características de dicho sistema (conf. Horacio Daniel Piombo, *Teoría General y Derecho de los Tratados Interjurisdiccionales Internos – su desenvolvimiento en la estructura institucional argentina*, Depalma, 1994), así como deben sumarse, con *particular consideración*, las previsiones de carácter general que para instrumentos *de andamio análogo* brinda el *art. 125 del texto actual de nuestra Carta Magna*.”

“Por lo demás, es evidente que *los pactos suscritos por el gobierno central y los estados locales* (ratificados por los órganos legislativos de las dos esferas de gobierno), *no pueden encasillarse dentro del derecho común sancionado por el Congreso de la Nación* (art. 75, inc. 12 CN), *ni dentro del derecho local residual* –circunscripto en la actualidad a la ley n° 24.588, también denominada *Ley*

Cafiero— (art. 75 inc. 30 CN), con lo cual, en este aspecto, *tales reglas* sancionadas por el Poder Legislativo Nacional solamente *pueden calificar como federales* sin perjuicio de que, a su vez, en razón de la adhesión y vistas desde otra perspectiva, también constituyan *derecho público local* para los Estados singulares “.

Asimismo, con apoyo en una extensa cita de jurisprudencia de la CSJN, fundamentó la legitimación de los contribuyentes para fundar sus pretensiones en incumplimiento del Pacto Federal por parte de la Ciudad.

Expresamente dijo: los contribuyentes “se hallan legitimados para reclamar su cumplimiento [el del Pacto], así como para obtener una declaración de nulidad o ilegitimidad de tributos por encontrarse en pugna con el texto o las finalidades de dichos acuerdos”

Por su parte, el Dr. Lozano emitió su voto desde otro punto de vista:

FRAGMENTOS DEL VOTO DEL JUEZ LUIS FRANCISCO LOZANO:

Respecto de la Jerarquía del Pacto Federal:

En cuanto a cuál es la jerarquía que corresponde acordarle al Pacto, he tenido oportunidad de expedirme in re “Valot SA c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6942/09, sentencia de este Tribunal del 18 de agosto de 2010 y en “Valot SA c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 6942/09, sentencia del 2 de agosto de 2011, a las que me remito.

Allí señalé que la Constitución Nacional no acuerda al Pacto una jerarquía superior a las normas locales. Ello es así, porque el artículo 31 de la CN no enumera a los acuerdos interjurisdiccionales, entre los que se encuentra el Pacto, como parte de “...*la Ley Suprema de la Nación*”, ni la preeminencia que la parte actora, y los jueces de mérito, le atribuyen al Pacto puede ser extraída de otro artículo de la CN. (...) Tampoco de otros de la Constitución Nacional, ni de la de la CABA.

En particular, en el primero de los pronunciamientos reseñados, con referencia a la categoría “derecho intrafederal”, a la que acuden quienes sostienen la tesis de que los acuerdos interjurisdiccionales están por encima de los ordenamientos locales, sostuve que:

“...encuentro motivos para no compartir la acuñada categoría ‘derecho intrafederal’ [...], cuyos elementos son los acuerdos celebrados entre las provincias y la Nación, o quizás estos cuando vienen ratificados por leyes locales y de la Nación, a estar a la circunstancia de que solamente tengo noticia de que hayan sido clasificadas bajo este rótulo las denominadas ‘leyes-convenio’.

Esa formulación vino tomada (...) de Zorraquín Becú quien, en la obra “El Federalismo Argentino”, sostuvo que las ‘leyes-convenio’ se encuentran en un peldaño de la escala normativa que las ubica por encima de las leyes de la Nación y de las constituciones locales.

La mencionada pirámide jurídica propuesta por dicho autor es la siguiente:

- 1) constitución nacional
- 2) tratados internacionales
- 3) ‘leyes-convenios’ celebrados con las provincias
- 4) leyes nacionales dictadas en consecuencia de la constitución
- 5) tratados interprovinciales
- 6) constituciones provinciales
- 7) otras leyes nacionales
- 8) leyes provinciales
- 9) decretos, etc.

No es difícil advertir que no existe tal pirámide dentro del art. 31 de la CN [...], y en verdad no refiere Ricardo Zorraquín Becú argumentos de derecho positivo para sostenerla. En efecto, dicho autor sostiene [...] que las ‘leyes-convenio’ están ubicadas por encima de las leyes nacionales porque “la existencia del convenio impide su derogación por otra ley nacional o provincial, lo que le acuerda supremacía sobre éstas”; argumentos de los que me ocupo a continuación.

Resulta evidente que el artículo no se refiere a las normas dictadas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Habla de normas posteriores, que se dicten en su consecuencia.

En mi opinión, **no solamente no hay razones de derecho positivo para sostener esa pirámide normativa, sino que hay fundamentos para descartar esa tesis.** En efecto, dicho art. 31 pone un universo normativo por encima de cualquier norma local, aun las constituciones locales. Ello ha sido visto así en precedentes tales como Fallos: 303:1801, entre otros.

No me detendré a establecer si el art. 31 citado establece escalones internos, puesto que no es relevante a los fines del presente debate. Lo que, en cambio, es evidente es que no puede haber productos de los gobiernos locales por encima de lo que constituye 'la ley suprema de la Nación'. Suponer semejante superioridad de actos emanados de autoridades provinciales, aun cuando fuera de más de una jurisdicción e inclusive con la participación de la Nación, conllevaría a admitir una reforma de la CN por una vía distinta a la prevista en el art. 30.

A su vez, esa reforma sería dispuesta por personas que no representan el abanico de opiniones que busca alcanzar el sistema previsto en el mencionado art. 30. La decisión de adoptar una de las llamadas 'leyes-convenio' proviene de quienes representan, en principio, únicamente a la mayoría: los poderes ejecutivos de las partes que integran el acuerdo y, en todo caso, también el PL de esas partes mediante el dictado de la ley que ratifica el acuerdo suscripto por el PE (supuesto ese último en que la mayoría para emitir la ley dependerá de lo que cada jurisdicción local establezca en su constitución; por lo señalado más arriba, omito realizar alguna referencia acerca de las mayorías previstas en los incisos 2 y 3 del art. 75 de la CN). En cambio, la mayoría requerida por el art. 30 de la CN, las dos terceras partes del Congreso, es una que abarca, necesariamente, dado el porcentaje indicado, no sólo la opinión de la mayoría, sino, también, la de las minorías representadas en el Congreso.

Volviendo sobre ese punto:

Primero: el art. 30 de la CN acuerda al "pueblo" el derecho a reformar la Constitución, no a los estados. Repasemos su texto. *"La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto"* (el subrayado no pertenece al original).

Así, el Congreso declara la necesidad de reforma, pero quien tiene a su cargo efectuarla es una Convención Constituyente, es decir, los representantes del pueblo elegidos a esos fines. En línea con ello, el preámbulo empieza diciendo *"Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente..."*.

Sostener la existencia de un derecho "intrafederal", con el alcance indicado, importaría privar al pueblo de ese derecho para dárselo a los estados. Cualquiera sea la organización que el pueblo decidió darse por medio de la CN, ella podría ser modificada por los estados por la vía de celebrar un acuerdo del que el pueblo no forma parte.

Segundo: la tesis analizada no sólo conlleva la creación de un sistema de modificación de la CN distinto, y notoriamente menos democrático, que el que prevé el art. 30, sino que el régimen establecido por el acuerdo, en tanto requeriría de la unanimidad de voluntades que lo conforman para modificarlo, resultaría de casi imposible modificación. Bastaría que un solo estado no quisiera modificar el acuerdo para que éste le pueda ser impuesto a los restantes. Una sola jurisdicción podría mantener un acuerdo que, aunque ventajoso para todas en un comienzo, más tarde sólo lo es para una de ellas.

Tercero:, si bien tengo noticias de que la tesis del derecho “intrafederal” ha sido utilizada únicamente para tachar de inconstitucionales normas locales, lo cierto es que no hay razones para concluir que no deba producir idénticos efectos respecto de las federales. Recordemos que para Zorraquín Becú los acuerdos intrajurisdiccionales están por encima, incluso, de las leyes nacionales.

Así, el Pacto invocado llevaría a las siguientes consecuencias. Desde el ángulo local:

- sería, entre otros, inconstitucional: el impuesto de sellos (con las excepciones del punto 1 de la cláusula primera); los impuestos que graven la transferencia de combustible, gas, energía eléctrica, servicios sanitarios y la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo; los impuestos que graven los intereses bancarios y la nómina salarial; el ISIB que grave la producción primaria, a las compañías de seguros, a la compraventa de divisas; la producción de bienes, las prestaciones de servicios de electricidad, agua, gas; la construcción de inmuebles;
- a su vez, las provincias deberían: (a) establecer tasas y bases de propiedad inmobiliaria que se ajusten a los porcentajes que dice el punto 5 de la cláusula primera; (b) intensificar las tareas de control y fiscalización; (c) transformar el ISIB en un impuesto general al consumo; (d) unificar las valuaciones y alícuotas en el impuesto sobre las patentes; y, (e) *“propender a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones u obras, cuya gestión actual se encuentre a cargo de las provincias o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente a las Provincias”* (el subrayado no pertenece al original).

Por su parte, al Estado Nacional le sería exigible, entre otros deberes:

- la disminución de la incidencia impositiva y previsional sobre el costo laboral. Si tenemos en cuenta que el acuerdo data del año 1993, esa disminución hoy, en el 2014, debería ser notoria; y
- que la tasa del IVA no sea superior al 18%.

Como se puede observar, el Pacto no sólo impacta en las facultades tributarias de los estados signatarios, sino, también, en políticas de estado como lo son determinar en qué manos deben estar los servicios que prestan los estados locales. Todos esos compromisos, y otros más, serían exigibles judicialmente en la tesis de quienes sostienen la existencia de un derecho “intrafederal”, aun cuando, muy probablemente, ni los propios estados firmantes están dispuestos a requerir la ejecución de muchos de esos compromisos, y mucho menos ejecutarlos.

Cuarto, y en suma, el Pacto, interpretado como pretende la parte actora, importa eliminar, en gran medida, el Título Segundo de la Constitución, “Gobiernos de Provincia”. Ello así, porque las provincias habrían renunciado a las facultades tributarias que la CN le acuerda de un modo prácticamente definitivo o, en otras palabras, hasta que la unanimidad de las partes signatarias se vuelvan a sentar a negociar y esa negociación hipotética dé frutos.

Esa interpretación no sólo está en contra de la Constitución (cf. los arts. 30 y 31), sino que importaría sostener que los estados habrían negociado derechos, el de comprometer sus poderes políticos, que no pertenecen más que al pueblo de la Nación y, aunque en distinta medida, a los de las provincias (cf. el art. 30 de la CN, retomo esta idea, pero desde otro ángulo más adelante).

Pactar en contra de su ordenamiento interno es algo que no pueden los estados hacer incluso en el marco de tratados internacionales. El art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados establece que: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”*. A su turno, este último artículo dispone que *“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a*

... dicho en términos más contundentes, la tesis de que el Pacto forma parte del “derecho intrafederal”, con las consecuencias que la parte actora y los jueces de mérito le han dado a esa caracterización, conlleva poner al Pacto en franca controversia con el texto de la CN, lo que torna inconstitucional al Pacto; solución a la que al intérprete no le es dable arribar existiendo otras interpretaciones posibles (cf. la doctrina de las sentencias publicadas en Fallos: 329:5826, y su citas, entre muchos otros).

la práctica usual y de buena fe” (el subrayado no pertenece al original). Finalmente, el art. 60 de la Convención establece que una violación al tratado de esa especie faculta a otro estado contratante a dar como terminado el tratado o suspenderlo (cf. el art. 60, inc. 1).

Interpretar que el Pacto está por arriba de las leyes federales supondría pensar que los estados locales y la Nación han pactado, en los términos de la Convención de Viena, manifiestamente en contra de lo que dice la CN, norma acerca de cuya “importancia fundamental” no cabe abrigar dudas.

Así las cosas, y dicho en términos más contundentes, la tesis de que el Pacto forma parte del “derecho intrafederal”, con las consecuencias que la parte actora y los jueces de mérito le han dado a esa caracterización, conlleva poner al Pacto en franca controversia con el texto de la CN, lo que torna inconstitucional al Pacto; solución a la que al intérprete no le es dable arribar existiendo otras interpretaciones posibles (cf. la doctrina de las sentencias publicadas en Fallos: 329:5826, y su citas, entre muchos otros).

Un párrafo aparte merece el art. 75, inc. 2, de la CN. Esa norma no fue materia de análisis in re “Valot” porque el accionante no había fundado su pretensión en ella. Ese art. 75, inc. 2, dice que:

Corresponde al Congreso:

[...]

2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias...”

Resulta evidente que el artículo no se refiere a las normas dictadas con

anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Habla de normas posteriores, que se dicten en su consecuencia.

El tiempo verbal futuro al que se acude en el texto constitucional, “instituirá”, da cuenta inexorablemente de ello; también la cláusula transitoria sexta de la CN que expresamente dice que el régimen de coparticipación a que se refiere el inciso transcrito será establecido “...antes de la finalización del año 1996”. Textualmente esa cláusula transitoria, en lo que aquí importa, dice: “un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996...”.

A ello se suma que ni la Ley de Coparticipación Federal de 1988, ni el Pacto que aquí nos ocupa cumplen con las condiciones a que hace mención el art. 75, inc. 2. En particular, ninguno de esos acuerdos cuenta con algún criterio “objetivo” para el reparto de los fondos. Esa sola circunstancia los pone en oposición al actual art. 75, inc. 2, e impide sostener que esos son los acuerdos a que se refiere la CN.

Por lo demás, el art. 75, inc. 2, no ha modificado el art. 31, ni habría podido hacerlo, cf. la doctrina de Fallos: 322:1616.

Sentado ello, corresponde buscar en la CCBA la jerarquía de los acuerdos interjurisdiccionales.

Qué dice la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires:

Los artículos de la CCBA que mencionan a los tratados interjurisdiccionales son:

El **art.14**, que dice que “*Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte*”

El **art. 65** que, en lo que aquí importa, establece que “*No pueden ser sometidas a referéndum las materias excluidas del derecho de iniciativa, los tratados interjurisdiccionales y las que requieran mayorías especiales para su aprobación*”

El **art. 104, inc. 3**, “*Atribuciones y facultades del Jefe de Gobierno: [...] 3. Concluye y firma los tratados, convenios y acuerdos internacionales e interjurisdiccionales. También puede celebrar convenios con entes públicos nacionales, provinciales, municipales y extranjeros y con organismos internacionales y acuerdo para formar regiones con las Provincias y Municipios, en especial con la Provincia de Buenos Aires y sus municipios respecto del área metropolitana, en todos los casos con aprobación de la Legislatura. Fomenta la instalación de sedes y delegaciones de organismos del Mercosur e internacionales en la Ciudad*”;
y,

El **inc. 19** que dice: “*Designa a los representantes de la Ciudad ante los organismos federales, ante todos los entes interjurisdiccionales y de regulación y control de los servicios cuya prestación se lleva a cabo de manera interjurisdiccional e interconectada, y ante los internacionales en que participa la Ciudad. Designa al representante de la Ciudad ante el organismo federal a que se refiere el artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional*”.

Por su parte, la voz “acuerdo” la tienen, en lo que aquí importa, los siguientes artículos de la CCBA.

El **art. 9** de la CCBA establece que “*son recursos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: [...] 2. Los fondos de coparticipación federal que le correspondan. [...] 4. Los fondos reasignados con motivo de las transferencias de competencias, servicios y funciones, en los términos del artículo 75, inciso 2, quinto párrafo de la Constitución Nacional. [...] 11. Los ingresos provenientes de los acuerdos celebrados con la Nación, las Provincias, las regiones, las municipalidades, los estados extranjeros y los organismos internacionales*”.

El **art. 80, inc. 8**, que dice que “*La Legislatura de la Ciudad:[...] Aprueba o rechaza los tratados, convenios y acuerdos celebrados por el Gobernador*”.

Las normas transcriptas no le dan a los acuerdos interjurisdiccionales una jerarquía específica. Dicho en otros términos, ninguno de los artículos transcriptos pone a esos acuerdos por encima de ninguna otra norma local. En ese marco, la jerarquía del acuerdo va estar dada, en principio, por la norma mediante la cual se adopte.

Finalmente, la **cláusula transitoria tercera** de la CCBA establece que *“La Ciudad de Buenos Aires afirma su derecho de participar en igualdad de condiciones con el resto de las jurisdicciones en el debate y la elaboración del régimen de coparticipación federal de impuestos”*.

Las normas transcriptas no le dan a los acuerdos interjurisdiccionales una jerarquía específica. Dicho en otros términos, ninguno de los artículos transcriptos pone a esos acuerdos por encima de ninguna otra norma local. En ese marco, la jerarquía del acuerdo va estar dada, en principio, por la norma mediante la cual se adopte.

Alcance de los acuerdos interjurisdiccionales:

Con lo dicho hasta aquí no vengo a sostener que los estados locales y el Nacional no puedan celebrar pactos. De hecho, la propia CN le acuerda a las provincias esa facultad (cf. su art. 125). Sí, en cambio, que por esa vía los estados no pueden modificar sus constituciones, es decir, por ejemplo, no pueden crear los efectos jurídicos que un sector de la doctrina asigna a lo que denomina derecho “intrafederal”.

No es dudoso que se pueden acuñar neologismos para nombrar clases de entes, pero reunirlos bajo una denominación común no los dota de atributos. Suponerlo equivale a asignar propiedades mágicas a las palabras. Eso último ocurriría si al Pacto Federal se lo pusiera a modificar, entre otros aspectos del orden jurídico

federal-local, la distribución de competencias tributarias realizada por la CN.

La Constitución no puede ser modificada por Pactos interjurisdiccionales, porque, como dije, su modificación no es una facultad que esté en manos de los estados, sino un derecho del pueblo (cf. el art. 30 de la CN).

Los convenios interjurisdiccionales tienen el mismo valor que cualquier convenio entre estados.

Así, su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de cada estado signatario viene dada por la legislación interna de cada estado.

Los estados no pueden negociar sino aquello que están autorizados a disponer (por ejemplo, las provincias *“...pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios...”*, cf. el art. 125).

El acuerdo es, como principio, res inter alios acta. Incluso en el derecho internacional esa es la regla. Los acuerdos celebrados entre los estados no acuerdan derechos a sus pueblos, salvo que expresamente así se lo establezcan. La excepción a la regla la configuran los tratados de derechos humanos, universo en el que, resulta evidente, no cabe enmarcar a los tributarios.

La CCBA prevé expresamente que los acuerdos interjurisdiccionales puedan acordar derechos y garantías al pueblo de la Ciudad (cf. el art. 14 de la CCBA, transcripto supra). Empero, que ello ocurra, repito, depende de la voluntad de los estados contratantes.

No existe ninguna regla ni en la Constitución Nacional, ni en la local que establezca que los convenios interjurisdiccionales acuerdan necesaria o naturalmente derechos al pueblo de los estados contratantes.

Así como no es natural, ni menos aún necesario, suponer que mediante acuerdos interjurisdiccionales sean impuestas obligaciones a los ciudadanos de los estados firmantes, sencillamente por la razón de que no son parte en ellos, tampoco esos ciudadanos pueden requerir, en principio, el cumplimiento de las obligaciones allí pactadas.

Ahora bien, ello no impide que los estados decidan, por ejemplo, como un modo de control de lo acordado, extender a sus poblaciones la posibilidad de demandar lo convenido.

Obsérvese que a igual solución se arribaría si se acudiera a las reglas del Código Civil. El art. 1201 dice *“En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo”*. Esta regla busca preservar la ecuación económica del contrato. Si una parte no cumple no puede exigirle el cumplimiento a la otra. Ella, e incluso diría todo el título I “de los contratos” del Código Civil, quedaría vacío de contenido si cualquier persona pudiera exigir el cumplimiento de los acuerdos en que no es parte. Ello así, toda vez que ya no serían las partes contratantes las que decidirían cómo llevar adelante sus acuerdos, sino terceros ajenos a ese acuerdo.

Incluso ese es el régimen que el Código Civil establece para cuando en un contrato se estipulan ventajas a favor de un tercero (cf. el art. 504 y concordantes del Código Civil). José Olegario Machado explica que *“El principio de que el contrato sólo obliga a los que intervienen en él, no tiene excepción alguna, y cuando se dice, si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado*

antes de ser revocada (art. 504); se confirma el mismo principio, porque el tercero deja de ser un extraño en el contrato, pues acepta la estipulación y entra á formar parte, y como su voluntad debe coincidir con la de los contratantes, la aceptación debe venir antes de que éstos la hayan dejado sin efecto, pues no podría hacerla revivir, si la obligación estuviera extinguida”.

El Pacto que nos ocupa no estipula ventajas a favor de terceros. Eso surge del lenguaje que emplea. A su vez, sostener la tesis de que las acuerda a los habitantes de los estados signatarios, y que resulta aplicable el art. 504, debería llevar al intérprete a analizar primeramente cuál es el modo en que esos pueblos pueden aceptar la ventaja, ya que habría que pensar en una aceptación conjunta y de universal alcance; y, luego, si sorteara esta barrera invocando que reclamamos como el presente importan aceptación, solamente algunos de los miembros de esas comunidades quedarían como partes. De ello debería seguirse, para quienes esgrimen la teoría que sostiene la existencia del derecho “intrafederal”, que para modificar el acuerdo se requiere no sólo la conformidad de la totalidad de las voluntades de los estados signatarios, sino también la de todas las personas que han aceptado la “ventaja”.

A esta altura del desarrollo cabe recordar que acudo al Código Civil sólo para ilustrar que las reglas que establece para los acuerdos entre privados es la misma que entiendo se aplica a los acuerdos entre estados: res inter alios acta; no porque en mi visión los acuerdos entre estados estén sujetas a esas reglas.

Esos acuerdos están sujetas a las reglas que los estados signatarios decidan Tomo un ejemplo: supongamos que el Estado Nacional celebra un acuerdo con otro país en el que establece que la parte querellante en el proceso penal puede solicitar la extradición del imputado. ¿Diremos que el tratado no puede ser modificado o dejado sin efecto sin el consentimiento de los querellantes que lo hubieran aceptado o invocado? Esa persona, la querellante, tiene un derecho que le viene de un acuerdo interjurisdiccional, empero ello no significa que sea parte en el acuerdo. La partes en el acuerdo siguen siendo los estados signatarios, sólo ellas pueden solicitar, por ejemplo, la nulidad, la terminación o

A esta altura del desarrollo cabe recordar que acudo al Código Civil sólo para ilustrar que las reglas que establece para los acuerdos entre privados es la misma que entiendo se aplica a los acuerdos entre estados: res inter alios acta; no porque en mi visión los acuerdos entre estados estén sujetas a esas reglas.

suspensión de un tratado (cf. la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados).

En materia de derechos humanos la situación es distinta. Por regla, los estados signatarios se comprometen con los demás estados a obrar de determinada manera respecto de sus pobladores, incluyendo en esos modos de obrar el de brindarles a estos últimos acciones judiciales para obtener tutela frente a otros incumplimientos.

De ahí que el derecho para invocar su cumplimiento, ante los tribunales del estado signatario, esté, como principio, en manos del pueblo; aunque la acción prevista en el tratado asista a los estados y no directamente a las personas particulares beneficiarias. Estoy describiendo el Pacto de San José.

Un ejemplo de un acuerdo interjurisdiccional que da derechos a los contribuyentes lo constituye la ley de coparticipación federal (cf. la ley de 23.548) sumada a las que a ella adhirieron.

Allí los estados firmantes decidieron crear un órgano, la Comisión Federal de Impuestos (en adelante, “la CFI”), que entre sus funciones tendría la de decidir si los gravámenes que establecieran las jurisdicciones signatarias coliden con lo pactado. También acordaron cuál sería la consecuencia de una resolución adversa de la CFI. Al respecto el art. 13 dice: *“La jurisdicción afectada por una decisión de la Comisión Federal de Impuestos deberá comunicar a dicho organismo, dentro de los noventa (90) días corridos contados a partir de la fecha de notificación de la decisión no recurrida o de los*

sesenta (60) días corridos contados a partir de la fecha de notificación de la decisión recaída en el período de revisión según los términos del artículo 12, en su caso, las medidas que haya adoptado para su cumplimiento. Vencidos dichos plazos sin haberse procedido en consecuencia, la Comisión Federal de Impuestos dispondrá lo necesario para que el Banco de la Nación Argentina se abstenga de transferir a aquélla, los importes que le correspondan sobre lo producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a la decisión del organismo”.

Finalmente, y en lo que aquí importa, el inciso b) del art. 11 prevé que la intervención de la CFI pueda ser instada *“...a pedido de los contribuyentes o asociaciones reconocidas. Sin perjuicio de las obligaciones de aquellos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes...”.*

Por su parte, el art. 14 establece que *“Los contribuyentes afectados por tributos que sean declarados en pugna con el régimen de la presente ley, podrán reclamar judicial o administrativamente ante los respectivos fiscos, en la forma que determine la legislación local pertinente, la devolución de lo abonado por tal concepto sin necesidad de recurrir previamente ante la Comisión Federal de Impuestos”.*

En suma, los derechos que el acuerdo le da a los contribuyentes son los de instar la actuación de la CFI para analizar la validez de un tributo a la luz de lo acordado —cf. el inciso d) del art. 11—, por un lado, y para reclamar, a la jurisdicción que corresponda, la devolución de los tributos

abonados, si el tributo está en oposición a una decisión de la CFI —cf. el art. 14—, por el otro.

En ese marco, el derecho a accionar ante la justicia de la jurisdicción involucrada está supeditado a la existencia de una decisión previa del órgano que tiene a su cargo el control del cumplimiento del acuerdo.

Ese contexto, y las razones que expongo a continuación, me llevan a no compartir la doctrina sentada por la CSJN in re “Pan American Energy” (cf. Fallos: 335:996), con arreglo a la cual los contribuyentes contarían con el derecho a peticionar, en instancia originaria de la CSJN, la declaración de inconstitucionalidad de los tributos locales que entiendan están en contradicción con lo acordado en la ley de Coparticipación Federal.

Primeramente, tal como quedó dicho, ese derecho no surge de la ley de Coparticipación. Con arreglo a lo previsto en ese acuerdo interjurisdiccional, los contribuyentes sólo pueden instar la actuación de la CFI o plantear un reclamo de repetición en las condiciones que manda el art. 14 de la ley 23.548.

A su turno, no hubo “causa” (cf. el art. 116 de la CN) que suscitase la competencia de la CSJN. El “conflicto concreto” fue descrito por la CSJN en los siguientes términos: “...*que al fundarse la presente acción en la interpretación de la norma local, su confrontación con la ley de coparticipación federal de impuestos y la afectación al derecho de propiedad de la actora, se configura un conflicto concreto, real y sustancial, que admite remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo, entendida como diferente de una opinión que advierta cual sería la norma en un estado de hecho hipotético (Fallos: 316: 1713; 320: 1556 y 2851 Y 324: 333, ya citado, y 331: 2178 in re ‘Camuzzi’)*”.

Es decir, la confrontación se presenta entre una ley local y la ley de coparticipación, pero, no existe una relación jurídica trabada entre dos sujetos, uno el estado provincial y otro el contribuyente, ni un hecho imponible que dé nacimiento a una obligación tributaria sino una clase de hechos a los cuales la ley toma como generadores de obligaciones tributarias. En síntesis, el conflicto materia de esos autos es de naturaleza abstracta, por lo que el pronunciamiento irá naturalmente más allá de una obligación

tributaria de un contribuyente, hasta abarcar a la ley in totum.

Esa concepción no resulta concordante con la que habitualmente se ha dado al concepto de “causa” ni con la exigencia contenida en el art. 322 de que la incertidumbre, que la acción meramente declarativa tiende a despejar, pese sobre una “relación jurídica”. La doctrina inveterada ha sido que aquella con arreglo a la cual para que exista una causa susceptible de decisión jurisdiccional por los órganos permanentes del Poder Judicial es necesario presentarles una controversia acerca de una pretensión que verse sobre una relación jurídica concreta a cuyo respecto quepa adoptar una decisión final y definitiva.

Exclusivamente respecto de esas relaciones jurídicas operará el pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general u otros actos cuya emisión y mantenimiento incumbe a otras autoridades. La cosa juzgada, nota distintiva de la función judicial, no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas, circunstancia que lleva necesariamente a delimitar el ámbito de lo justiciable.

En cuanto a qué debe entenderse por relación jurídica, vale recordar las enseñanzas de Savigny, quien señala que “...*cada relación de derecho nos aparece como relación de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independiente de toda voluntad extraña. En su consecuencia, toda relación de derecho se compone de dos elementos: primero, una materia dada, la relación misma; segundo, la idea de derecho que regula esta relación: el primero puede ser considerado como el elemento material de la relación de derecho, como un simple hecho; el segundo como el elemento plástico, el que ennoblece el hecho y le impone la forma del derecho*” (Sistema de Derecho Romano actual, M. F. C. de Savigny, Tomo 1, págs. 223/224).

En suma, para que exista una relación jurídica se requiere de la existencia de, por lo menos, dos sujetos. Es decir, no constituye una relación de esa especie la que se dé exclusivamente entre un sujeto y una norma, porque en ese caso faltaría el elemento que Savigny caracteriza como “material”. La existencia de esa relación entre

Esta regla muestra, además, que las cláusulas del Pacto no dan derechos a las personas sino que los gobiernos pactantes conservan el ejercicio de sus potestades.

personas es, justamente, la que permite acodarle a la sentencia los límites subjetivos a los que debe acomodarse el instituto de la cosa juzgada, tal como indiqué supra.

La decisión de la CSJN in re Pan American que vengo analizando no se ajusta a ninguno de esos parámetros. De hecho, prueba indudable de ello es la solución a la que arribó: privar de validez al art. 3º de la ley 4845 de la Provincia de Chubut (cf. el Considerando 21º); es decir, derogar la ley local que la parte actora había cuestionado por estar en oposición a la ley de coparticipación. No modifica esa conclusión el hecho de que se hubiera probado que la provincia había intimado a la parte actora a pagar el tributo cuestionado.

Primeramente, porque no fueron puestos en debate los períodos fiscales cuyo cumplimiento se intimó y, en segundo lugar, porque la relación jurídica acerca de esos períodos no había sido trabada en tanto había un acto definitivo por parte de la administración local al respecto.

El Pacto que nos ocupa no contiene ninguna previsión que acuerde a los Contribuyentes derecho o garantía alguna.

Los estados locales se comprometieron a adoptar determinadas políticas públicas, en su mayoría tributarias (cf. la cláusula primera), y el Estado Nacional otras (cf. la cláusula segunda) en el entendimiento de que esas políticas constituían las bases para un crecimiento sostenido de la actividad económica, la producción y los niveles de ocupación (cf. el considerando primero del acuerdo, ver decreto nacional 1807/93).

A su turno, en la cláusula cuarta se estableció, expresamente, que *“El presente Acuerdo producirá efectos sólo en favor de las provincias que lo firman y desde el momento del acto de la firma”*.

Así las cosas, los estados signatarios no quisieron extender los efectos del acuerdo más allá que a quienes formaron parte de él. De ahí que los contribuyentes no tienen un derecho que les venga dado del Pacto.

En resumen:

- La CN no pone a los tratados interjurisdiccionales por sobre las normas locales.
- Los estados pueden celebrar acuerdos, pero sólo pueden negociar el ejercicio de facultades que les son propias. El tratado no puede constituir un modo de modificar la CN o las locales.
- La jerarquía de esos acuerdos va a depender de lo que diga la constitución de cada provincia.
- Los acuerdos interprovinciales no acuerdan derechos o garantías al pueblo de los estados signatarios, salvo que ello surja del acuerdo fundadamente.

Interpretación del Pacto. Los decretos 92/94 y 121/94 :

No obstante lo dicho hasta aquí, y suponiendo por un momento la existencia y propiedades del llamado el derecho “intrafederal”, lo cierto es que tampoco se observa que los decretos 92/94 y 121/94, cuya inconstitucionalidad decretó la Cámara, estén en oposición al texto del Pacto.

Previamente, hay que destacar que no existen reglas ni federales, ni locales que establezcan el modo en que deben ser interpretadas las previsiones de un acuerdo interjurisdiccional. Ciertamente esa es una cuestión que corresponde a las partes signatarias establecer, como

así también el órgano encargado de dirimir las contiendas que se susciten en torno al cumplimiento del acuerdo de que se trate (cf. mi voto in re “Valot”).

Ahora bien, la tesis que sostiene la existencia del derecho “intrafederal” pone a los pactos interjurisdiccionales por encima del derecho local e incluso por arriba de la ley federal, es decir, en una jerarquía similar a la que tienen los tratados internacionales (con excepción de los mencionados en el art. 75, inc.

22) o quizás algo por debajo, pero siempre por encima de las leyes, pero no postula que no sean pactos. Por ello, debería interpretarlos conforme a las reglas de interpretación apropiadas a los tratados. Para los internacionales, que en esto pueden verse como similares a los interjurisdiccionales, vienen recogidas por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

El art. 31 de la **Convención de Viena** establece la regla general de interpretación. Dice así:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Buena Fe:

Primeramente, hay que destacar que no se ha invocado que alguna de las partes firmantes hubiera denunciado el incumplimiento del acuerdo por el período aquí controvertido, de diciembre de 1996 a diciembre de 1997. Es decir, las partes en el acuerdo no han entendido que durante ese período alguna de ellas hubiera obrado de mala fe.

El texto y contexto del acuerdo:

En segundo lugar, del texto del acuerdo no surge que la exención a la producción de bienes en el ISIB, que las jurisdicciones locales se comprometieron a establecer, sea una de carácter automático. No hay nada en el texto del Pacto que permita llevar a esa conclusión. Por el contrario, existen buenas razones para concluir lo opuesto.

Las exenciones automáticas constituyen, en principio, la excepción a la regla en materia de beneficios tributarios. De ahí que deben estar expresamente concebidas de ese modo. Ello es así, porque los trámites administrativos a cuyo cumplimiento, por lo general, está supeditado el otorgamiento de un beneficio tributario no son meros formalismos. Ellos permiten al estado hacer los cálculos destinados a estimar los recursos con que va a contar para el período fiscal de que se trate. Para el Legislador no es un dato menor conocer cuál es el porcentaje de contribuyentes exentos del pago de determinada gabela. Esos datos le permiten decidir si tiene que gravar en distinta medida al resto de los contribuyentes para contar con la cantidad de recursos necesarios para el desenvolvimiento de la actividad estatal.

Recordemos que para que un grupo de personas estén exentas del pago de un tributo, otras tienen que estar gravadas con mayor intensidad. De otra manera el estado no podría contar con la cantidad de recursos necesarios para hacer frente al gasto público.

Los estados signatarios del Pacto eran plenamente conscientes de ello. Tal es así que acordaron que “*Para compensar la posible falta de ingresos, las Provincias eliminarán exenciones, desgravaciones y deducciones existentes a actividades no incluidas en el listado anterior y adecuarán las alícuotas aplicables a todas las actividades exentas*”

Las exenciones automáticas constituyen, en principio, la excepción a la regla en materia de beneficios tributarios. De ahí que deben estar expresamente concebidas de ese modo.

Esta regla muestra, además, que las cláusulas del Pacto no dan derechos a las personas sino que los gobiernos pactantes conservan el ejercicio de sus potestades.

Ahora, ¿cómo una Provincia iba a compensar el faltante de ingresos si no conocía en qué medida se reducirían sus ingresos, y a partir de cuándo? A su turno ¿Cómo interpretar esta cláusula sino como una permanente facultad de “escape”?

Los decretos cuya constitucionalidad la actora cuestiona apuntaban, justamente, a conocer esos datos; datos que resultaban, reitero, indispensables para cumplir con lo acordado.

El decreto 92/94, dictado por el PEN, modificó la ordenanza 40.731 eximiendo, en lo que aquí importa, a la producción industrial del pago del ISIB. Estableció, a su vez, que la exención iba a regir a partir del 1º de enero de 1994 y que *“Las exenciones dispuestas por este inciso deberán ser solicitadas a la Dirección General de Rentas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, debiendo los que se presenten para acceder a la liberalidad acreditar previamente en forma fehaciente el cumplimiento de sus obligaciones frente al tributo”*.

Por su parte, el decreto 121/94 agregó que el beneficio debía ser solicitado ante la DGR, *“... en los plazos y condiciones que ésta determine, para que la misma [SIC] surta efecto. De no presentarse la solicitud en el plazo previsto la liberalidad será acordada a partir del primer día del mes siguiente al de la fecha de su presentación”*.

Asimismo, el art. 2 de este último decreto disponía que era requisito para gozar del beneficio *“...la inexistencia de deuda del tributo o bien haberse acogido a planes de regularización y estar cumpliendo los mismos [SIC]”*.

En suma, las normas cuestionadas impedían darle efectos retroactivos a la solicitud de exención que no hubiera sido formulada en tiempo oportuno. De ese modo, se evitaba que se viera afectada la ecuación económica-financiera que tuvo en cuenta el Legislador al sancionar el presupuesto para períodos anteriores. Para obtener el beneficio el contribuyente debía presentarse, solicitar el beneficio y demostrar no tener deudas por posiciones anteriores. Ello le permitía al estado conocer cuántos contribuyentes iban a ser beneficiarios de la exención y a partir de cuándo, sin que se vieran afectados presupuestos pasados.

El requisito de no tener deudas en el impuesto para acceder al beneficio no tiene por objeto otra cosa que asegurar cumplimiento por parte del contribuyente para períodos en que no fue computado el beneficio. En modo alguno se puede sostener que ese requisito constituya un subterfugio para no cumplir con el acuerdo. En todo caso, luce más bien como tendiente a evitar que la “compensación” a que se refiere el último párrafo del punto 4 del Pacto no termine impactando de modo desproporcionado en los bolsillos de los contribuyentes que no se vieron beneficiados por la exención acordada.

Por lo demás, no resulta un dato menor el hecho de que la misma persona que representó al Estado Nacional, el presidente de la Nación, fue quien dictó las reglas aquí cuestionadas (el decreto 92/94). Dicho en otros términos, de esos extremos no cabe extraer que el decreto 92/94 esté en oposición a lo acordado por las jurisdicciones locales con la Nación, sino, justamente, lo opuesto. Ello así, toda vez que la Nación, a través de su representante, entendió que ese era uno de los modos que tenían las jurisdicciones locales de cumplir.

Prácticas posteriores seguidas en la aplicación del tratado:

Finalmente, las prácticas posteriores seguidas por las partes signatarias dan cuenta de que la interpretación que hicieron de la exención acordada para la actividad industrial no era una automática, sino que estaba sujeta al cumplimiento de requisitos como los establecidos por los decretos repasados supra, en particular, que quien pretendiera acceder al beneficio no tenga deudas por posiciones anteriores.

Las partes en el Pacto han interpretado que el compromiso de eximir del pago del ISIB los ingresos provenientes de la actividad industrial no impedía a los estados locales requerir el cumplimiento a los contribuyentes el cumplimiento de determinados requisitos, en particular, el de que no tengan deudas pendientes por períodos anteriores al que se reconocía el beneficio.

Por último, resta señalar que las reglas de interpretación del Código Civil arrojan idéntico resultado que el señalado supra.

El art. 1198 del Código Civil establece la regla de que *“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...”*. Por lo dicho en los puntos que anteceden, no se observa que los decretos tachados de inconstitucionales por la Cámara constituyan una interpretación de mala fe de lo acordado por parte de la entonces MCBA.

En ese marco, voto por: hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; revocar la sentencia de fs. 266/270; y, devolver las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de otros jueces, se dicte una nueva decisión con arreglo a la doctrina aquí sentada. Costas a la vencida.



ENTREVISTA

LOZANO SENTÓ SU POSICIÓN RESPECTO DE LA JERARQUÍA DE LOS ACUERDOS INTERJURISDICCIONALES

*En su sobrio pero cálido despacho y rodeado de bibliotecas y cuadros el Juez Luis Lozano, Presidente del Tribunal Superior de Justicia, hizo un alto en sus tareas para recibir a la Directora de **pensarJUSBAIRES**, Alicia Pierini, quien le había solicitado profundizar sobre la cuestión de la pirámide jerárquica normativa en la jurisdicción y los diferentes criterios al respecto. Así fue la interesante y didáctica charla:*

Pierini: Vamos a publicar en **pensarJUSBAIRES** fragmentos de la sentencia “HB FÜLLER SAIC c/ GCBA” porque establece una jurisprudencia interesante respecto de la jerarquía normativa en los casos de convenios interprovinciales o convenios de provincias con Nación y la Ciudad. La doctrina que emerge de dicho fallo marca también que existieron diferencias de criterio con las instancias inferiores. ¿En qué otras circunstancias puede volver a darse una controversia similar? O bien ¿cuál es el eje doctrinario de la diferencia?

Lozano: Las discrepancias con las instancias de mérito fueron dos. La primera consistió en la jerarquía normativa que correspondía acordarle a los tratados “interjurisdiccionales” en que el Estado Nacional es parte. La sentencia recurrida venía fundada en la tesis que acuerda a esos tratados jerarquía federal, pero con características propias, como lo es que sólo pueden ser derogados o modificados por la voluntad de todos los estados firmantes (regla, por cierto, mucho más exigente que la que prevé la propia Constitución Nacional para ser modificada).

Ciertamente, esa tesis es compartida por gran parte de la doctrina e incluso lo fue por la CSJN, en una línea jurisprudencial que hay razones para estimar abandonada. Pero, en mi opinión la Constitución Nacional no acuerda a los mencionados tratados una jerarquía superior a las normas locales. Por cierto, el art. 31 de la Constitución Nacional no establece que esos tratados domésticos sean “ley suprema de la nación”. Sí puede ocurrir que formen parte de esos acuerdos materias de contenido federal. Ello se debe a que cada parte en el acuerdo, los estados locales y la Nación, concurre negociando el ejercicio de facultades que le son propias.

De ahí que el acuerdo pueda contener materias de carácter local, todas las correspondientes a las competencias con que concurrieron los estados locales a su formación, y federales, el ejercicio de competencias negociadas por el Estado Nacional. Pero, ni esas circunstancias convierten en federal al acuerdo, ni esas materias pierden su carácter, local o federal (dependiendo de cuales se traten), por formar parte del acuerdo.

La segunda discordancia radicó en la interpretación del compromiso de eximir del pago del ISIB (Impuesto sobre Ingresos Brutos) a la

producción de bienes asumido por la Ciudad (como el resto de los estados locales firmantes) en el Pacto Federal.

Las instancias de mérito venían interpretando que ese beneficio era de carácter automático. En mi visión, ante la ausencia de reglas específicas en la materia, correspondía estar a la interpretación del acuerdo que habían hecho los estados signatarios; regla coincidente con las fijadas en el Tratado de Viena y en el Código Civil, vigente en ese momento; y ella era justamente la opuesta (por lo menos, durante los períodos que estaban en disputa).

El debate respecto de la jerarquía de los acuerdos interjurisdiccionales se puede repetir, desde el ángulo local, en todos aquellos pleitos en que la parte funde su pretensión en la invalidez de una norma local por estar en oposición a una regla prevista en un acuerdo de la especie mencionada. Los ejemplos que primero me vienen a la mente son de tipo tributario, la ley de Coparticipación, Pacto Federal I o II, pero desde ya que la materias que pueden dar lugar a un acuerdo interjurisdiccional no se agotan allí.

Pierini: En la sentencia que incorporamos como texto magistral, se cuestiona la pirámide normativa –ya perimida– del jurista Zorraquín Becú. ¿Podemos dibujar el esquema –para esta publicación– de la nueva pirámide jurídica a fin de esclarecer sobre la jerarquía actual de las normas?

Lozano: En mi voto, la pirámide sería, esquemáticamente hablando, 1) Constitución Nacional, 2) tratados internacionales, 3) leyes del Congreso dictadas dentro de las potestades investidas por la Constitución en el Poder Legislativo, 4) Constituciones provinciales, 5) leyes y tratados provinciales. Los tratados interprovinciales tienen el tratamiento que la Constitución Nacional daba a los tratados internacionales: igual jerarquía que las leyes provinciales. Por ser los tratados interprovinciales y las leyes provinciales de igual jerarquía, prevalece la norma posterior.

Esto es el esquema. En la práctica, hay matices que dependen del modo en que estén concebidos los tratados. Por ejemplo, los de derechos humanos fueron considerados directamente operativos –aun antes de la reforma constitucional de 1994– desde la causa “*Ekmedkjian c/*

Sofovich”, con lo que la inactividad legislativa dejó de ser un obstáculo para la aplicación directa e inmediata por los jueces, esto es, para ubicarlos dentro de la suprema ley de la Nación.

Una segunda característica, que reza para todos los tratados, internacionales o interprovinciales, es que, aunque se los considere de igual jerarquía que las leyes, para evitar que su inobservancia conlleve responsabilidades del propio gobierno frente a otros, los jueces deben esforzarse por conciliar la inteligencia que den a las leyes con la que corresponda al tratado, aun cuando la ley sea posterior y aun cuando esta interpretación fuerce el sentido de la ley. Es decir, se asume que el legislador no pudo querer incurrir en incumplimiento. Pero, mientras ese acomodamiento interpretativo, que subordina la ley al tratado aunque la ley sea posterior, como dije, vale para los provinciales, la solución de sobreponerlos jerárquicamente llevada al plano de la normativa provincial trae aparejadas consecuencias que merecen atención.

La primera de ellas es que mientras en el plano internacional no tenemos más normas que las de los tratados, en el plano nacional los interprovinciales coexisten con la Constitución Nacional, que es un compromiso superior del pueblo argentino que pesa, desde luego, tanto sobre los gobiernos provinciales como sobre el federal.

Ese compromiso surge de una convención especialmente reunida al efecto por convocatoria dispuesta por la máxima mayoría potenciada que reconoce nuestro sistema. La Constitución Nacional reconoce un ámbito de autonomía a cada provincia y limita los poderes del gobierno federal que instituye.

Si admitiéramos que un gobierno provincial pudiera delegar sus poderes, tal como lo hizo al concurrir a instituir el gobierno federal, estaría modificando la Constitución Nacional por una vía no prevista y, peor aún, alterando la igualdad entre las provincias, ya que un tratado interprovincial no siempre conjuga la voluntad concurrente de todas las provincias sino que bastan dos de ellas para celebrarlo.

Con una mirada más abarcadora, intento mostrar en mi voto que poner el Pacto Fiscal por encima de la ley provincial que lo instrumenta impide que cada provincia induzca a las



restantes y a la Nación a cumplir sus obligaciones mediante el simple expediente de dilatar el cumplimiento de las propias. Como los jueces de una jurisdicción sólo pueden hacer cumplir a su propio gobierno, poner un pacto interprovincial por encima de la ley provincial arranca a la Legislatura el poder político retorsivo sin llevar al cumplimiento por las otras jurisdicciones. Ocurre lo mismo con la Nación. De hecho, según explico en mi voto, la Nación es, hoy por hoy, la principal incumplidora del Pacto Fiscal.

Sin ánimo de extenderme, señalo que la solución que se adopte a este respecto debe ser extendida a todos los pactos interprovinciales, por lo que no puede ser pensada sólo con visión tributaria.

Finalmente, esto no significa que las provincias y la Nación no puedan adquirir recíprocamente derechos y asumir obligaciones sino que el aseguramiento de que sean cumplidas depende de los mecanismos que pacten los gobiernos que las asumen.

Pierini: Observando el derecho porteño, su nuevo Digesto Normativo -sancionado a libro cerrado-, en su texto equipara Ordenanzas del siglo XIX y XX con la misma jerarquía normativa que las leyes sancionadas por la Legislatura a partir de la Constitución de 1996. ¿Cómo se puede resolver esta situación? Y también agregó: ¿no correspondería también revisar la normativa local a la luz de los nuevos códigos civil y comercial y penal y producir las adecuaciones correspondientes?

Lozano: Efectivamente, estas son preguntas pertinentes y con visión de futuro. Existe en la jurisprudencia del TSJ alguna respuesta acerca

de la primera de ellas. No, en cambio, respecto de la segunda que, por cierto, abarca muchas cuestiones. Sin embargo, no veo posibilidad de extenderme, por razón de la función que desempeño. En cambio, me parece muy oportuno que se estudie el asunto en los medios apropiados, que no son solamente los estrados judiciales, y, por supuesto, asumo que, tarde o temprano, me tocará emitir mi propia opinión.

Pierini: La cuestión de la jerarquía de las normas no es un tema menor. No obstante –fuera del mundo jurídico profesional- hay mucha confusión. Apenas se conoce la Constitución Nacional pero la mayoría ignora los principios y pautas de las convenciones de derechos ratificadas por el Estado Argentino. ¿No cree Ud. que debiéramos incorporar a partir de la currícula de enseñanza media y superior a la doctrina interamericana e internacional sobre Derechos Humanos?

Lozano: Absolutamente. Más aún, creo que una correcta ubicación de este tratamiento debe concebir los derechos humanos no solamente como un desarrollo del pilar ético de la igual dignidad de las personas que inspira nuestra constitución sino como una herramienta de la creciente integración latinoamericana que, como la de la Unión Europea, tiene como herramienta central a los jueces por cuyo medio se conectan las normas internacionales con los conflictos locales propendiendo a que sean uniformes los contenidos concretos de esta concepción humanista.

La Dirección de **pensar**JUSBAIRES agradece profundamente al Dr. Luis Lozano por esta entrevista que complementa detalles de la sentencia Füller que se agrega en esta edición como clase magistral.

UNA NUEVA MIRADA SOBRE EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

El recorrido histórico de los sistemas institucionales, los desafíos actuales, la relación entre poderes, y el control judicial de constitucionalidad son abordados cuidadosamente en este artículo doctrinario

DR. CARLOS F. BALBIN*

I- INTRODUCCIÓN

Quizás, uno de los aspectos más controvertidos en estos tiempos –en términos de diseño y de prácticas institucionales- es el principio de división entre los poderes del Estado. Es evidente, tal como ejemplificaremos luego, que este postulado básico del Estado de Derecho está en crisis –más allá de su desarrollo y matices según el sistema de gobierno de cada Estado-.

Cierto es, también, que los operadores han acuñado conceptos o categorías jurídicas complementarias de los viejos dogmas. Así, por caso, la idea de la separación de funciones –en reemplazo del dogma de la división- o la incorporación de nuevos poderes. Sin embargo, estas ideas no han logrado dar respuestas a los nuevos desafíos institucionales.

II- EL ORIGEN Y EL DERROTERO HISTÓRICO DE ESTE PRINCIPIO MEDULAR

Conviene quizás dar unos pasos atrás y recordar cómo nació este principio. Así, T. HOBBS en el *Leviathan* (año 1651) desarrolló el paradigma según el cual cada hombre individualmente se

somete a la soberanía de un Estado Absolutista con poderes ilimitados, capaz de satisfacer el instinto de conservación y organizarlos socialmente de modo de conservar la paz.¹ Pues bien, el Estado es un poder apoyado en la asociación de los hombres con el propósito de preservar sus vidas. Es más, éstos no tienen derechos ante el soberano porque los han oportunamente cedido.

Estas ideas primarias luego fueron desarrolladas por otros autores clásicos. En efecto, por medio del contrato social, según explicó J. ROUSSEAU, los hombres constituyen una sociedad civil de modo organizado. Por un lado, en el marco de ese contrato y como parte de sus obligaciones, los hombres hacen renunciaciones individuales con el propósito de alcanzar un consenso comunitario y, por el otro, protegen sus derechos.²

Claro que, en este contexto, es indispensable organizar al Estado soberano de tal manera que éste proteja los derechos de los súbditos y eso sólo es posible limitando razonablemente su poder. Pero, tal vez, el elemento más relevante es que ROUSSEAU reconoció que el poder soberano reside directamente en el pueblo.

Por ello, si bien ambos autores parten de iguales presupuestos –básicamente la idea del contrato



social— el desarrollo de sus teorías es sustancialmente distinto.

El tercer autor que debemos citar en este recorrido es, sin dudas, **J. LOCKE** que en su *Tratado sobre el gobierno civil* expresó, por primera vez, la teoría de la división de poderes como instrumento de limitación del poder del Estado. Así, en el capítulo XII de su libro cuyo título es “*De los poderes Legislativo, Ejecutivo y Federativo del Estado*”, desarrolló las competencias, funciones y límites de los poderes.

Según su opinión, el más importante es el Poder Legislativo porque es quien debe proteger la propiedad privada. Este poder está integrado por varias personas que se reúnen en asambleas y cuya función es sancionar las leyes. El Poder Legislativo, una vez dictadas las leyes, debe disolverse y sus integrantes pasan a ser súbditos sujetos a las mismas leyes. Así, pues, “*en las repúblicas bien ordenadas, donde el bien del conjunto es considerado como se debe, el Poder Legislativo se halla en manos de diversas personas, las cuales, debidamente reunidas, gozan de por sí, o juntamente con otras, el poder de hacer las leyes; mas, hechas éstas, de nuevo se separan y sujetos quedan a las leyes que hicieran ellos mismos, lo cual es otro vínculo*

estrecho que les induce a cuidar de hacerlas por el bien público”.³ Pero, a su vez, las leyes requieren de un poder que permanentemente se encargue de su cumplimiento. Tal es la función del Poder Ejecutivo. **En síntesis, según el pensamiento de J. LOCKE, primero debe ubicarse al Pueblo, luego al Legislador y, finalmente, al Poder Ejecutivo.**

LOCKE afirmó que el Poder Federativo (hacer la guerra o la paz) y el Poder Ejecutivo deben ser ejercidos por un mismo órgano en razón de sus similitudes. Sin embargo, es claro que el ejercicio del Poder Ejecutivo consiste en ejecutar las leyes dentro de la comunidad, mientras que el Poder Federativo está vinculado con la seguridad y las relaciones exteriores.

Pero, ¿dónde ubicar al Poder Judicial? El autor citado no describió expresamente este poder; sin embargo, es plausible y quizás razonable interpretar que las funciones judiciales deben ubicarse dentro del Poder Legislativo, en razón de sus competencias (esto es, hacer el derecho).

En síntesis, LOCKE no sólo dividió el poder entre distintas piezas estatales, sino que comenzó a desarrollar la idea del equilibrio entre éstas.

Este pensamiento es evidentemente el antecedente de los escritos de este autor sobre el

ejercicio equilibrado del poder (es decir, la separación entre los poderes del Estado). En *El espíritu de las leyes*, MONTESQUIEU intentó recrear el sistema político inglés de monarquía constitucional y separación de poderes. Dijo allí que *“hay en cada Estado tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el Poder Legislativo, el príncipe, o el magistrado promulgan leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado”*.

A su vez, este autor desarrolló el principio de división de poderes en los siguientes términos: *“cuando el Poder Legislativo está unido al Poder Ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo ni del Ejecutivo. Si va unido al Poder Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”* (Capítulo VI, del Libro XI).

Luego, agregó, *“es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentre límites... para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”* (Capítulo IV, Libro XI).⁴

El esquema es básicamente así: el Poder Ejecutivo no debe ser controlado por el Poder Legislativo, pues su función ya tiene límites naturales, sin perjuicio de que le reconoce a éste

facultades generales de supervisión. Asimismo, los poderes Legislativo y Judicial deben estar claramente separados.

Veamos los primeros textos normativos. Así, la Declaración de los Derechos del Hombre del año 1789 dice en su artículo 16 que *“Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de poderes, no tiene Constitución”*; y, en igual sentido, la Constitución francesa de 1791 estableció que el Poder Legislativo es desempeñado por la Asamblea Nacional compuesta por representantes temporales, libremente elegidos por el pueblo, el Poder Ejecutivo por el Rey y, por último, el Poder Judicial recae en jueces designados temporalmente por el Pueblo. Pues bien, es evidente que en Francia la preocupación estuvo centrada en los límites al Poder Judicial dado su origen y composición.

Por su lado, en el modelo norteamericano y en el propio texto constitucional, se plasmó de modo indiscutido el principio de división de poderes y se hizo especial hincapié en el Poder Legislativo y sus límites.

En este sentido, explica MUÑOZ MACHADO que *“el poder menos contrapesado, en principio, el que más tendencia tiene al abuso, a someter las posiciones de las minorías es, sin embargo, el Legislativo. Y, para él, ahora estableciendo balances muy superiores a los que pudo imaginar MONTESQUIEU, añaden los constituyentes americanos dos fórmulas específicas que diferenciarán a su sistema político del continente europeo, durante cerca de dos siglos: establecer una estructura federal, porque sólo territorializando el Poder Legislativo es posible debilitarlo; y atribuir a los jueces la función de garantizar la preservación de las regulaciones constitucionales”*.⁵

Luego de esta breve introducción sobre el origen histórico ya conocido, proponemos rescatar cuál es el contenido de este postulado y proyectarlo en nuestros días.

III- LAS BASES DE LA CONSTRUCCIÓN

El porqué de este principio puede expresarse en los siguientes términos: *es necesario dividir el poder con el propósito de controlar su ejercicio y garantizar los derechos de las personas, ya*

Estas ideas primarias luego fueron desarrolladas por otros autores clásicos. En efecto, por medio del contrato social, según explicó J. Rousseau, los hombres constituyen una sociedad civil de modo organizado.

que como explican los estudiosos del poder, éste por su propia esencia y según surge del análisis histórico de su ejercicio, tiende a concentrarse y desbordarse en perjuicio del ámbito de libertad y autonomía de las personas.

A su vez, este principio es una técnica de racionalización del poder, en tanto atribuye competencias homogéneas en el ámbito de poderes especializados.

Pues bien, ¿cómo dividir el poder estatal? Por un lado, existen tres funciones estatales diferenciadas por su contenido material (legislar, ejecutar y juzgar); y, por otro, tres poderes que ejercen, en principio, cada una de las funciones antes detalladas con exclusión de las demás.

El esquema institucional básico es simple ya que existen tres poderes (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y cada uno de ellos ejerce una función particular, en razón de su contenido material (legislación, ejecución y juzgamiento). Corresponde preguntarse si esto es correcto o si, quizás, este principio deba interpretarse de otro modo o -lisa y llanamente- reemplazarse por otro.

El nexo entre los poderes legislativo y ejecutivo se canalizó por medio de los sistemas de gobierno (básicamente: parlamentarios o presidencialistas), cuestión que no será objeto de reflexión en este trabajo. Por el contrario, aquí nos centraremos en el análisis de las relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Judicial.

Así, pues, cabe aquí hacer un breve paréntesis y explicar que el principio de división de poderes -desde esta perspectiva- ha sido interpretado en su desarrollo histórico de dos modos diferentes. *Por un lado*, se interpretó en términos rígidos el principio de que los poderes ejercen

su propio poder y no pueden inmiscuirse en el ámbito de los otros.

Este postulado condujo, por ejemplo, en las relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Judicial y, en particular, en el control del Poder Judicial sobre el Ejecutivo, al siguiente ensayo institucional: el Poder Judicial no puede controlar los actos de los otros poderes (leyes, reglamentos y actos). Así, el juez no debe controlar al Poder Ejecutivo, sino que es el propio Poder Ejecutivo -por medio de órganos especializados- el que debe ejercer el control sobre sí mismo.

Cabe agregar que en el marco de los vínculos entre los otros poderes, el criterio supuestamente rígido y estricto fue morigerándose, incluso, en los primeros textos normativos.⁶ Por ejemplo, el reconocimiento a favor del Poder Ejecutivo de potestades cuasi legislativas (poder de iniciativa, promulgación, veto y dictado de reglamentos de ejecución de las leyes).

Por el otro, se siguió un camino más flexible de modo que los poderes estatales, más allá de su ámbito propio, deben colaborar entre sí pudiendo avanzar unos sobre los otros en el ejercicio de sus competencias. Este concepto es mucho más laxo.

Así, por ejemplo, **se aceptó que el juez controle al Poder Ejecutivo, más allá de los límites o frenos complementarios creados posteriormente, tales como el concepto de los actos políticos.** Pensemos que el control supone reconocer el ejercicio de competencias de un poder sobre otro de modo indirecto y, en tal sentido, cierto poder se inmiscuye en el ámbito de otro.

IV. LA REDEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Estos dos modelos (rígido/flexible) fueron indudablemente avanzando hacia un esquema común de relaciones en el que cada poder ejerce las tres funciones estatales.

En efecto, los dos modelos evolucionaron de modo tal que coinciden sobre aspectos centrales, en especial, el hecho de que cada poder estatal ejerce funciones materiales en principio ajenas.⁷ En síntesis, el modelo desarrolló técnicas de intromisión de un poder sobre los otros y el consecuente quiebre del principio rígido de división de los poderes.

Es obvio que **a esta altura del análisis ya debemos romper el concepto erróneo y superficial de que cada poder sólo ejerce su función estatal material propia, excluyente e inseparable.** En este estado de nuestro desarrollo argumental, es posible decir que el principio básico no es el de la división de poderes -en los términos en que fue interpretado originariamente y en un plano teórico-, ni tampoco el de separación de funciones porque, en verdad, existen tres poderes claramente diferenciados con funciones evidentemente entremezcladas.

Pues bien, el principio original y rígido dice que el Poder Ejecutivo ejerce funciones ejecutivas; el Poder Legislativo funciones legislativas; y, por último, el Poder Judicial funciones judiciales. Y, además, los poderes no pueden inmiscuirse en el ámbito material de los otros.

Sin embargo, en este estado del análisis debemos reconocer que el Poder Ejecutivo ejerce funciones ejecutivas, legislativas y judiciales; y que, a su vez, los otros poderes ejercen -por ejemplo- funciones ejecutivas.

¿Cómo debemos definir, entonces, el principio de división de poderes? Quizás, en los siguientes términos: cada poder conserva un núcleo esencial no reductible de facultades propias que coincide con el concepto clásico material que definimos anteriormente, aunque con un alcance menor; y, a su vez, avanza sobre las competencias de los otros poderes con ciertos límites.⁸

Estos conceptos son el anverso y reverso de un mismo molde; es decir, cada poder avanza sobre

el espacio del otro y éste, consecuentemente, retrocede sobre su propio ámbito material. Así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo avanza sobre las regulaciones estatales y, por tanto, el Poder Legislativo retrocede en ese campo. Por otro lado, el Poder Legislativo avanza sobre el ejercicio de las potestades materialmente administrativas en su ámbito interno y el Poder Ejecutivo retrocede en el ejercicio de estas potestades concretas.

En síntesis, cuando un poder avanza otro retrocede; y, en igual sentido, cuando un poder retrocede otro avanza sobre las competencias de aquél.

Los poderes comienzan entonces a relacionarse entre sí de un modo distinto, en tanto ejercen potestades materialmente administrativas, legislativas y judiciales. Sin embargo, como ya hemos dicho, cada poder conserva un núcleo de competencias propias que está compuesto esencialmente por las potestades materialmente originarias y otras materialmente ajenas o extrañas que revisten carácter complementario de las propias o, en su caso, excepcionales.

Si bien cada poder ejerce no sólo las competencias que habitualmente llamamos propias y exclusivas sino también potestades materiales de los otros poderes, nos preguntamos si aun así existe un cúmulo de competencias materiales propias de cada poder de alcance exclusivo y excluyente. Creemos que sí y que, además, ese núcleo es indelegable en el armado del esquema institucional.

Es posible avanzar en el marco de nuestro estudio y decir que cada poder ejerce una función propia y también otras funciones estatales con diversos matices. Esto último, es decir, los matices y su alcance, nos permite analizar si el modelo es respetuoso del principio de separación de funciones, esto es, el equilibrio de los poderes con el propósito de evitar el exceso o concentración del poder estatal y garantizar el respeto de los derechos.

Quizás sea plausible en este punto definir nuevamente el principio de división de poderes como un conjunto de competencias propias y exclusivas de cada poder estatal, pero *no* con un alcance tan extenso e inexpugnable como se interpretó en sus orígenes, sino sólo como el núcleo esencial (no reductible, pero más limitado).

Es posible avanzar en el marco de nuestro estudio y decir que cada poder ejerce una función propia y también otras funciones estatales con diversos matices.

Intentemos aclarar este concepto. El núcleo esencial de cada poder está integrado mayoritariamente por el contenido material originario. Ese núcleo de competencias es propio y exclusivo y ningún otro poder puede inmiscuirse en él. Desde el punto de vista de las materias estatales, el campo de sus competencias está compuesto básicamente por las cuestiones históricamente propias de ese poder, pero más limitado e integrado con otras complementarias o extraordinarias y –por cierto– ajenas.

Entonces, **los poderes según el principio analizado ejercen las siguientes competencias** (sigamos el ejemplo del Poder Legislativo).

- A) Por un lado, el **núcleo material** que hemos definido según un criterio más *flexible, limitado y razonable* (así, corresponde al Poder Legislativo regular la esencialidad de las materias). Antes, su extensión era mucho mayor, al menos en el plano teórico (por caso, correspondía al Poder Legislativo legislar en toda su extensión);
- B) Por el otro, el **complemento material** (funciones materialmente administrativas o judiciales que ejerce el Poder Legislativo), excluido el núcleo de éstas. Este complemento es compartido entre los distintos poderes estatales.

Así, el complemento material es distribuido entre los poderes con los siguientes criterios: a) *primero* si el complemento, más allá de su contenido material, es *concurrente o complementario* con el núcleo básico de cualquiera de los poderes, entonces, corresponde a este último y sigue su suerte. Por caso, la designación del personal del Congreso es una función materialmente administrativa; sin embargo, corresponde al Poder Legislativo

porque es concurrente con el ejercicio de sus funciones básicas (esto es, legislar). En otras palabras, el Poder Legislativo con el propósito de cumplir con sus cometidos básicos (regular los aspectos esenciales) debe contratar su propio personal y, en tal sentido, ésta es una potestad concurrente o de complemento; y

b) *segundo*, el complemento es atribuido a uno de los poderes estatales con carácter **excepcional o extraordinario**, en virtud de la estabilidad del sistema institucional y el equilibrio entre los poderes, según el criterio del Convencional Constituyente. Así, por ejemplo, el Legislador ejerce funciones materialmente judiciales por medio del juicio político con el propósito de juzgar el desempeño de ciertos funcionarios. Este último concepto, es decir las facultades excepcionales más allá de su contenido material, es un reaseguro del sistema ya que el modelo rígido e irrazonable es reemplazado por otro más flexible y racional.⁹

Cabe agregar, por último, que las competencias ajenas y de carácter excepcional pueden ser transitorias o permanentes (por ejemplo, las potestades materialmente legislativas que ejerce el Poder Ejecutivo al dictar decretos delegados o de necesidad, son de carácter temporal y, por su parte, la potestad de dictar decretos reglamentarios es permanente). ¿Por qué? Porque en el primer caso el Poder Ejecutivo avanza sobre el núcleo y no simplemente sobre el círculo periférico de las potestades propias de otro poder.

En síntesis, un poder puede entrometerse en el círculo periférico de las competencias de otro poder –de modo complementario o extraordinario–, y sólo en el círculo central con carácter excepcional y temporal.

V- LA CRISIS ACTUAL DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Hemos analizado el principio clásico de división de poderes, su interpretación originaria y su evolución posterior. Sin embargo, el análisis de ciertos casos paradigmáticos nos enseña, entre otras tantas cosas, que el contorno es sumamente difuso y que, a veces, las penumbras e incertidumbres se ubican no sólo en las zonas más lejanas sino en el núcleo mismo del principio.

En efecto, el principio de división de poderes o separación de funciones, en particular en el marco de cualquier contexto jurídico, político, social y económico, está permanentemente en crisis y estado de tensión. Cierto es que comúnmente los puntos donde el sistema comienza a crujir y tensarse casi hasta el extremo son, según nuestro criterio y el desarrollo histórico de las instituciones, los casos que seguidamente estudiaremos.

Veamos, entonces, los supuestos más controvertidos y problemáticos del principio de división de poderes.

Estos ejemplos comprenden dos grandes temas, por un lado, el control de un poder sobre los demás; y, por el otro, el ejercicio de competencias extrañas (es decir, el caso de invasión de facultades de un poder sobre los otros; particularmente cuando se trata de competencias ajenas y extraordinarias).

En particular, nos centraremos en el análisis del Poder Judicial, tal como propusimos en los apartados anteriores.

El control judicial sobre los otros poderes del Estado

En este punto básicamente debemos plantearnos dos cuestiones. Por un lado, ¿qué debe controlar el juez? y ¿hasta dónde debe hacerlo? Por el otro, si el juez puede reemplazar las decisiones de los otros poderes. Analicemos brevemente estos aspectos:

El control judicial de las leyes

En nuestro modelo de control difuso de constitucionalidad cualquier juez puede declarar -en

un caso judicial concreto- la inconstitucionalidad de las leyes y, en principio, sólo a pedido de parte. Además, los efectos del decisorio judicial son relativos y no absolutos.¹⁰ Este criterio fue sostenido por la Corte desde un principio y en numerosos fallos, entre ellos, cabe citar los antecedentes “*Sojo*” del año 1887 y “*Municipalidad c. Elortondo*” dictado un año después.¹¹ Más recientemente, entre muchos otros y sólo a título de ejemplo, mencionaremos los casos “*Provincia de Santiago del Estero c. Gobierno Nacional*” y “*Constantino Lorenzo c. Gobierno Nacional*”.¹²

En conclusión, el modelo, en el marco de las relaciones entre los Poderes Legislativo y Judicial, es así: a) el control judicial sólo es procedente en un caso judicial concreto y no en términos abstractos; b) el control sólo es posible por petición de parte y no de oficio por el juez o, en su caso, el fiscal; y c) los efectos de la decisión judicial sólo comprenden a las partes (es decir, el fallo tiene alcance relativo).

Sin embargo, en los últimos años el Poder Judicial y, en especial la Corte, convalidó el poder de los jueces de declarar de oficio y no por petición de parte la inconstitucionalidad de las leyes y siempre que estén presentes ciertas condiciones. Así, en el precedente “*Mill de Pereyra, Rita y otros c. Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa*”,¹³ el Tribunal sostuvo que la declaración de oficio procede cuando estén presentes las siguientes circunstancias: a) la violación sea de tal entidad que justifique la invalidez de la ley, aún en perjuicio de la seguridad jurídica; b) la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable; y c) no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en el caso (es decir, la declaración debe ser el presupuesto necesario para el progreso de la pretensión). A su vez, los jueces aclararon que el ejercicio de esta potestad judicial sólo es posible en un caso concreto y que produce efectos dentro de esa causa de modo que “*no tiene efecto derogatorio genérico*”. La Corte ratificó este criterio en el fallo “*Banco Comercial Finanzas S.A.*”.¹⁴

A ello cabe agregar que, según el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de*

Sin embargo, en los últimos años el Poder Judicial y, en especial la Corte, convalidó el poder de los jueces de declarar de oficio y no por petición de parte la inconstitucionalidad de las leyes y siempre que estén presentes ciertas condiciones.

constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.¹⁵ Por su parte, la Corte en nuestro país en el antecedente “Mazzeo” sostuvo que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.¹⁶ A su vez, en el precedente “Videla” la Corte reconoció el control de convencionalidad de oficio.¹⁷

En síntesis, los jueces deben controlar –incluso de oficio– la adecuación de las leyes a la Constitución nacional y a las Convenciones.

El control judicial de los actos estatales

Algunos intérpretes y corrientes judiciales distinguieron entre los actos políticos, institucionales y administrativos.¹⁸ ¿Cuál es el sentido de esta clasificación entre los actos estatales? Es simple, el acto político o institucional no está sujeto al control del juez.¹⁹ Creemos que estas

ideas deben ser abandonadas porque, entre otras razones, la Constitución dice claramente que “corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas”. Sin embargo, todavía quedan resabios de estas teorías.

Cabe señalar, en este estado de nuestro análisis, que la Corte en un principio aceptó este criterio restrictivo llamándole “*cuestiones políticas no justiciables*”. Así, en el caso “Cullen” del año 1893 el Tribunal dijo que el actor pretende “una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político, controlando y revocando disposiciones y actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo de la Nación, en materia de la exclusiva competencia de dichos poderes; lo que se encuentra fuera de las atribuciones de esta Corte...”.²⁰

Luego, la Corte avanzó y aceptó el control sobre estos actos en tanto lesionasen o pudiesen lesionar derechos subjetivos y sólo en este aspecto.²¹ Sin embargo, existen ciertos retrocesos entre los pareceres del Tribunal, tal como ocurrió en los casos “Rodríguez”²²(sobre la privatización de los servicios aeroportuarios complementarios) y “Prodelco”²³(respecto de la modificación de las tarifas del servicio básico telefónico). En ambos precedentes, irrumpieron nuevamente con fuerza las teorías sobre las cuestiones políticas.

Creemos que el criterio es simple -y por demás claro-: todos los actos estatales deben sujetarse al control de los jueces. Éstos pueden invalidar o no el acto estatal según su legitimidad.

En este derrotero cabe transcribir en sus partes pertinentes el fallo de Corte del año 2003 en los autos “Moliné O’Connor” donde los jueces sostuvieron que “*respecto a las decisiones judiciales,*

*se advierte una trascendente evolución, que muestra una tendencia, cada vez mayor, sino a la eliminación total de una categoría de actos exentos de control judicial, sí a circunscribirlos a límites precisos. Así sucede, por ejemplo, con la jurisprudencia que... consagró la injusticiabilidad de las aludidas cuestiones... [que] viene delineando los contornos de esta categoría de cuestiones, hasta llegar a nuestros días, en donde prácticamente no existen bloques temáticos de la actividad de los poderes del Estado que carezcan de control judicial... esa evolución de la jurisprudencia de la Corte en materia de cuestiones políticas no justiciables nos alerta sobre un definido avance en la consolidación del Estado de Derecho”.*²⁴

Otro antecedente importante en el marco de este capítulo es el caso “Bussi”.²⁵

A su vez, la Corte en el precedente “Patti” dijo que “la Cámara de Diputados de la Nación no está facultada para rechazar el título invocado por un diputado electo fundándose en la ausencia de idoneidad o en su inhabilidad moral, ya que cuando la Constitución Nacional, en su art. 48, regula los requisitos necesarios para ser diputado, no requiere idoneidad ni calidades morales”. Y añadió que “la Corte...se encuentra habilitada para revisar la decisión por la cual la Cámara de Diputados de la Nación rechazó el diploma de un diputado electo con fundamento en su inhabilidad moral, pues, si bien el art. 64 de la Constitución Nacional dispone que la citada Cámara es juez de los títulos de los diputados, dicha competencia no es exclusiva ni excluyente, en tanto el art. 116 de la Ley Suprema establece que incumbe al Poder Judicial el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella.” Y concluyó que “una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso anularía el diálogo de poderes que la Constitución Nacional sustenta, y podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales”.²⁶

La potestad judicial de dictar actos estatales sustitutivos

Otro aspecto es si el juez, luego de anular el acto estatal, puede o no reemplazarlo. En principio,

siempre se dijo y sostuvo con énfasis que no es posible porque si bien el juez puede invalidarlo no se le permite -en ningún caso- sustituir a los poderes Ejecutivo o Legislativo por aplicación del principio de separación de los poderes.

Sin embargo, existe actualmente una grieta en este bloque expositivo y ello ocurre cuando el acto debe dictarse en ejercicio de potestades claramente regladas. En efecto, el juez puede invalidar el acto dictado por el Poder Ejecutivo y dictar otro en su reemplazo, pues simplemente interviene como ejecutor de la ley, sin discrecionalidad de su parte.

Puntualmente, la Corte en nuestro país reconoció el poder de los jueces de anular y modificar en parte los actos sancionadores -y no sólo en razón del argumento antes expuesto, es decir el ejercicio de facultades regladas-, sino también en los casos específicos de reducción del monto de las multas (esto es, el ejercicio de poderes discrecionales). En síntesis, el Tribunal no sólo declaró la invalidez del acto por exceso de punición sino que, luego, modificó parcialmente el acto imponiéndole al infractor multas inferiores.

El alcance de las sentencias

Hemos dicho que el alcance de las sentencias es relativo y no absoluto. Sin embargo, la Corte reconoció el carácter absoluto en el marco de los procesos colectivos (derechos colectivos sobre objetos colectivos y derechos colectivos constituidos por intereses individuales homogéneos). En efecto, así ocurrió en los casos “Halabi” y “Defensor del Pueblo”.²⁷ Evidentemente, cuando el juez dicta sentencias invalidando las leyes con efectos absolutos, ejerce poder regulatorio pues si bien no dicta la ley sí impide en cualquier caso su aplicación y, por tanto, tiene iguales consecuencias jurídicas que si se hubiese derogado por el propio legislador.

El control judicial de la discrecionalidad estatal

Sin perjuicio de lo que hemos dicho en los puntos anteriores, creemos que el juez no puede inmiscuirse en el núcleo discrecional esencial compuesto por el mérito, oportunidad o conveniencia de las decisiones estatales -trátese de

Creemos que el criterio es simple -y por demás claro-: todos los actos estatales deben sujetarse al control de los jueces. Éstos pueden invalidar o no el acto estatal según su legitimidad.

actos legislativos o administrativos-; sin perjuicio del control del ámbito discrecional conforme los principios generales y el bloque de legalidad.²⁸

El control objetivo de la legalidad por los jueces

Cabe preguntarse aquí si el Poder Judicial puede o no controlar las transgresiones de los Poderes Legislativo o Ejecutivo al ordenamiento jurídico en el marco de un proceso judicial impulsado, simplemente, en el cumplimiento del principio de legalidad (control objetivo), y no en razón de las supuestas lesiones sobre los derechos subjetivos (subjetividad).

La Corte sostuvo que el actor no “puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes...De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno...deformaría las atribuciones del Poder Judicial”.²⁹ En efecto, “admitir la legitimación [en tal caso]...deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares”.³⁰

Es innegable que ante una acción promovida en virtud de la lesión sobre un derecho, el juez debe controlar y, en su caso, hacer cesar la violación sobre el derecho -pero en términos subjetivos; es decir, desde el interés subjetivo del recurrente.

Finalmente, el proceso judicial es un modo de control indirecto sobre el Poder Legislativo o Ejecutivo (el juez en principio sólo debe controlar si el Poder de que se trate lesionó derechos).

El caso judicial

Cabe señalar que la Corte desde sus orígenes exigió la existencia de un “caso judicial” como condición de su intervención. *¿Qué es un caso judicial?* Es posible definir el concepto de “caso judicial” como todo reclamo hecho por el titular de un derecho subjetivo lesionado (tal como explicamos anteriormente), pero de modo diferenciado del resto. En síntesis: *derechos subjetivos más daños diferenciados*.

La Corte usó este desarrollo argumental desde el principio y en innumerables casos, más aún, este criterio renovó sus fuerzas durante los años 90. Por ejemplo, en el antecedente “Polino” el Tribunal sostuvo que “la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de otros poderes reconocida a los tribunales federales ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un caso concreto —en el sentido antes definido— para que aquélla sea puesta en juego. Por sus modalidades y consecuencias, el sistema de control constitucional en la esfera federal excluye, pues, el control genérico o abstracto, o la acción popular”. Y agregó que “la condición de ciudadano que hace valer el recurrente, no es apta —en el orden federal— para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite, en el caso, tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida”.³¹

¿Puede el juez ir más allá? Quizás es plausible decir que existen básicamente dos técnicas de ampliación del campo de actuación del juez — más allá de los límites tradicionales— y que,

en cierto modo, cuestionan el principio de división de poderes, a saber: a) el ingreso en el proceso judicial de sujetos no titulares de derechos subjetivos, incluso, en defensa de la legalidad en términos objetivos; y b) los efectos de las decisiones judiciales sobre todos, y no simplemente las partes.

En este contexto, no podemos soslayar el argumento del carácter no mayoritario (o *contramayoritario*) de las decisiones de los jueces, toda vez que éstos, sin dudas y en estos casos, avanzan sobre las potestades tradicionales del Poderes Ejecutivo y Legislativo, y sin legitimidad de carácter democrático.³² Sin embargo, creemos que el juez interviene con el objeto de resguardar el mandato normativo del Convencional o y el legislador, y no en términos discrecionales.³³

Por ello, entendemos que, por un lado, el ingreso en el proceso judicial debe ser amplio. Así, la Constitución de 1994 dice, en el marco del amparo colectivo, que “*podrán interponer esta acción... el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...*”; reconociendo pues un piso amplio de legitimación con base constitucional en el amparo de los derechos colectivos, garantizando así el debido acceso a la jurisdicción en defensa de estos intereses. Por el otro, los efectos de las sentencias judiciales dictadas en el marco de las acciones colectivas deben ser, según nuestro criterio, absolutos.³⁴

El ejercicio del poder regulatorio por los jueces

A su vez, otro aspecto controvertido, es el dictado de resoluciones judiciales –en abstracto- con rango legal o, en su caso, resoluciones reglamentarias que tienen por objeto establecer los detalles de las leyes sancionadas por el Congreso.

Por ejemplo, el decreto delegado 1023/01 sobre el régimen general de las contrataciones del Estado establece que “los poderes legislativo y judicial y el Ministerio Público reglamentarán el presente Régimen para su aplicación en sus respectivas jurisdicciones y establecerán los funcionarios que autorizarán y aprobarán las contrataciones”; y, a su vez, dicho decreto delegado derogó los arts. 55 al 63 del Decreto Ley 23.354

(Ley de Contabilidad). Sin embargo, el Poder Judicial aplica este Decreto Ley y su decreto reglamentario 5720 (este último derogado por el decreto 436/00), de modo que el Poder Judicial no sólo estableció el cuadro reglamentario, sino también legal respecto de sus contrataciones.

A su vez, la ley 26.861 estableció el procedimiento de concurso público para el ingreso en los cargos letrados, de empleados, y personal obrero y de maestranza del Poder Judicial de la Nación y le encomendó a la Corte –en su carácter de Autoridad de Aplicación- “*establecer el régimen con arreglo al cual se sustanciarán los concursos y dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueren necesarias a efectos de la aplicación de la referida ley*”. Cabe señalar que el Legislador también fijó los impedimentos para el ingreso (entre otros: condena por delitos dolosos o contra la Administración Pública). Luego la Corte aprobó la *Acordada 26/13* en donde estableció que “*como autoridad de aplicación de la ley 26.861, sancionará la reglamentación del procedimiento de concursos previsto para el ingreso al Poder Judicial*”; y, asimismo, señaló que “*dictará las medidas apropiadas que permitan una ordenada aplicación de la ley 26.861*”.

Asimismo, excluyó del art. 4 de la ley “*a los cargos de funcionarios para cuyo acceso no se requiera acreditar la condición de letrado*.” También ordenó que a fin de “*dotar de la debida seguridad a las relaciones de empleo público surgidas con anterioridad a la puesta en funcionamiento del nuevo sistema, conviene unificar su tratamiento a fin de dar una solución integral que evite la afectación de derechos*.” Así, “*en el marco de las atribuciones conferidas por la ley 26.861 a esta Corte y de las que le asisten, con carácter exclusivo, como encargado del gobierno de este Poder del Estado... dispuso que hasta la confección de las litas..., los cargos a cubrirse en todo el ámbito del Poder Judicial... tendrían carácter transitorio*.”

Por último, por *Acordada 49/13* resolvió: 1- “*fijar que los cargos de ingreso, a los efectos establecidos en la ley 26.861, serán...ayudante para el personal llamado de maestranza y oficios..., de auxiliar para el personal denominado empleados...y de secretarios y prosecretarios que requieren título de abogado para los funcionarios letrados*” y 2- “*declarar que hasta*

Creemos que el juez debe respetar, igual que en el marco de las decisiones particulares, el campo discrecional de los poderes políticos.

que se produzca la efectiva puesta en funcionamiento del régimen de ingreso que contempla la ley 26.861, lo que dispondrá esta Corte como autoridad de aplicación, los tribunales mantendrán las atribuciones....para la designación y promoción de empleados, efectivos o interinos, en cargos de planta, o contratados”.

Otro caso interesante en el marco de este análisis (es decir, el ejercicio del poder regulatorio por los jueces) es la *Acordada 14/14*, dictada a raíz del “colapso en el trámite de los procesos radicados ante la Cámara Federal de la Seguridad Social”. El Tribunal solicitó al Congreso que “*considere la necesidad o conveniencia de poner en ejercicio sus facultades legislativas a fin de crear nuevos tribunales con competencia en materia de seguridad social*” y al Poder Ejecutivo “*para que las agencias bajo su ámbito lleven a cabo un acatamiento institucional de las decisiones reiteradamente tomadas por esta Corte*”. Sin embargo, en este caso se trata de una exhortación de la Corte y no del ejercicio del poder regulatorio legislativo o administrativo.

Habitualmente, el Poder Judicial ejerce tales competencias regulatorias (legislativas o reglamentarias) respecto de asuntos propios o cuestiones procesales.

La intervención de los jueces en la planificación y ejecución de las políticas públicas

En principio, es claro que los jueces no pueden diseñar las políticas públicas por el postulado de división de los poderes y cuyo detalle puede leerse en el propio texto constitucional.

El poder político, es decir el Poder Legislativo y Ejecutivo, es quien debe planificar y ejecutar las políticas públicas por mandato constitucional, en razón de su legitimidad de carácter democrático. Hemos dicho que el juez en el contexto de

un caso particular puede invalidar las decisiones estatales y, según las circunstancias, imponer el mandato de hacer, no hacer o dar.

Claro que el mandato de dar o hacer en un caso particularizado es distinto del rol de planificar o ejecutar políticas públicas; sin perjuicio de que en ciertos casos puede superponerse y crearnos confusión o perplejidad, particularmente cuando el mandato judicial tiene efectos absolutos. Es más, el mandato judicial particularizado impacta mínimamente en el diseño y ejecución de las políticas públicas y en el presupuesto estatal.

Por ejemplo, si no existen vacantes en las escuelas públicas, cualquier estudiante puede reclamar por el ejercicio pleno de su derecho de aprender y, en tal caso, el juez condenar al Estado a brindar el servicio educativo en el caso singular. Pero, ¿qué ocurre en los procesos colectivos? Es decir, si el planteo no es de un estudiante particular, sino de un grupo de estudiantes en razón de que no existen centros educativos accesibles. Por ejemplo, el Legislador o el Ejecutivo pueden crear o cubrir vacantes en los colegios privados por medio de subsidios, o abrir nuevas escuelas públicas. Pero, ¿puede el juez obligar a los otros poderes a construir escuelas? ¿Puede el juez decir cuántas escuelas construir, cómo y dónde hacerlo?

En principio, el juez debe limitarse a condenar al Estado con el propósito de restablecer los derechos, pero de ningún modo avanzar sobre cómo el Estado debe hacerlo; sin perjuicio de que –luego- el juez debe en el trámite de ejecución de la sentencia controlar si el modo elegido por el Estado cumple debidamente con el mandato judicial. Por tanto, el juez no define políticas públicas. Sin embargo y en verdad, es un eufemismo porque, en tal caso (el mandato judicial de construir establecimientos educativos), el juez está diseñando en parte la política educativa y, a su vez, de modo indirecto incide en el rediseño de las otras políticas públicas.

El asunto es más complicado cuando el Estado debe reconocer derechos sociales y nuevos derechos a través de procesos colectivos (el acceso al agua potable o a la vivienda por un grupo vulnerable). En este punto, converge el papel del Legislador y el Ejecutivo, por un lado; y el Poder Judicial, por el otro. En el campo de los derechos sociales el juez no sólo debe anular las conductas estatales, sino –básicamente– exigir prestaciones positivas al Estado.

En tal contexto, el conflicto que planteamos anteriormente vuelve a reeditarse y de modo más crudo. Es común que cuando el juez resuelve el reconocimiento de derechos sociales define, a su vez, los lineamientos básicos de las políticas públicas; salvo que el poder político ya hubiese delineado sus políticas de modo satisfactorio y luego incumpliese su propio mandato (en cuyo caso el juez debe simplemente exigir el cumplimiento de las políticas ya definidas e incumplidas).

El problema nace, entonces, cuando el Estado no planificó políticas públicas e incumplió con el deber de reconocer los derechos sociales y los nuevos derechos. Si bien el juez puede limitarse simplemente a condenar y no decir más; ese mandato por sí solo, en el contexto de los derechos sociales y nuevos derechos, supone pisar el terreno propio de las políticas públicas, entre otras razones, por su impacto sobre los recursos públicos. Pero ¿puede el juez ir más allá del simple mandato condenatorio? ¿Cuál es el límite de la intervención judicial?

Existen casos paradigmáticos resueltos por la Corte. En el antecedente “Verbitsky” el Tribunal ordenó que la Corte de la Provincia de Buenos Aires haga cesar la detención en las comisarías de los menores y enfermos, y toda situación de agravamiento de la detención de las personas que importe un trato cruel, inhumano o degradante. Pero, a su vez, dispuso que “cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia” y encomendó al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante

y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a la Corte sobre los avances logrados.³⁵

Otro caso. En el antecedente “Mendoza” la Corte exigió al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y al COFEMA la presentación de un plan integrado sobre la cuenca del Río Matanza Riachuelo en el término de treinta días que contemple “1. Un ordenamiento ambiental del territorio... 2. El control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas...4. Un programa de educación ambiental... 5. Un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente ciudadanos del área territorial involucrada”.³⁶

Más adelante, en el caso “Badaro” el Tribunal sostuvo que “corresponde llevar a conocimiento de las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones necesarias que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental”. Y dispuso “comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas a las que se alude en los considerandos”.³⁷

Por su parte, el Defensor del Pueblo inició un proceso judicial colectivo en representación de todos los jubilados y pensionados por la recomposición de sus haberes. Así las cosas, si la Corte hiciese lugar la planteo y, por tanto, condenase al Estado nacional a la actualización de los haberes de todos los jubilados y pensionados (no sólo de uno o de unos pocos), es obvio que tal decisión incide en el diseño de las políticas públicas previsionales y, a su vez, en la redefinición de otras políticas y redistribución de los recursos presupuestarios.

Sin embargo, luego los propios jueces advirtieron, particularmente en el caso “Verbitsky”, que “no compete a esta Corte evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria y, menos aún, su política criminal en la parte en que le compete, como tampoco podría hacerlo ni siquiera respecto del Estado Federal”.

El asunto es más complicado cuando el Estado debe reconocer derechos sociales y nuevos derechos a través de procesos colectivos (el acceso al agua potable o a la vivienda por un grupo vulnerable). En este punto, converge el papel del Legislador y el Ejecutivo, por un lado; y el Poder Judicial, por el otro.

En el punto siguiente el Tribunal sostuvo que “a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco”. Por último, “no se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución”.

Otro antecedente interesante es el caso “*Editorial Río Negro S.A.*” sobre la distribución de la pauta publicitaria oficial de la Provincia del Neuquén entre los medios gráficos locales. La Corte condenó a la parte actora a presentar “en el término de treinta días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión

requiere— de distribución de publicación, respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión”. Tiempo después, y tras la presentación del respectivo plan, el Tribunal resolvió que “la presentación efectuada por la demandada no alcanza el umbral necesario” y agregó que “el esquema al que remite el pronunciamiento necesariamente exige un umbral que está dado por la formulación de ciertos y definidos parámetros objetivos que permitan un adecuado escrutinio judicial acerca de la ilegalidad o irrazonabilidad en la conducta u omisión estatal en la asignación de los fondos gubernamentales destinados a la distribución de la publicidad oficial, pues de no establecerse un estándar verificable, se mantendrá una situación de discrecionalidad extrema en cabeza de las autoridades públicas”.³⁸

Creemos que el juez debe respetar, igual que en el marco de las decisiones particulares, el campo discrecional de los poderes políticos.

De todos modos, el Poder Judicial sí puede y debe establecer los lineamientos básicos de las políticas públicas en términos de reconocimiento y respeto de los derechos. En otras palabras, el juez puede y debe fijar los criterios o pautas que debe seguir el poder político con el propósito de subsanar las conductas estatales lesivas de derechos.

En tales casos, y con mayor claridad cuando el Poder Judicial resuelve procesos colectivos (cuyas sentencias tienen efectos absolutos), éste coadyuva en la definición y planificación de las políticas públicas.

Por otra parte, existen casos en los que no es posible soslayar el impacto económico de la decisión judicial. En este sentido, resulta interesante mencionar que mediante la acordada 36/09, la Corte Suprema creó —en el ámbito de su Secretaría General de Administración— la Unidad de Análisis Económico. Dicha Unidad realiza estudios económicos y evalúa los efectos que podrían producirse en las variables económicas, como consecuencia de las decisiones que, eventualmente, pudiera adoptar el Tribunal.

En los considerandos de la acordada, la Corte menciona diversas normas constitucionales referidas a cuestiones de naturaleza económica. Por ejemplo, las que aluden a *“contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso general”* (art. 4º, CN); *“retribución justa”, “salario mínimo, vital y móvil”* (art. 14 bis, CN); *“intereses económicos”, “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, “calidad y eficiencia de los servicios públicos”* (art. 41, CN); *“progreso económico con justicia social”, “productividad de la economía nacional”, “políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”* (art. 75, inc. 19, CN). Respecto de esta clase de disposiciones, el Tribunal observó que, al precisar su alcance jurídico en el marco de los casos concretos, sus sentencias constituyen un dato relevante para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios y para quienes regulan y controlan esas actividades.

Asimismo, la importancia de estas cuestiones *“... justifica que sobre ellas se efectúe un razonable juicio de ponderación en el cual ‘... no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma’ ”*.

Evidentemente, una de las aristas más controversiales en el contexto del vínculo entre el Poder Ejecutivo y el Judicial es el diseño, planificación y ejecución de las políticas públicas por los jueces.

A su vez, la relectura de los precedentes antes citados nos permite afirmar sin mayor temeridad que los jueces no sólo controlan y,

eventualmente, invalidan las políticas públicas diseñadas por el Poder Legislativo (leyes) y completadas por el Poder Ejecutivo (decretos reglamentarios), sino que dictan políticas públicas en sustitución de aquéllas.

Creo conveniente repasar cuáles son —según mi criterio— las herramientas que utiliza el juez en el escenario actual y que le permite avanzar en la planificación de las políticas públicas, constituyendo un cuadro impensado décadas atrás. Veamos: 1) la exigibilidad judicial de los derechos sociales y los nuevos derechos; y 2) los procesos judiciales colectivos.

Por último, es importante advertir que el juez se introduce en las llamadas políticas públicas desde el andarivel de los derechos y no desde el plano objetivo (control abstracto de legalidad). Este criterio es evidente porque nuestro modelo de acceso e intervención del Poder Judicial (ejercicio del poder jurisdiccional judicial) se construye desde el plano subjetivo (es decir, sólo es posible instar el control judicial por medio de un proceso cuyo actor es necesariamente el titular de un derecho subjetivo particularmente lesionado).

Las leyes de intromisión en las decisiones de los jueces. La aplicación de los actos y leyes declaradas nulas por los jueces

Otro caso relevante es el de las leyes que interfieren en el marco de las potestades judiciales (por ejemplo, las leyes del Congreso que modifican el contenido o alcance de las sentencias judiciales firmes).

Así, las leyes que establecen un plazo especial de ejecución luego de dictado el fallo y de haber quedado firme. Recordemos las leyes de consolidación de deudas contra el Estado dictadas en nuestro país y que alcanzan a las sentencias judiciales firmes. En tal caso, juega otro principio —esto es, el de la cosa juzgada judicial—, además del postulado de división de poderes.

Por eso, **los otros poderes no pueden modificar las sentencias judiciales, salvo en sus aspectos no esenciales (el plazo de cumplimiento), o en supuestos de excepción previstos** expresamente por el propio texto constitucional (las leyes de amnistía).

De todos modos, el Poder Judicial sí puede y debe establecer los lineamientos básicos de las políticas públicas en términos de reconocimiento y respeto de los derechos. En otras palabras, el juez puede y debe fijar los criterios o pautas que debe seguir el poder político con el propósito de subsanar las conductas estatales lesivas de derechos.

Pensemos también el caso del juez que hubiese declarado inválido un acto (o, en su caso, un decreto o ley con alcance absolutos) y, luego, el Poder Ejecutivo o el Legislador hubiesen dictado o sancionado un acto o norma posterior con igual contenido. Creemos que ello no es posible por violación del principio de cosa juzgada y división de poderes, salvo que el acto o regla posterior salvase los vicios del anterior (saneamiento).

También cabe, por último, reflexionar sobre el siguiente extremo. Supongamos que los jueces declarasen inválido el decreto o la ley de modo reiterado en los casos judiciales y con alcance relativo; sin embargo, el Poder Ejecutivo sigue aplicando las normas invalidadas. Este escenario es posible según el sistema institucional, más allá de su carácter irrazonable y no igualitario.

El ejercicio de facultades judiciales por el Poder Ejecutivo

Anteriormente explicamos que un caso típico de funciones extrañas respecto del Poder Ejecutivo es el ejercicio de potestades judiciales por éste. En efecto, es el caso de los tribunales administrativos (es decir, órganos que integran el Poder Ejecutivo y que ejercen funciones materialmente judiciales toda vez que resuelven conflictos entre partes). Quizás conviene llamarles funciones jurisdiccionales con el propósito de distinguirlas claramente de las funciones propiamente judiciales. Estas últimas son ejercidas por un órgano imparcial y con carácter definitivo.

Desde un principio se discutió en nuestro país si los tribunales administrativos son o no constitucionales. *Por un lado*, se dijo que si bien el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el principio de división de poderes que prevé el texto constitucional, sólo ejerce la potestad de reglamentar y ejecutar las normas que dicta el Congreso, este principio debe ser interpretado con un criterio más flexible, tal como ya hemos explicado, de manera tal que cualquier poder puede ejercer con carácter restrictivo las potestades propias de los otros y ello, claro, en el marco constitucional. Por eso, conforme esta interpretación del principio de separación de poderes, el Poder Ejecutivo puede ejercer facultades jurisdiccionales limitadas.

Por otro lado, se interpretó que **los órganos administrativos no pueden ejercer facultades jurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico por las siguientes razones: a) la Constitución prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales cuando dice que “en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” (art. 95, actual art. 109 CN), b) ningún habitante puede ser juzgado por comisiones especiales o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18, CN) y –además– la prohibición de privación de la propiedad, salvo *sentencia* fundada en ley (art. 17, CN).**

En definitiva, la cuestión a resolver es la constitucionalidad o no de las funciones jurisdiccionales del Poder Ejecutivo.

Cabe destacar que esta cuestión recobró un interés relevante a partir de la creación de los entes de regulación de los servicios públicos privatizados.³⁹ Otro ejemplo más reciente es el de la Ley sobre Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo (ley 26.993) que creó la *Auditoría en las Relaciones de Consumo* integrada por Auditores “como autoridad independiente, con carácter de instancia administrativa” respecto de las controversias que versen sobre la responsabilidad por los daños regulados por la ley 24.240 y promovidas por los consumidores y usuarios.

En general, en el plano teórico se justificó el ejercicio de facultades jurisdiccionales por los órganos y entes del Poder Ejecutivo en razón de su idoneidad técnica (es decir, el conocimiento y especialización sobre los aspectos específicos del servicio).⁴⁰ Más aún, según algunos intérpretes, las decisiones jurisdiccionales del ente -en particular aquellas de contenido técnico complejo- no deben quedar sujetas al control judicial, salvo casos excepcionales.

La Corte convalidó los tribunales administrativos con la condición de que sus decisiones estén sujetas al control de los jueces y siempre que éste sea suficiente. Esto dijo el Tribunal en el conocido caso “*Fernández Arias*”.⁴¹

Muchos años después, en el caso “*Ángel Estrada*” el Tribunal restringió la interpretación sobre el alcance de las potestades judiciales del Poder Ejecutivo.⁴²

VI LOS NUEVOS TRAZOS DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Es evidente, tal como quedó demostrado en los párrafos anteriores, que el principio de división de poderes desarrollado en el marco del Estado liberal de Derecho entró en crisis con el Estado Social y Democrático de Derecho y que, consecuentemente, debe ser repensado y reformulado.

Así, “... la función principal de la división de poderes era la de diferenciar los poderes del

*Estado, de tal manera que uno fuera el freno y el límite del otro... Este modelo ha condicionado profundamente la construcción del moderno Estado de derecho: en positivo...; pero también en negativo, dado que todas las funciones administrativas de garantía propias del moderno Estado social —la educación, la asistencia sanitaria, la seguridad social—, al no ser caracterizables como funciones legislativas o judiciales, han sido concebidas y se han desarrollado... en el interior del Poder Ejecutivo...”*⁴³

Hemos intentado probar que, por ejemplo, el Poder Judicial dicta reglas legislativas, sustituye las decisiones del poder político y planifica políticas públicas; a su vez, el Poder Legislativo se inmiscuye en las decisiones judiciales firmes; y, por último, el Poder Ejecutivo ejerce potestades casi jurisdiccionales.

El inconveniente es que el Estado Liberal de Derecho fue desbordado por el nuevo rol del Estado social y el reconocimiento de los nuevos derechos. Sin embargo, el Legislador no desarrolló un nuevo modelo de Estado en términos sistemáticos y coherentes con instituciones, garantías y mecanismos más eficaces. El Estado actual (Estado Social y Democrático de Derecho) y, en particular, el principio de división de poderes así reformulado es simple superposición de reglas e institutos que rompen el modelo clásico del Estado Liberal pero que no ha sido capaz de reconstruir y contener las ondas expansivas de las nuevas demandas sociales y el vínculo entre Estado y Sociedad.

El problema es, entonces, el desplazamiento del poder político y su reemplazo por otros poderes -corporativos o económicos-; el quiebre del principio de legalidad; y el descontrol del poder discrecional de la Administración Pública.

El Estado de Derecho caracterizado por los principios de legalidad, separación de poderes y derechos (con sus respectivas garantías: control judicial y responsabilidad del Estado) fue completado por el Estado Social con derechos sociales y deberes jurídicos de los poderes estatales. A veces, no se advierte claramente que la incorporación de los derechos sociales y sus deberes consecuentes influye en la conformación del vínculo entre los poderes.

En verdad, es necesario repensar el vínculo entre el Estado y la Sociedad y crear un modelo de Estado cooperativo y de negociación; esto es, un modelo consensuado y, además, redefinir el equilibrio entre los poderes.

A su vez, el Estado Democrático introduce la idea del consenso no solo en el Poder Legislativo, sino también en el seno de los poderes ejecutivo y judicial, además –claro- del diálogo y participación.

El punto central a dilucidar es quién define las políticas públicas en el Estado actual. Cabe señalar que el Poder Judicial –a través de los procesos colectivos y estructurales, sobre todo respecto de los derechos sociales y nuevos derechos- interviene en el diseño y ejecución de tales políticas, y no solo en el control de éstas.

Es evidente, entonces, que en el escenario actual surgen, al menos, dos piezas novedosas. Por un lado, el carácter central del Poder Ejecutivo y, por el otro, el papel activo de los jueces. *¿Cómo redefinir los poderes y reequilibrarlos?*

A título de ejemplo, cabe recordar que ciertos autores proponen distinguir entre las funciones de disposición y cognición del Estado y no ya entre las funciones clásicas. Así, el *poder de disposición* está directamente apoyado en la legitimidad democrática formal y sustancial de las mayorías, con sus límites y controles. Por su parte, el *poder de cognición* debe sustentarse en los derechos fundamentales y, por tanto, su legitimidad es sustancial y no formal –respeto por las leyes y el principio de legalidad constitucional—. El poder de disposición es propio del Poder Legislativo y el Ejecutivo y el de cognición del Poder Judicial.

En verdad, es necesario repensar el vínculo entre el Estado y la Sociedad y crear un modelo de Estado cooperativo y de negociación; esto es, un modelo consensuado y, además, redefinir el equilibrio entre los poderes.

En particular, proponemos los siguientes *trazos fundacionales*:

1. Reconocer mayores poderes en el Legislativo; sin dejar de aceptar que el criterio del Legislador omnipresente es un mito que debemos desterrar y reemplazar por el del Legislador capaz de definir los trazos más relevantes de las políticas públicas. A su vez, el Congreso debe fortalecerse con la incorporación de Administraciones autónomas que dependan de éste y no del Poder Ejecutivo; y, particularmente, de órganos de control externo e independiente del Presidente ubicados en el escenario propio del Legislador.
2. El Poder Ejecutivo, que ejerce un papel central en el diseño de las políticas públicas, debe ser atravesado por técnicas de diálogo, participación y consenso en sus decisiones.
3. Asimismo, debe reconocerse al Poder Judicial el poder de coadyuvar en el diseño de las políticas públicas; siempre en relación con el reconocimiento de los derechos, particularmente los derechos colectivos –individuales y sociales-. En este contexto, es necesario incorporar técnicas de diálogo, negociación y consenso en el trámite de ejecución de las sentencias más complejas.⁴⁴

VII- CONCLUSIONES

En conclusión, **creemos que es necesario reformular el principio de división de poderes, pues es imposible encorsetar las actuales demandas en el modelo anterior.**

En efecto, si bien es plausible ubicar las nuevas piezas en el viejo escenario, esto resulta

inútil porque vuelve a desmadrarse de modo recurrente.

Pero, ¿por qué ocurre esto? Porque este postulado fue construido en el marco del Estado de Derecho (es decir, el poder entendido como lesivo de los derechos individuales) y, evidentemente, el Estado Social de Derecho exige otras ideas en razón de que el poder no sólo debe ser leído e interpretado como limitativo de derechos, sino también como el instrumento capaz de reconocer y expandir derechos.

Es decir, los principios basales del sistema deben pensarse, entonces, no apoyados en el poder, sino desde el andarivel de los derechos. Al fin y al cabo, el modelo institucional no es más o menos eficiente si es capaz de limitar el poder –ciertamente cuestión que no cabe descuidar en el diseño institucional-, sino básicamente si es capaz de reconocer más y mejores derechos.

Notas

1. "Dícese que un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho de representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante). Cada uno de ellos, tanto los que han votado en pro como los que han votado en contra, debe autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres, lo mismo que si fueran suyos propios, al objeto de vivir apaciblemente entre sí y ser protegidos contra otros hombres." Luego agregó que "del mismo modo que los hombres, para alcanzar la paz y, con ella, la conservación de sí mismos, han creado un hombre artificial que podemos llamar Estado, así tenemos también que han hecho cadenas artificiales, llamadas leyes civiles, que ellos mismos, por pactos mutuos han fijado fuertemente...", HOBBS, THOMAS, "Leviatán" 2ª ed., FC.E. 1980.
2. Un siglo después, en 1762 J. J. ROUSSEAU *Contrato Social*, elabora la idea de que los hombres, superando un antiguo estado de naturaleza, se someten a las reglas de una sociedad que los contiene, subsumiendo los instintos de autoprotección y piedad a los beneficios del intercambio social. Este consentimiento se materializa a través de un contrato social. Así, "los hombres no pueden crear por sí solos nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que ya existen" "Esta suma de fuerzas sólo puede nacer del concurso de muchas separadas", ROUSSEAU, JEAN JACQUES, "El contrato social" 2ª ed., Perrot, 1961.
3. LOCKE, JOHN, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Ladosur, 2002.
4. MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, 7ª ed., Heliasta, 2005.
5. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Público y Derecho Administrativo*, tomo I, p. 135.
6. Al respecto, MUÑOZ MACHADO critica la doctrina de DUGUIT sobre separación estricta y rígida entre poderes porque, según su criterio, ello no fue aplicado efectivamente en la Francia revolucionaria. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Tratado de Der. Administrativo y Der. Público General*, T. I, P.149. Iustel.
7. En el siglo XX el sistema parlamentario europeo rompió con el concepto clásico, rígido y no reducible de división de poderes estatales porque en él el vínculo entre el Legislativo y el Ejecutivo es mucho más estrecho que en el modelo presidencial. Por ej.: el titular del Ejecutivo es designado por el Parlamento y, además, es elegido de entre sus miembros, y puede ser removido por éste. A su vez, el Presidente puede disolver el Parlamento y convocar a elecciones de modo anticipado.
8. BALBIN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bs. As., La Ley, 2011.
9. BALBIN, Carlos, ob. cit.
10. BIDART CAMPOS dice que "es un dato indiscutible que en nuestro sistema de control difuso existe la vía indirecta o incidental para promover el control judicial de constitucionalidad", BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, 1995, tomo II, p. 506.
11. CSJN, Fallos 32:120 y 33:162, respectivamente.
12. CSJN, Fallos 307:1379 y 307:2387, respectivamente.
13. Fallo del 27-09-2001, Fallos 324:3219. La Corte expresó que "la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa... En segundo término, debe ponderarse que su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional o de ésta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del artículo 2º de la ley 27.... Y, finalmente, **deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de este Tribunal, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico**".
14. Fallo del 19 de agosto del 2004, SJA del 7 de setiembre de 2005.
15. Corte Interam. de DD.HH. "Cesados del Congreso vs. Perú" sent. del 24-11-2006, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sent. del 26-09-2006 y "Furlán vs. Argentina", sent. 31-08-2012.
16. CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad. Anulación de los indultos", sent. del 13-07-2007, Fallos 330:3248.
17. CSJN, "Videla, Jorge s/ recurso de casación", sent. del 31-08-2010.
18. MARIENHOFF distingue entre acto administrativo, acto de gobierno, o político, y acto institucional. Ver: *Tratado de Der. Administrativo*. Abeledo-Perrot 2003 T.II p.763
19. Al respecto BIDART CAMPOS sostiene que "en nuestro derecho constitucional...se denominan *cuestiones políticas aquellas que no son judiciales*. El aspecto fundamental de las cuestiones políticas radica en que la exención de control judicial involucra exención de control de constitucionalidad". Agrega que "...a) El no juzgamiento de las cuestiones políticas viola el derecho a la jurisdicción de la parte afectada... b) El no juzgamiento de las cuestiones políticas implica también declinar el ejercicio pleno de la función estatal de administrar justicia; c) Con ello se impide remediar la eventual

- inconstitucionalidad de las actividades que, por configurar cuestiones políticas, quedan exentas de control judicial; d) Por último, si el Estado no es justiciable cuando alguna de sus actividades se escudan tras la pantalla de las cuestiones políticas, la 'responsabilidad' estatal se esfuma, pese a la eventual infracción constitucional en que incurra", *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, 1995, tomo II, ps. 520 y siguientes.
20. CSJN, sent. del 7 de setiembre de 1893, Fallos 53:420. Ver en igual sentido CSJN, "Provincia de Mendoza c. Estado Nacional - Senado Nacional", sent. del 14 de noviembre de 1865, Fallos 2:253.
 21. CSJN sent. 3-12-85; CSJN "Botta c. Junta Electoral de la UCR", sent. 24-03-87, Fallos 310:670; y CSJN "Zaratiegui, Horacio c. E.N. s/nulidad de acto legislativo", sent. 6-12-1998, Fallos 311:2580.
 22. CSJN, sent. del 17 de diciembre de 1997, Fallos 320:2851.
 23. CSJN, sent. del 7 de mayo de 1988, Fallos 321:1252.
 24. CSJN sent. del 13 de noviembre de 2003, Fallos 326:4616.
 25. CSJN, "Bussi, Antonio Domingo c. Estado Nacional - Congreso de la Nación", Fallos 330:3160.
 26. CSJN, "Patti, Luis Abelardo", sent. 08-04-2008. En el precedente "Moliné O'Connor" la Corte sostuvo que "la decisión del Senado de la Nación por el cual se destituyó a un ministro de la Corte Suprema sometido a juicio político —en el caso, por la causal por de mal desempeño— reposa en razones políticas que los representantes del pueblo debieron evaluar dentro del marco de sus atribuciones constitucionales y en los márgenes de discrecionalidad con que deben cumplir la misión que les ha conferido la Constitución Nacional, sin que pueda ser alcanzada por el poder de revisión conferido por la Corte..." "...en el procedimiento de juicio político... el control de constitucionalidad debe dirigirse a verificar inexcusablemente si el enjuiciado pudo, de manera efectiva, ejercer su derecho de defensa en el marco de un debido proceso, antes que a controlar la observancia rigurosa de las formas procesales", sent. 11-06-2004.
 27. CSJN, sent. 24-02-2009, Fallos 332:111; sent. 11-08-2009, Fallos 332:1759.
 28. En el precedente "Marbury vs. Madison" (1803) el Tribunal Supremo de EE.UU. expresó que "el terreno de los tribunales es sólo decidir sobre el derecho del individuo, no investigar cómo el Ejecutivo o los agentes del Ejecutivo desempeñan los deberes sobre los cuales tienen discrecionalidad. Las cuestiones de esta naturaleza política o que están, por la Constitución o por las leyes, sometidas al Ejecutivo no pueden ser nunca planteadas ante este Tribunal", SC E.E.U.U., 24-03-1803, MILLER - GELLI - CAYUSO, *Constitución y Poder Político*, Astrea, tomo I, p. 5.
 29. CSJN, "Iannuzzi, Mario c/ Provincia de Entre Ríos", sent. 21-10-2008, Fallos 331:2287.
 30. CSJN, "Roquel, Héctor Alberto c/ Santa Cruz, Provincia s/ amparo", sent. del 10-12-2013.
 31. CSJN, sent. del 07-04-1994, Fallos 317:335.
 32. Según GARGARELLA, este carácter constituye una reserva posible ante la revisión judicial de los actos institucionales. "Si cuestionamos a las asambleas legislativas por representar sólo un pálido reflejo de voluntad ciudadana, mucho más debemos criticar al Poder Judicial (en su capacidad para decidir acerca de cuestiones constitucionales básicas) que no se encuentra sujeto a elección ni remoción popular", GARGARELLA, ROBERTO, *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, 1996, p. 103.
 33. Respecto de este último, GARGARELLA sostiene que "si se demuestran que existen formas más o menos obvias y no arbitrarias de interpretar la Constitución, se puede afirmar que los jueces no gobiernan ni reemplazan a los legisladores, sino que, simplemente, dan cuenta del significado más o menos obvio del texto fundamental", *La Justicia frente al Gobierno*, cit., p. 79.
 34. "Detrás de esta categoría de derechos subyace una gama variada de intereses difusos. Es decir aquellos intereses que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o de varias", SABSAY, DANIEL, "El Amparo como garantía ...", en ABREGÚ, MARTÍN - COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre DDHH por los tribunales locales*, CELS-Editores del Puerto, 1997, p. 234.
 35. CSJN, "Verbitsky, Horacio", sent. del 03-05-2005, Fallos 328:1146, LA LEY, 2005-E, 39.
 36. CSJN, "Mendoza, Beatriz y o/s c./ E.N. y otros", sent. 20-06-2006, LA LEY, 2006-F, 355.
 37. CSJN, "Badaro, Adolfo Valentín c. ANSESS", sent. 08-08-2006, LA LEY, 2006-D, 801.
 38. CSJN, "Editorial Río Negro S.A. c. Pcia del Neuquén", sent. 14-10-2008, Fallos 331:2237. Ver también sentencia en esa causa el 05-09-2007, publicada en Fallos 330:3908.
 39. Ver arts. 72 y 76 ley 24.065 y art. 70 ley 24.076.
 40. HUTCHINSON considera que los actos jurisdiccionales son actos administrativos, mientras que CASSAGNE entiende que ello no es así, HUTCHINSON, TOMÁS, *Ley nacional de procedimientos administrativos*. Astrea, 1987, pgs 503 y sig.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Lexis Nexis, 2006, tomo I, ps. 79 y siguientes.
 41. Según la C.S.J.N. en el fallo citado, el concepto de control judicial suficiente "quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial... La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias..." CSJN sent. del 19-09-1960, Fallos 247:646.
 42. CSJN sent. del 5 de abril de 2005, SJA del 3 de agosto de 2005.
 43. FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p. 105.
 44. "Esa esfera de lo no decidable... no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido en sustraer a la voluntad de la mayoría. Y ¿qué es lo que las constituciones establecen como límites y vínculos a la mayoría, como precondiciones del vivir civil y a la vez razones del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales... y la sujeción de los poderes públicos a la ley... De aquí se derivan dos consecuencias a las que quiero referirme sumariamente. La primera —ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos, asignado a la jurisdicción— es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia —ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos— es un fortalecimiento del galantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces", FERRAJOLI, LUIGI, ob. ya citada, ps. 212 y 213.

ACCIONES COLECTIVAS: DEJAR EL MUNDO UN POCO MEJOR¹

Cuando la tutela judicial no protege sólo derechos individuales, encuentra su cauce en las acciones colectivas. Sobre ellas dirige su atención la Titular del Juzgado 9 del Fuero Contencioso Administrativo.

POR ANDREA DANAS²

INTRODUCCIÓN

Cuando hace muchos años estudiamos los casos “Kattan”³, “Ekmekdjian”⁴, “Labatón”⁵, y los muchos otros que vinieron después, como “Verbisky”⁶, “Badaro”⁷, y “Mendoza”⁸ comprendimos que la herramienta de las acciones colectivas sería para siempre parte de nuestro futuro ciudadano.

Esas causas y tantas otras a nivel nacional, provincial y de nuestra Ciudad, modificaron el estado de cosas ya no de un sujeto en particular, sino de muchos, indeterminados, desconocidos, anónimos.

Las acciones colectivas han venido para quedarse. Se han instalado en el mundo judicial argentino para dar contenido concreto a los derechos fundamentales, para hacer visible la democracia participativa, e instar a los poderes públicos a dar satisfacción a los derechos humanos y lograr así una sociedad más justa y equitativa.

El propósito de este trabajo es acercar algunas ideas compartidas, y plantear ciertos interrogantes, contradicciones y paradojas que subsisten -fundamentalmente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires- en esta vía hacia la consagración plena de los derechos colectivos.

Caracterización de las acciones colectivas e identificación del objeto procesal. ¿Cuándo estamos frente a un derecho colectivo?

El Estado constitucional de derecho contiene dos esferas interrelacionadas: una de carácter estructural donde se ubican los derechos fundamentales y los derechos humanos, y otra de naturaleza instrumental donde se ubican las garantías políticas y jurisdiccionales, cuya función es servir a la anterior, hacer efectivos los derechos.

Pueden existir situaciones normativas que constituyan simultáneamente un derecho y una garantía. Tal es el caso del amparo.

Es un derecho fundamental y un derecho humano regulado por el artículo 43 de la Constitución Nacional, 14 de la Constitución de la Ciudad, y el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es a la vez un instrumento al servicio de otros derechos y garantías⁹.

La Constitución local reprodujo la figura del amparo con algunas variantes: el artículo 14 permite la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva y establece claramente que no es necesario agotar la vía administrativa.



La protección de derechos y garantías constitucionales individuales a través de la vía del amparo mereció y merece aún la redacción de innumerables libros, artículos, fallos, comentarios, discusiones y opiniones diversas.

Los derechos colectivos constituyen, en cambio, un desafío, un camino a recorrer al que a medida que se lo recorre, se le suman más kilómetros.

Lorenzetti prefiere hablar de “procesos colectivos” en lugar de “acciones colectivas” que parecen limitarse a las cuestiones de legitimación y acción. En cambio, los primeros, se caracterizarían por la existencia de pluralidad de sujetos activos o pasivos, con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos, y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes.¹⁰

La segunda parte del artículo 43 de la CN, al regular el amparo, establece: *“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la*

ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

El artículo 14 de la Constitución de la CABA menciona en su segundo párrafo: *“Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor”¹¹.*

Adviértase que los textos mencionan el tipo de proceso (amparo), los derechos protegidos y los legitimados para su interposición.

Con relación a los derechos protegidos, la Constitución Nacional menciona la no discriminación, el ambiente, la competencia, y los derechos del usuario y del consumidor, y continúa *“así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.*

La Constitución local reitera la no discriminación, el ambiente, la competencia y los derechos del usuario y consumidor, a la vez que agrega el trabajo y la seguridad social¹², y el patrimonio cultural e histórico de la Ciudad.

En ambos casos la mención que efectúan las Constituciones es simplemente enunciativa, ya que se habla de los derechos de incidencia colectiva “en general” (Constitución Nacional).

En la local la expresión “intereses colectivos, como la protección del ambiente...” da la idea de que en modo alguno su enunciación agota el universo de esos derechos.¹³

Al analizar diversas causas, se advierte que no han sido los derechos en sí mismos quienes han dotado a las acciones de un carácter colectivo, sino que ha sido la pretensión específicamente esgrimida con relación a ese derecho la que ha determinado tal carácter.

Así, por ejemplo, la causa “*Asociación Benghalensis y otros c/Estado Nacional*”¹⁴ muestra el carácter colectivo que adquiere el derecho a la salud, cuando lo que se reclama es que el Estado cumpla con su deber de asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos a enfermos de HIV.

De igual modo, en el caso “*Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud*”¹⁵, se hizo lugar a la acción planteada por una asociación civil dedicada a la defensa de estos enfermos, que impugnaba una resolución del Ministerio de Salud que excluía del tratamiento cubierto por el Programa Médico Obligatorio (PMO) a quienes no hubieran tenido brotes o exacerbaciones en los últimos dos años o padecieran síndrome desmielinizante aislado.

En el caso “*Viceconte Mariela C. c/Ministerio de Salud y Acción Social*”¹⁶, la Cámara Contencioso Administrativa Federal ordenó al Estado que cumpla con el cronograma de tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la vacuna contra la Fiebre Hemorrágica Argentina, ante las demoras constatadas y el incremento de la epidemia existente.

En el ámbito de la Ciudad, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia¹⁷ solicitó que se ordenara al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cumplir con su obligación constitucional e indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de la Ciudad (art. 24 CCABA). Mencionó que esa obligación había sido sistemáticamente incumplida durante los ciclos lectivos anteriores, y que miles de niños habían quedado excluidos del sistema educativo por falta de vacantes. La Cámara de

Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al Gobierno de la Ciudad que cesara en su omisión de asegurar y garantizar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de cuarenta y cinco días a cinco años.

En el caso “*Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA*” se reclamaba la refacción de establecimientos escolares con el fin de resolver cuestiones de infraestructura, servicios e inseguridad con posterioridad a los hechos ocurridos en República de Cromagnon. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Sala II de la Cámara del Fuero y ordenó la presentación de un plan de obras actualizado para superar las irregularidades detectadas en cada establecimiento educativo.¹⁸

Otro caso relevante fue “*Acuña, María Soledad c/GCBA s/Amparo*”,¹⁹ donde la actora, invocando el carácter de diputada, ciudadana y vecina, promovió acción de amparo contra la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se ordenara la inmediata ejecución de los actos necesarios tendientes a generar condiciones de seguridad y de habitabilidad mínima para las pacientes internadas en el Hospital Neuropsiquiátrico Dr. Braulio Moyano y, paralelamente, estableciera un programa de reparación total de las condiciones edilicias, de infraestructura, de limpieza de las instalaciones y cuidado personal de las internas. La sentencia de Cámara confirmó el decisorio de primera instancia y ordenó diseñar un plan tendiente a dotar al Hospital de condiciones de habitabilidad, llevando a cabo las obras, reparaciones y remodelaciones que resultaran necesarias, de forma tal que respetara la dignidad de las pacientes y garantizara su atención adecuada; además de ordenar la cobertura de cargos y la provisión de ropa de cama adecuada y suficiente.

Muy similares al caso “*Acuña*” fueron las causas “*Asesoría Tutelar N° 1 c/GCBA s/Amparo*” EXP 24708, donde la pretensión fue encaminada a las mismas prestaciones en el Hospital José T. Borda, y “*Asesoría Tutelar N° 1 c/GCBA s/Amparo*” EXP 17091 referida al Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear. En ambos, la Cámara de Apelaciones confirmó las sentencias de primera instancia ordenando la ejecución de obras de infraestructura, la

Los casos mencionados ilustran con claridad que el derecho a la salud, o el derecho a la educación –entre muchos otros– ha adquirido carácter de derecho colectivo en virtud de las prestaciones específicas solicitadas, encaminadas a dar satisfacción a los derechos de un número indeterminado de afectados.

mejora de las condiciones edilicias y otras prestaciones afines.²⁰

Los casos mencionados ilustran con claridad que el derecho a la salud, o el derecho a la educación –entre muchos otros– ha adquirido carácter de derecho colectivo en virtud de las prestaciones específicas solicitadas, encaminadas a dar satisfacción a los derechos de un número indeterminado de afectados.

Según Víctor Trionfetti lo que debería identificarse no son los derechos protegidos sino las *situaciones* que se tutelan, que pueden comprender tanto a una determinada clase de sujetos, como a una determinada clase de bienes o de derechos. El punto de orientación básica está definido por la posibilidad de afianzar la tutela efectiva y la seguridad jurídica. Por ejemplo, el aire puro –menciona– puede ser tanto un derecho como un bien. Si lo reclaman personas que trabajan en una mina, no puede hablarse de un derecho al aire puro, pues su trabajo hace inexistente ese bien. Pero sí, como tienen derecho a la salud, podrán reclamar normas de higiene y seguridad en el trabajo que los protejan y disminuyan el riesgo de respirar aire viciado.²¹

Sin embargo, en el caso *“Pisoni Carlos c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”* el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, señaló: *“Así, los derechos a los que el art. 14 le acuerda un carácter colectivo son: “...la protección del ambiente, del trabajo y de la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad”.* Ninguno de esos derechos muestra la parte actora estén en juego en el sub lite”.²² Parecería entonces, que para el Alto Tribunal local, los únicos derechos

colectivos serían los mencionados en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad.

El caso “Halabi”. Antes y después

Aunque ya lleva algunos años, el caso *“Halabi c/ Estado Nacional”* dictado por la Corte Suprema Nacional el 24 de febrero de 2009, sentó algunas ideas y directrices que marcaron –y marcan hoy– el rumbo de las acciones colectivas. De allí que decimos que existe un antes y un después de *“Halabi”* en el curso de estas causas.

En primer lugar **la Corte distingue tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.**

En segundo lugar menciona que siempre la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible ya que no puede perseguirse el control de la mera legalidad.

Luego reitera que en los casos de afectación a derechos individuales, el legitimado es su titular. Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, que pertenece a toda la comunidad,

siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna.

La pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

Una tercera categoría está conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Actualmente no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase. Frente a esa falta de regulación, que constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, la Corte establece que para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, es obligación de los jueces darle eficacia.

También procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

La Corte, ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los

aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.

Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, y que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto, a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

A riesgo de haber pecado por exceso, el detalle de esta sentencia nos muestra todos los tópicos presentes en las acciones colectivas: la debida identificación del objeto de la acción, el o los sujetos legitimados para interponerla, el procedimiento aplicable, la necesidad de su debida publicidad, el alcance de la sentencia y los efectos de la cosa juzgada sobre el resto del colectivo involucrado.

Trataremos algunos de esos puntos en lo sucesivo, con especial hincapié en algunas de las causas relevantes de la Corte Suprema y de la Ciudad de Buenos Aires, ya que su agotamiento resulta imposible, en virtud de la riqueza temática y diversidad de respuestas que han dado nuestros tribunales.

Algunas cuestiones en torno a la legitimación en general

Uno de los problemas más importantes de las acciones colectivas consiste en determinar cuándo se está frente a un “caso”, “causa” o “controversia” de carácter colectivo, cuestión que se relaciona íntimamente con el problema de la legitimación.

En “*Halabi*” la Corte expresamente señala que en todos los supuestos “la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible” ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.

En “*Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional*”²³ la Corte insistió en que el Poder Judicial de la Nación sólo interviene en el conocimiento y decisión de “causas” (artículo 116 de la Constitución Nacional), y que la

Actualmente no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase. Frente a esa falta de regulación, que constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, la Corte establece que para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, es obligación de los jueces darle eficacia.

legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista una causa o controversia. La existencia de “caso” presupone la de “parte”, quien debe demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia o, que los agravios expresados la afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial”.

También destacó que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la exigencia de tal requisito, ya que los nuevos sujetos legitimados también deben acreditar que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes.

Con cita de ese fallo, el Tribunal Superior de Justicia local anuló todo lo actuado y rechazó la demanda interpuesta por los señores Raúl Marcelo Brunel y Oscar A. Traviesas, quienes, invocando su condición de habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, habían promovido una demanda de amparo contra el GCBA con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad del decreto N° 376/11 que, a su entender, situaba a las Comunas como un organismo más dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, a la vez que sostenían que las funciones que se atribuían al Consejo Consultivo Comunal en la ley N° 1777 eran las mismas que se asignaban a las Unidades de Atención Ciudadana (UAC) en

el decreto impugnado. Los actores habían obtenido sentencia favorable en primera y segunda instancia²⁴.

Idéntica solución por idéntico planteo, adoptó el mismo Tribunal en la causa “Cabandié, Juan y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, de fecha 31 de marzo de 2015²⁵.

La exigencia de “caso” que efectúa el Tribunal Superior local, en consonancia con la Corte Nacional, impide entender al amparo colectivo como acción popular, ya que, según se ha visto, el control de la mera legalidad no se encuentra permitido en el universo de estas acciones.

Sin embargo, si bien esa es la interpretación que se efectúa a nivel federal, la lectura de la versión taquigráfica de las sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad al tratar la acción de amparo, deja algunas dudas al respecto.

El convencional Gustavo Vivo expresó: “Para defender estos derechos estamos proponiendo un paso adelante, a través de la consagración de una amplia legitimación para accionar en su defensa. Así, hemos establecido que esta acción podrá ser ejercida por cualquier habitante o por las entidades que estén vinculadas a la defensa de esos intereses difusos... Seguramente habrá quienes se asusten y se preocupen, probablemente de buena fe, con la “industria del juicio” a la que puede dar lugar la instauración de la llamada acción popular que legitima a cualquier habitante para accionar en defensa

de los intereses difusos. Sin embargo, no existe esa “industria del juicio”; la experiencia lo demuestra en aquellas provincias en las que se ha consagrado este instituto, como por ejemplo Córdoba, La Rioja, San Luis, San Juan, Tierra del Fuego, Río Negro y Neuquén. Es decir, la experiencia recogida en las provincias argentinas testimonia nuestra afirmación”.

El convencional Brailovsky, al tratar el amparo colectivo señaló: “Acepta y garantiza las acciones de amparo vinculadas con los intereses difusos es permitir que cualquier ciudadano defienda judicialmente el interés social sin necesidad de demostrar estar afectado en forma personal”.

Zaffaroni agregó: “En cuanto al tercer párrafo, me parece también suficientemente generoso porque consagra virtualmente, a diferencia de la Constitución Nacional –el convencional Brailovsky decía correctamente que es un texto hartamente lavado–, algo cercano a la acción popular”.²⁶

El Máximo Tribunal local, sin embargo, coincide con la Corte Suprema. En el caso “Epszteyn”,²⁷ los actores habían obtenido una medida cautelar que suspendía el llamado a una licitación pública realizada por AUSA en el marco de una acción donde se solicitaba su nulidad. El Tribunal Superior rechazó la medida cautelar, anuló todo lo actuado y dispuso el archivo de la causa, expresando que: “El menoscabo del principio de legalidad invocado como eje central del planteo de los actores reviste una generalidad tal que impide considerar que el acto que pretenden impugnar pueda irrogarles, como ciudadanos o como legisladores, un perjuicio directo o inmediato respecto de alguna situación jurídica protegida por el ordenamiento capaz de configurar un caso”.

En el caso “Teso”²⁸ los actores solicitaban la declaración de nulidad de los actos administrativos que autorizaban las tareas de remoción de los adoquines en el casco histórico del barrio de San Telmo.

La medida cautelar dictada en primera instancia y confirmada por la Sala II CAyT, fue revocada por el Tribunal Superior. En lo que aquí interesa, el voto del Juez Lozano destacó que los actores no tienen legitimación para cuestionar la validez de los actos administrativos dictados

en el marco de la licitación pública en cuestión, pero sí están legitimados para obrar en protección del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad. Al respecto ordenó suspender el pleito hasta que se adoptara un mecanismo de difusión lo suficientemente amplio que permitiera la participación en el pleito de todas las personas que se estimen con derecho a hacerlo, principalmente los vecinos del barrio de San Telmo.

Se advierte con los casos reseñados que las aristas son diversas, y con frecuencia los tribunales no coinciden en la apreciación del alcance colectivo del derecho invocado. Los derechos esgrimidos entrelazan su apreciación con las normas impugnadas, lo que deriva, en algunos casos, en el desconocimiento de la legitimación, por entender que no existe un “caso” judicial y que por lo tanto, resulta vedado al Poder Judicial la intromisión en las facultades de la Administración so pena de contravenir el artículo 106 de la Constitución local.

El caso particular de la legitimación del Ministerio Público Tutelar

El artículo 53 de la ley 1903 establece –en lo que aquí interesa– que son funciones de los Asesores de las respectivas instancias:

- 1) Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público Tutelar en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen y
- 2) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad, de los/las incapaces o inhabilitados/as, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as.

El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 103 establece la posibilidad de intervención complementaria o principal del Ministerio Público en el ámbito judicial.

A su turno, el artículo 17 referido a la competencia, establece que corresponde al Ministerio Público -en general- :

- “1) Intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público.
- 2) Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad...
- 6) Velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales...
- 9) Promover o intervenir en causas concernientes a la protección de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados y sus bienes y requerir todas las medidas conducentes a tales propósitos, de conformidad con las leyes respectivas, cuando carecieren de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieran a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos...”

Existen numerosas causas promovidas en el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario que tuvieron como fin la mejora edilicia de hospitales, de paradores, la promoción de una política pública tendiente a asistir a personas menores de edad que consumen paco, la construcción de establecimientos educativos²⁹, etc. En todos ellos se reconoció legitimación al Asesor Tutelar y se dictaron sentencias que aún hoy se encuentran en etapa de ejecución. Fueron litigios estructurales en algunos casos, con múltiples prestaciones diversas referidas a las temáticas particulares de cada objeto procesal.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia al revocar una sentencia de la Sala I CAyT, rechazó

una demanda promovida por el Asesor Tutelar. Allí se solicitaba garantizar la internación en una unidad de terapia intensiva pediátrica de los pacientes que así lo requirieran, así como diseñar y ejecutar un plan de prevención y atención de los casos de bronquilitis previo al brote de la enfermedad en época invernal.

El voto del juez Lozano expresó que “...para que el Asesor Tutelar pueda iniciar una acción judicial en representación de las personas menores de edad y de los incapaces debe demostrar que aquellos no tienen representación legal o que carecen de asistencia, o bien un interés público que predomine sobre el derecho que tuviere el representante del menor o incapaz y cuya promoción le esté atribuida al asesor tutelar... El modo genérico como se propone la representación de un grupo indeterminado de niños, niñas y adolescentes, invocando la defensa de derechos colectivos, no resulta suficiente, sino que es necesario traer un reclamo concreto que mínimamente corresponda a los miembros de la clase cuya representación invoca”.³⁰

En igual sentido se han expedido las Salas I y II de la Cámara CAyT, con remisión al expediente referido.³¹

El nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 103 establece la posibilidad de intervención complementaria o principal del Ministerio Público en el ámbito judicial.

La complementaria se da cuando se “encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida”. La principal se da -en lo que aquí interesa- cuando los derechos de los representados se encuentran comprometidos y existe inacción de los representantes, o cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

El último párrafo menciona: “*En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales*”.

Una cuestión que resulta interesante indagar es qué ocurre con los derechos de incidencia colectiva, por ejemplo: en los casos de protección del ambiente, del patrimonio histórico o cultural, o los derechos de usuarios y consumidores. ¿Se puede pensar que los menores e incapaces no tienen derechos colectivos, o que al no encontrarse afectados “directamente” sus derechos, puede negarse la intervención del Asesor Tutelar?

Entendemos que los tribunales deberán interpretar esta nueva norma. La intervención complementaria del Asesor Tutelar debería ser especialmente considerada, porque los menores, personas incapaces y con capacidad restringida gozan de los mismos derechos colectivos que los mayores de edad, y el Código Civil establece que la falta de intervención de ese magistrado causa la nulidad relativa del acto.

Con relación a la intervención principal, también requiere una reflexión. El Código Civil establece que procede ante la inacción de sus representantes legales. Si se piensa que ello apunta a la protección de los derechos individuales solamente, entonces debemos pensar que se están negando los derechos colectivos a las personas menores e incapaces. O, en otro sentido, que sus derechos colectivos sólo se resumen a los derechos económicos, sociales y culturales, para los cuales el Ministerio Público sólo tiene permitida la actuación extrajudicial, sin poder luego, ante la negativa o silencio de la Administración, accionar judicialmente.

Sin soslayar la vigencia reciente del Código Civil, aún con anterioridad no parece haber sido requerida la intervención complementaria por parte de los Asesores Tutelares. Tampoco los tribunales han remitido en vista las causas con miras a ella.

En lo sucesivo, habrá que ver cuál es la interpretación que se efectúa del texto legal y qué actuación requieren los magistrados del Ministerio Público al respecto.

La conducción del proceso colectivo: directivas de la Corte y desolación de los jueces de primera instancia. ¿Qué hacer?

Ya vimos que en “*Halabi*” la Corte señala que debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación que, constituye una mora del legislador, insiste en que la disposición constitucional es claramente operativa, y es obligación de los jueces darle eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para su vigencia efectiva.³²

Luego de “*Halabi*”, en “*PADEC c/Swiss Medical*”³³ la Corte admitió la legitimación de la actora y admitió inclusive la vía ordinaria para el debate colectivo. Ordenó al juez identificar en forma precisa el colectivo involucrado, supervisar la idoneidad del representante del colectivo y controlar que se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para la notificación de las personas interesadas, e implementar medidas de publicidad para evitar la multiplicidad de procesos.

En el caso “*Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión*”³⁴ la Corte, al advertir un incremento de causas colectivas y el riesgo de sentencias contradictorias, decidió crear un Registro de Acciones Colectivas donde se inscriban todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país. Anticipó que la creación se haría mediante Acordada, que finalmente se dictó el 1 de octubre de 2014. Allí se crea el Registro Público de Procesos Colectivos que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión de la Corte.³⁵

Una cuestión que resulta interesante indagar es qué ocurre con los derechos de incidencia colectiva, por ejemplo: en los casos de protección del ambiente, del patrimonio histórico o cultural, o los derechos de usuarios y consumidores. ¿Se puede pensar que los menores e incapaces no tienen derechos colectivos, o que al no encontrarse afectados “directamente” sus derechos, puede negarse la intervención del Asesor Tutelar?

Con posterioridad, en “*Consumidores Financieros c/Prudencia*”³⁶ la Corte, luego de remitirse a “*Halabi*” ha dicho que la ausencia de norma no puede dejar sin protección derechos fundamentales.

La Corte Suprema reitera que la admisión de acciones colectivas requiere verificar:

- a) una causa fáctica común,
- b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y
- c) la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda judicial.

La causa “*Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses*”³⁷ resulta novedosa porque fue iniciada por 25 actores y con posterioridad se sumaron 2641 personas más, que reclamaban agua potable. El juez los admitió y ordenó a la demandada el informe respectivo con relación a cada uno.

La Corte dijo allí que el proceso judicial no puede ser un “juego de sorpresas” que desconozca el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas. Los jueces provinciales no pudieron integrar de manera intempestiva y sorpresiva a un número exorbitante de actores al amparo colectivo. Debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el proceso alcanzaran a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente

en la causa, lo que desvirtúa estas acciones. Los obstáculos formales no pueden impedir la satisfacción del derecho colectivo involucrado y los jueces deben garantizarlo.

En “*García José c/PEN s/amparo*”³⁸ la Corte Suprema si bien no admitió el recurso de salto de instancia planteado, advirtió la multiplicidad de causas iniciadas por la misma acción e hizo saber a los magistrados de todo el país que debían inscribir el proceso como colectivo y adoptar las medidas necesarias para evitar que la multiplicidad de procesos redundara en un dispendio innecesario de recursos materiales o humanos o sentencias contradictorias.

Las causas mencionadas demuestran la preocupación del Alto Tribunal por la unificación de estos procesos en un solo juzgador, con el fin de evitar la multiplicación de expedientes, el dictado de sentencias contradictorias y la existencia de personas afectadas que resulten excluidas de la protección constitucional. Para eso, exhorta a los jueces a adoptar todas aquellas medidas que resulten conducentes para la dirección de la causa.

Nuestra ley de amparo contenía en su artículo 27 las disposiciones relativas al amparo colectivo. Allí se ordenaba la inscripción de la acción en un registro de amparos colectivos, que se creaba al efecto, con el fin de que informara en el plazo de un día sobre la existencia de otras acciones de objeto equivalente, **o que estuvieran referidas al mismo derecho o interés colectivo o que alcanzaran en forma total o parcial al mismo colectivo. A su vez ordenaba la**

citación por diez días mediante edictos a todos aquellos que de acuerdo al derecho sustancial hubiesen estado legitimados para demandar o ser demandados en el amparo, para que tomaran la intervención que les correspondiera como litisconsorte de la parte principal y con sus mismas facultades procesales.³⁹

Dicho artículo fue vetado porque la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires dictaminó en sentido contrario a su sanción, al entender que el tribunal competente no debería dictar medidas cautelares sin el informe previo del Registro Público de Amparos Colectivos, y porque su redacción podría vulnerar la disposición del artículo 113 inciso 2 de la CCABA que reserva esta acción en abstracto para el Tribunal Superior de Justicia⁴⁰.

El juez de primera instancia dicta la primera resolución y ejecuta la última.

Es precisamente en la primera instancia donde deben fijarse las pautas necesarias para el trámite de la causa y para la ejecución de la sentencia firme, ya que la conducción del proceso colectivo en todas sus etapas suele aparejar cuestiones complejas.

El artículo 8 de la ley 2145 que regula los requisitos de la demanda, establece **“En caso de amparo colectivo, además de los requisitos anteriores, se debe identificar al grupo o colectivo afectado”**.

¿Sobre quién recae este deber? Tal como está redactada la norma pareciera ser que es el propio actor quien debe identificar al grupo. No pareciera ofrecer demasiada dificultad esta identificación en términos generales.

Sin embargo, entendemos que la norma apunta a la identificación del colectivo con miras a su notificación o al conocimiento de la existencia de la causa y sus posibles consecuencias por parte de las personas afectadas.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario local, dictó el Acuerdo N° 5, de fecha 30/11/2005, mediante el cual creó en el ámbito de la Secretaría General el Registro de Amparos Colectivos, entendiendo por tales todos aquellos donde se debatan derechos o intereses colectivos como así también los dirigidos contra actos u omisiones susceptibles

de afectar el derechos de varias personas, o bien cuando la legitimación activa se funde en lo dispuesto por el artículo 14 segundo párrafo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Dentro de las 24 horas de recibido un amparo colectivo, el juez debe comunicar a la Secretaría General los datos del expediente (nombre de las partes y letrados, fecha y hora de asignación) y el objeto de la pretensión. Si del Registro resulta que con anterioridad se radicó un proceso donde se ventilan cuestiones análogas, lo hará saber sin demoras al magistrado oficiante, a los fines que correspondan.

No puede soslayarse que la posible presentación de numerosas personas en el expediente podría dificultar la tramitación, restar celeridad al amparo y complejizar en demasía el curso procesal de las actuaciones.

Para ello, la aplicación supletoria de las normas del Código Contencioso Administrativo y Tributario prevista en el artículo 28 de la ley de amparo, permite a los jueces -en cumplimiento del artículo 27, inciso 5 ap. e)- lograr la mayor celeridad procesal mediante la unificación de personería prevista en el artículo 48 del CCAyT, a los fines de que un representante único continúe el impulso del proceso.

Recientemente, en la causa *“Barbaro, Néstor Omar y otros c/GCBA s/amparo”*⁴¹ el juez de primera instancia ordenó hacer saber la existencia, objeto y estado procesal de la causa, donde se pretendía que el Gobierno de la Ciudad realizara la evaluación del impacto ambiental en el barrio de Liniers Norte, en la zona que tiene relación con la circulación y guarda de vehículos de transporte urbano automotor. Ordenó a quienes tuvieran un interés jurídico relevante en integrar el frente actor o demandado y, en particular a los vecinos de la zona, que en el plazo de treinta días se presentaran con el fin de manifestar lo que por derecho corresponda, bajo apercibimiento de continuar con el juicio según su estado.

A tal fin, puso en cabeza del Gobierno el deber de comunicar lo anterior a través de su publicación en el sitio web oficial del GCBA mediante un *banner* destacado u otro medio similar por el plazo de treinta días. Por otra parte ordenó la publicación de edictos en el Boletín Oficial y libró oficio a la Autoridad Federal de Servicios de

De modo que en las causas colectivas, ante un caso de desistimiento, debería ser el Ministerio Público Fiscal quien continuara la acción, ya que dentro de sus competencias se encuentra la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Comunicación Audiovisual (AFSCA) con el fin de que se publiquen edictos por el plazo de cinco días. Requirió especialmente su transmisión a través de la televisión abierta, canales de aire, señales de noticias nacionales y radio.

Creemos auspiciosa la medida adoptada por el magistrado, ya que establece plazos y pautas claras de intervención de las personas interesadas en el pleito.

La cuestión de la comunicación podría resolverse con una adecuada publicidad efectuada en la página web del Consejo de la Magistratura y del Gobierno de la Ciudad, quienes deberían, por otra parte, dar difusión al sitio informático, con el fin de que la ciudadanía tome conocimiento de la existencia de causas colectivas, de su objeto, y del juzgado donde se encuentra radicado.

Modos anormales de terminación del proceso

La pregunta que motiva este tópico es si resulta disponible la acción colectiva, de modo de habilitar un modo anormal de culminación del proceso.

Gil Domínguez se expide en sentido negativo. De lo contrario, considera que -por ejemplo- ante el desistimiento debería ser procesalmente posible que otro sujeto legitimado pudiese continuarla.⁴²

En el caso “*García Elorrio, Javier c/GCBA y otros s/amparo*”⁴³ el juez rechazó el desistimiento de la acción y del derecho realizado por el actor, y admitió la solicitud de intervención efectuada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia como tercero, luego de

que la sentencia favorable de primera instancia fuera confirmada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones.

Allí el magistrado señaló: “... [E]n la medida en que el actor ha accionado en defensa de un derecho que no es sólo suyo, sino que también compete al resto de los ciudadanos y ciudadanas de Buenos Aires, en modo alguno puede desistir de un derecho que comparte con un colectivo, beneficiario de los efectos de las sentencias de fondo que se han dictado en autos... la puesta en marcha de un procedimiento como el denominado “presupuesto participativo” resulta una cuestión de “interés general”, en virtud no sólo de su obligatoriedad constitucional sino, sobre todo, en cuanto constituye un instrumento para la materialización o ejercicio de otros derechos fundamentales ... se trata de un elemental postulado jurídico que impide disponer de lo ajeno y que encuentra incluso correlato en la normativa penal”.

La cuestión que se plantea con posterioridad a esto es qué ocurre cuando el juez rechazó el desistimiento, pero el actor se niega en la práctica a continuar con el trámite de la causa. Si aún no se dictó sentencia, se planteará el interrogante de qué hacer frente a un planteo de caducidad de instancia formulado por la contraria, o, si el propio juzgado puede decretarla de oficio ante la inacción del requirente.

Sabido es que en los casos de caducidad de instancia, el proceso puede iniciarse nuevamente por parte del mismo actor o cualquier otro que integre el colectivo involucrado.

Sin embargo, consideramos que la solución debe ser otra.

Si volvemos a la ley orgánica del Ministerio Público N° 1903, el artículo 17, como vimos, establece que corresponde al Ministerio Público -en general- intervenir en todos los asuntos en los que se hallaren involucrados el interés de la sociedad y el orden público, promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad y velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales, entre otras funciones.

De modo que en las causas colectivas, ante un caso de desistimiento, debería ser el Ministerio Público Fiscal quien continuara la acción, ya que dentro de sus competencias se encuentra la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Sostiene Martín Ocampo que *“... al Ministerio Público Fiscal le es dado intervenir para que en ejercicio de la imparcialidad que le es propia, actúe en el proceso judicial en pos de señalar cuál es el interés general que debe primar en el caso. Cuestión sobre el cual deberá expedirse el juez al resolver finalmente la cuestión”*.

Y continúa: *“el interés social o interés general a ser resguardado por el Ministerio Público Fiscal en causas en las que intervenga la Administración, deberá estar destinado a resguardar aquello que no es disponible por los individuos ni por el propio Estado y cuya protección concierne a todos, pero que el constituyente ha colocado en cabeza del órgano Ministerio Público”*.⁴⁴

El vetado artículo 27 de la ley de amparo establecía que cualquiera fuera el legitimado que promoviera un amparo colectivo, para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción debía correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, quien tenía el deber de expedirse respecto de la adecuada consideración de los intereses generales de la sociedad.

Agregaba que la sentencia homologatoria requeriría de auto fundado y sería apelable y que el acuerdo dejaría a salvo a los particulares afectados quienes podrían apartarse de la solución general adoptada para el caso e iniciar las acciones individuales que correspondieran.

La solución de la norma parecía clara y justa, consonante con la Constitución y la ley del Ministerio Público.

Si los derechos colectivos no son disponibles, cualquier modo de terminación del proceso debe interpretarse con carácter restrictivo, asegurar una adecuada intervención del Ministerio Público en pos de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, y dejar siempre a salvo la posibilidad de que los particulares afectados por esa decisión puedan promover acciones en defensa de sus derechos.

En un caso reciente resuelto en primera instancia donde se debatía la legitimidad de una disposición de la Dirección General de Interpretación Urbanística que autorizaba una obra en construcción, el juez actuante hizo lugar a la acción, declaró la nulidad de la disposición, y ordenó a la Administración que determinara la modalidad en que se readecuaría el proyecto de la obra impugnada, a efectos de dar debido cumplimiento a la totalidad de las normas legales vigentes.

Lo curioso del caso fue que el juez advirtió que la obra, al momento de dictar sentencia, se encontraba en un estado de avance contrario a lo dispuesto en las normas legales e instó a la Administración a determinar el modo de readecuación.

Por otro lado, no reconoció como hábiles para impedir su decisión, las tratativas existentes entre el Consorcio de Propietarios lindero y el fideicomiso demandado relativas al reconocimiento de la medianería y su indemnización.

A tal fin, consideró que *“... el planeamiento urbano es un bien público indisponible por los particulares, y la administración se halla obligada a la observancia irrestricta de esas normas en función del principio de juridicidad”*.⁴⁵

Conclusiones

La Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad establecen un abanico de derechos colectivos que no se agotan en la enunciación de sus textos.

Los fallos posteriores a sus respectivos dictados demuestran, sin dudas, el reconocimiento que

Si los derechos colectivos no son disponibles, cualquier modo de terminación del proceso debe interpretarse con carácter restrictivo, asegurar una adecuada intervención del Ministerio Público en pos de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, y dejar siempre a salvo la posibilidad de que los particulares afectados por esa decisión puedan promover acciones en defensa de sus derechos.

se ha hecho de las cuestiones colectivas y de cómo ellas modificaron la realidad de su tiempo.

Queda mucho camino por recorrer, no sólo porque el mundo complejo en que vivimos plantea nuevos desafíos a la Administración y a los tribunales, sino porque quienes trabajamos con la cosa pública, desde nuestros respectivos roles estamos llamados a atender la directiva constitucional de estos derechos.

La inexistencia de leyes regulatorias de su trámite no debe impedir su satisfacción, siendo consientes de que la tutela judicial efectiva adopta matices diferentes a la de los derechos individuales.

No se trata de suplir a la Administración ni contravenir el artículo 106 de la Constitución local. Se trata de dar carnadura a los derechos, de pensar en la satisfacción colectiva de la que todos los habitantes gozamos cuando algo mejora en el colectivo involucrado.

Poderes políticos, Poder judicial, Ministerio Público, organizaciones no gubernamentales, sociedades intermedias, ciudadanos afectados, todos ocupamos un lugar decisivo en la gesta del cambio.

Cito por fin, a Ralph Waldo Emerson (1803-1882), escritor, poeta y filósofo estadounidense quien decía: *“Reír a menudo y mucho; ganar el respeto de gente inteligente y el cariño de los niños, conseguir el aprecio de críticos honestos y aguantar la traición de falsos amigos, apreciar la belleza, encontrar lo mejor en los*

demás, dejar el mundo un poco mejor, sea con un niño saludable, una huerta o una condición social redimida, saber que por lo menos una vida ha respirado mejor porque tú has vivido. Eso es tener éxito”.

Dejemos el mundo un poco mejor.

Notas

1. Ese era el lema de mi madre, María Batch, a cuya memoria dedico este trabajo.
2. Jueza de Primera Instancia en lo CAyT de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo del Juzgado N° 9. Catedrática Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Especialista en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante, España).
3. Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2, a cargo del Dr. Oscar Garzón Funes, “Kattan, Alberto y otros c/Estado Nacional”, de fecha 10/05/1983. La sentencia hizo lugar a la acción y declaró nulas dos resoluciones que autorizaban la captura y exportación de diversos ejemplares de toninas overas.
4. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo”, de fecha 7/07/1992. La Corte reconoció el derecho a réplica del actor y condenó al demandado a dar lectura a una carta documento que le remitiera por haber agraviado su sentimiento religioso.
5. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “Labatón, Ester Adriana c/ Estado Nacional”, de fecha 25/09/1996. La sentencia ordenó al Estado Nacional a ejecutar las obras necesarias para la remoción de las barreras arquitectónicas en los edificios de tribunales. La actora era abogada, y padecía una enfermedad que la obligaba a trasladarse en silla de ruedas. Constató la inexistencia de rampas en los edificios que impedían su derecho a trabajar y a transitar libremente.
6. CSJN, “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, de fecha 3/05/2005. La Corte ordenó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las

- instancias el cese de toda eventual situación de agravamiento de la detención de personas que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. Asimismo exhortó, entre otras cosas, a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.
7. CSJN, "Badaro Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios", de fecha 8/08/2006. La Corte ordenó al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación que en un plazo razonable adopten las medidas necesarias para disponer un ajuste de la movilidad jubilatoria.
 8. CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)", de fecha 8/07/2008. Allí se ordenó a la autoridad de la cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) el cumplimiento del programa de obras para el saneamiento. A su vez se dispuso que el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires eran igualmente responsables en modo concurrente de la ejecución de dicho programa. Resulta muy interesante un punto del decisorio, donde la Corte decide "habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente" y encomienda al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de esa participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en condición de terceros interesados.
 9. Gil Domínguez, Andrés, Escritos sobre Neoconstitucionalismo, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 269 y ss.
 10. Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia Colectiva, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 75.
 11. En la versión taquigráfica de la Convención Constituyente del día 13/09/1996 se debatió acerca de la incorporación de un párrafo que decía: "El amparo puede ejercerse por terceros cuando se verifiquen los presupuestos para su procedencia y el afectado se vea impedido de ejercerlo." El texto fue excluido porque se pensó que podía dar lugar a interpretaciones arbitrarias. Ver opinión del convencional Arenas.
 12. El convencional Enrique Rodríguez en la sesión del 13/09/1996 propuso agregar el trabajo y la seguridad social, con el fin de que los sindicatos pudieran en algún caso actuar colectivamente en función del tema del trabajo.
 13. Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, Las acciones colectivas, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 168.
 14. CSJN, de fecha 01/06/2000, publicado en Fallos: 323:1339; L.L. 2001-B, 126.
 15. CSJN, de fecha 18/12/2003, publicado en Fallos: 326:4931.
 16. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, de fecha 02/06/1998, publicado en La Ley 1998-F, 102.
 17. Cámara de Apelaciones CAyT, CABA, Sala I, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/Amparo", de fecha 19/03/2008. El caso terminó con un acuerdo homologado el 15 febrero de 2011 por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.
 18. "Iglesias, José Antonio y otros c/GCBA s/Amparo". La sentencia de primera instancia fue dictada por el Dr. Fernando Juan Lima, entonces titular del Juzgado de Primera Instancia CAyT N° 11, el día 17/07/2006, y fue confirmada por la Sala II integrada por los Dres. Daniele, Russo y Centanaro el 20/09/2006.
 19. Cámara de Apelaciones CAyT, CABA, Sala I, de fecha 23/12/2008.
 20. Ambos expedientes promovidos por el Dr. Gustavo Moreno, entonces Asesor Tutelar de Primera Instancia, se encuentran en trámite de ejecución ante el Juzgado CAyT N° 9. La sentencia recaída en la causa del Hospital Borda fue confirmada por la Sala II de la Cámara CAyT con fecha 08/11/2011 y la causa del Hospital Alvear fue confirmada por la Sala I CAyT con fecha 25/06/2007.
 21. Trionfetti, Víctor Rodolfo, Tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos, en Procesos colectivos, Eduardo Oteiza, coordinador. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pag. 156 y ss.
 22. Tribunal Superior de Justicia CABA, de fecha 06/03/2015, voto del Dr. Luis Lozano. Allí se debatía el uso de las pistolas eléctricas Taser X 26 por parte de la Policía Metropolitana. Las sentencias de primera instancia y de la Sala II de la Cámara de Apelaciones habían concedido legitimación al actor, en atención a que se invocaba el derecho a la vida y a la salud como derechos de incidencia colectiva. El Tribunal revocó el fallo de segunda instancia y rechazó la demanda.
 23. CSJN, "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional - ley 26.124 (DECI 495/06 s/ amparo ley 16.986", de fecha 03/08/2010. La acción perseguía la declaración de inconstitucionalidad del artículo 11 de la ley 26.124 y de la Decisión Administrativa 495/2006, dictada en su consecuencia, por ser violatorias del principio de legalidad e importar una delegación legislativa realizada en manifiesta contradicción con lo previsto en los artículos 19, 28 y 75, inciso 8, de la Constitución Nacional. La Corte dejó firme el rechazo de la acción efectuado en las instancias anteriores al rechazar el recurso extraordinario federal.
 24. Tribunal Superior de Justicia CABA, "GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Brunel, Raúl Marcelo y otros c/GCBA s/ Amparo", de fecha 17/12/2014.
 25. El voto conjunto de los jueces Centanaro y Daniele había afirmado, entre otras cuestiones, que "Se advierte así de los términos literales de la norma [art. 14, CCBA], que la legitimación, cuando se debaten cuestiones relativas a derechos que inciden colectivamente (como, por ejemplo, los derechos derivados de la organización de la ciudad de Buenos Aires como 'democracia participativa'), se otorga a 'cualquier habitante', no exigiendo —en consecuencia— más que esa condición..."
 26. Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, Novena Reunión, Séptima Sesión Ordinaria del día 13/09/1996.
 27. Tribunal Superior de Justicia, CABA, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Epszteyn, Eduardo Ezequiel y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales en Epszteyn Eduardo Ezequiel y otros c/GCBA s/ amparo", de fecha 30/03/2011.
 28. Tribunal Superior de Justicia, CABA, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Teso, Oscar Emilio y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales", de fecha 11/09/2014.
 29. Ver Asesoría Tutelar N° 1 c/GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA), Exptes EXP 17091 ya mencionado, referido al Hospital Neuropsiquiátrico Alvear, EXP 24708, referido al Hospital Borda, EXP 41205, referido a las condiciones edilicias y al dictado de un protocolo de actuación en el Parador Costanera Sur, EXP 23262 referido al establecimiento de lugares de internación y de tratamiento para menores que consumen paco, todos ellos en trámite ante el Juzgado CAyT N° 9; y EXP 899, en trámite ante el Juzgado CAyT N° 10, cuya sentencia fue confirmada por la Sala I CAyT el 01/06/2001 y está referida a la construcción de un establecimiento educativo, entre muchos otros ya mencionados anteriormente en este trabajo.
 30. Tribunal Superior de Justicia, CABA, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Asesoría Tutelar CAyT N° 2 c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA), de fecha 19/12/2013.
 31. Cámara de Apelaciones CAyT, Sala I, "Cáceres Mariela y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales" EXP 41272, de fecha 27/06/2014 y Sala II, "Asesoría Tutelar N° 1 c/GCBA s/ Amparo" A 2284-2014, de fecha 02/10/2014.

32. CSJN, "Halabi", ya mencionado, con cita de Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492.
33. CSJN, "PADEC c/Swiss Medical s/nulidad de cláusulas contractuales", de fecha 21/08/2013.
34. CSJN, "Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión s/amparo", de fecha 23/09/2014.
35. Invita a los tribunales superiores de justicia de las provincias y de la CABA a celebrar convenios con la Corte. Se inscriben todos los procesos colectivos, tanto los referidos a bienes colectivos, como aquellos que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos, en los términos de "Halabi", cualquiera sea la vía procesal por la cual tramiten, juicio ordinario, amparo, hábeas corpus o hábeas data u otros. Establece la obligación de proporcionar la información de que se trata por parte del tribunal de radicación de la causa, tras haber dictado la resolución que declara formalmente admisible la acción colectiva, identifica en forma precisa el colectivo involucrado, reconoce la idoneidad del presentante y establece el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio. La comunicación se hace por vía electrónica.
36. CSJN, "Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Prudencia Cía Arg. de Seguros Generales s/ordinario, de fecha 27/11/2014. El objeto consistía en el pedido de declaración de nulidad de diversas cláusulas del contrato de seguro automotor, y el pago de una indemnización a los damnificados.
37. CSJN, "Kersich, Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. s/amparo", de fecha 2/12/2014.
38. CSJN, "García, José c/PEN s/amparo", de fecha 10/03/2015. El objeto consistía en la impugnación de diversas resoluciones de la Secretaría de Energía.
39. Dichos edictos debían publicarse en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires y anunciarse por el órgano de difusión radial y televisiva de propiedad de la Ciudad, por el término de tres días. Además, la información debía publicarse en la página web del Gobierno y del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Excepcionalmente y cuando las circunstancias así lo ameritaran, el/la Juez/a mediante auto fundado podía disponer la publicación de edictos en un diario de amplia circulación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.
40. Decreto N° 2018/06, de fecha 30/11/2006, publicado en el Boletín Oficial de la CABA N° 2580 del 5/12/2006.
41. Juzgado de Primera Instancia CAyT N° 15, a cargo del Dr. Víctor Rodolfo Trionfetti, "Barbaro Néstor Omar y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", EXP 39405, de fecha 17/07/2015.
42. Gil Domínguez, Andres, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 222 y 223.
43. Juzgado de Primera Instancia CAyT N° 13, a cargo del Dr. Guillermo Scheibler, "García Elorrio, Javier María c/GCBA y otros s/Amparo", Expte. EXP 35421, de fecha 18/06/2015. Allí se discutía la puesta en marcha del proceso de presupuesto participativo.
44. Ocampo, Martín, Ministerio Público Fiscal, La defensa de los intereses generales de la sociedad. Obligaciones y desafíos, publicado en Pensar Jusbaire, año II, número 4, junio de 2015, pág. 32. No obstante ello, en la causa "Asociación Amigos Alto Palermo c/GCBA s/Amparo", EXP 41544, donde se debatían derechos de incidencia colectiva de naturaleza urbanística, el Fiscal de primera instancia, frente al desistimiento planteado por la entidad actora, se expidió en sentido favorable, sin mención alguna de la posible legalidad en juego y el interés público que habría podido existir en la cuestión. Frente a ello, se hizo lugar al desistimiento de la acción y del derecho el día 11/06/2015.
45. Juzgado de Primera Instancia CAyT N° 10, a cargo del Dr. Aurelio Ammirato, "Hernández, Olga Pilar y otros c/GCBA s/ Amparo", Expte EXP 44718/0, de fecha 23/06/2015.



GROOMING: NUEVA MODALIDAD DELICTIVA PARA CAPTAR A MENORES

La fiscal a cargo del Equipo Especializado en Delitos Informáticos expone, analiza, previene y opina sobre un fenómeno que está ocurriendo y amenaza a los niños, niñas e incluso adolescentes.

DANIELA DUPUY

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de Internet aporta numerosas ventajas para todos incluyendo a los delincuentes, ya que Internet les ha dado la posibilidad de llevar a cabo acciones delictivas a distancia utilizando identidades supuestas y técnicas de navegación anónima con el objetivo de dificultar su identificación.

De esta forma han aparecido nuevas modalidades delictivas que merecen un tratamiento especial, ya sea desde la adaptación de la legislación de fondo para tipificar estas acciones y permitir una armónica adecuación de los hechos y prueba a un tipo penal concreto y expresamente previsto por la ley, así como también brindar un abordaje desde la prevención a través de la creación de políticas públicas que tiendan a concientizar a la comunidad, en especial a los adolescentes, a sus padres y docentes, acerca de los riesgos y las consecuencias que implican un acceso ilimitado y poco cuidado a las redes sociales.

Claro está que ello de ninguna manera implica cercenar a los menores la utilización de Internet y su interacción en las redes sociales, sino educar, formar, informar sobre su uso adecuado y consciente para evitar ser víctimas de conductas delictivas que dejan huella.

II. ¿QUÉ ES EL GROOMING O CIBER-ACOSO?

Son las conductas que consisten en el acoso o seducción de un adulto a un menor de edad, en muchos casos haciéndose pasar por un menor, con el fin de obtener algún tipo de gratificación sexual, o imágenes sexuales del menor, o bien, como antesala de un posible encuentro personal con la víctima en aras de abusar de él.

“Grooming” proviene del vocablo “*groom*”: preparación o acicalamiento de algo. Acción que tiene por objeto minar o socavar moral o psicológicamente a un niño con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual.

Algunos sostienen que no se trata de un nuevo delito sino de una forma evolucionada de cometer una conducta preexistente; una técnica actualizada con la que los pedófilos tratan de contactar a sus potenciales víctimas.

UNICEF, elaboró un informe¹ en el que se refiere al *grooming*, definiéndolo así:

“La captación de niños en línea es el proceso por el cual un individuo, por medio de Internet, trata de ganarse la amistad de un menor de edad con fines sexuales, a veces mediante webcam, que permite compartir la explotación sexual entre las redes de



delincuentes sexuales, y a veces llega incluso a reunirse con el menor para perpetrar el abuso sexual”.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso Sexual, del 25 de octubre de 2007, tomó en cuenta esta grave situación e instó a las partes del acuerdo a tomar las medidas legislativas correspondientes.

III. ETAPAS DE LA CONDUCTA

Del análisis de las investigaciones que llevamos a cabo en el ámbito de la Fiscalía Especializada surge la existencia de un patrón de conducta – coincidente en la mayoría de los casos– de los autores, que se desprende del contenido de las conversaciones vía chat o e-mail que mantienen groomer/víctima, y se divide en cuatro etapas bien diferenciadas:

- **PRIMERA ETAPA:** El adulto crea un perfil falso en una red social o sitio de internet donde pueda presentarse como una persona menor de edad, de manera de romper cualquier barrera de desconfianza que pudiera tener el menor.
- **SEGUNDA ETAPA:** Se inicia un proceso de seducción y de acercamiento a la víctima, en el cual el adulto se interesa por información

clave del menor e investiga sobre sus intereses personales, gustos, preferencias. En algunos casos accede a redes sociales donde la víctima participa y así obtiene más información.

- **TERCERA ETAPA:** Aumenta el acercamiento hacia el menor mediante conversaciones vía chat, diálogos eróticos, realización de actos sexuales, como pedirle al menor que le muestre su cuerpo desnudo frente a la cámara web; o se realice tocamientos o se masturbe, para luego enviarle al autor las fotos y/o videos; ya sea para satisfacer los deseos libidinosos del groomer, o bien, para que éste introduzca ese material una red de pedofilia
- **CUARTA ETAPA:** Hay casos en los que el autor procura un encuentro personal con la víctima, o bien, la extorsiona o amenaza con el objeto de continuar obteniendo las imágenes sexuales o concretar el encuentro.

IV. LEY DE GROOMING

El 13 de noviembre de 2013 el Senado de la Nación Argentina aprobó la ley de *Grooming* y la norma quedó redactada de la siguiente manera:

“Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

La redacción del tipo penal en estudio fue pasible de diversas y certeras críticas.² Algunas de ellas son: a) En relación a la pena, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, toda vez que tiene la misma sanción que los delitos de lesión consumados y que afectan el mismo bien jurídico (ej: art.119, 1er.párrafo); b) En relación al sujeto pasivo la ley hace una simple referencia a “persona menor de edad”, sin hacerse cargo de la sistémica consagrada a partir de la figura del art. 119: menor de 13 años o de 13 a 16 años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación; c) En relación al sujeto activo no se aclara que deba ser mayor de edad, por lo que podría ser autor de grooming un joven de 16 años que trata de contactar a alguien de su misma edad; d) En relación a la oficialidad de la acción pues, mientras que en los delitos más graves contra la integridad sexual es la víctima quien decide si habilita el ejercicio de la acción penal, en el grooming queda fuera de su ámbito de decisión; d) no se enmarca adecuadamente al exigir el “mero contacto” y completarlo con un elemento subjetivo de difícil determinación.

Si bien es cierto que a los efectos de posibilitar una correcta subsunción de hecho y prueba en cada uno de los elementos objetivos del tipo penal, la propuesta de la Cámara de Diputados era más sólida, sistemática, coherente y armónica, lo cierto es que hoy nos encontramos ante la posibilidad de brindar una respuesta a ciertas conductas que, previo a la sanción de la ley, devenían atípicas; toda vez que, no era posible encuadrar el accionar en estudio en la difusión o producción de pornografía infantil –art.128CP– pues cuando la doctrina define “producir” se refiere al que hace, a quien organiza la empresa, pone los recursos, elige las personas, toma las fotografías de menores; pero descarta que en esa redacción ingresen las acciones de ciberacoso, que significa contactar a un menor a través de redes para obtener fotos enviadas por el propio menor.

Asimismo tampoco estamos frente a un caso de corrupción de menores toda vez que la doctrina y jurisprudencia lo considera como un delito de lesión, consistente en actos sexuales efectuados sobre el cuerpo del menor, o ejecutados por el niño sobre el cuerpo de otro, o bien actos sexuales del autor o de un tercero a cuya ejecución se hace asistir al menor.

Si bien el tipo penal señalado podría implicar un adelanto de la punición a actos previos de delitos más graves, considero que sería en aras de una mayor eficacia en su persecución y como medida de prevención o mecanismo para intentar evitar que se cometan concretamente hechos más gravosos.

V. COMPETENCIA

Fallo de Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. Sala II³

Es la Sala II de la Cámara de Apelaciones local quien efectúa, por primera vez, un claro y acertado análisis sobre la competencia del delito de GROOMING –art.131 CP–. La Cámara señala motivos claves que determinan que la justicia local es competente para entender en el delito de grooming.

En primer término realiza un paralelismo entre el art. 128 y 131 del Código Penal en cuanto a la pena que prevé cada uno de ellos, resultando las mismas idénticas –de 6 meses a 4 años de prisión–. Así, sostiene la alzada que al poseer igual escala penal y resultar subsumibles los hechos que se investigan, el criterio a aplicar es aquel que sostiene que debe intervenir el órgano jurisdiccional que previno, es decir la Justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.⁴

Considero acertada dicha decisión toda vez que es común que de las investigaciones de pornografía infantil deriven conductas de grooming y viceversa, resultando coherente y práctico que sea la justicia local quien deba investigar la totalidad de los hechos.

Otro de los fundamentos expuestos retoma la teoría que sostiene el Tribunal Superior de Justicia local, en cuanto a que corresponde a la Justicia de la Ciudad la competencia y el juzgamiento de los nuevos delitos de competencia

penal ordinaria que sean creados con posterioridad a la ley 24.588– BO 30/11/1995.⁵

En este ámbito de discusión se tuvo en miras la letra del artículo 129 de la Constitución Nacional que anuncia expresamente facultades jurisdiccionales y legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo, descartando todo paralelismo con el resto de las provincias en cuanto a que toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado.

La mayoría de los integrantes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad se expidió en favor de la competencia local respecto de aquellos delitos creados con posterioridad a la ley 24.588⁶. En el marco de dicha discusión sostuvieron que más allá de los esfuerzos que se realizaron para avanzar en un ordenado traspaso de competencias, no resulta necesaria una autorización para asumir o tomar lo que a la ciudad le corresponde por imperio de la carta magna.

En esta línea de pensamiento, analizando el art. 8 de la ley 24.588 que establece que *“La justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación”*, los integrantes del TSJ afirman que sólo se promulgó que paulatinamente podían celebrarse acuerdos para transferir competencias que hayan sido propias de la Justicia Nacional, pero no aquellas que nunca tuvo o pensaba tener.

Es decir lo que se garantizó es que se “mantendría” un estado actual de cosas, que se “conservarían” las competencias que se tenían en aquel momento, resultando improcedente sostener que la norma implica un interés federal ilimitado puesto que para que dicho precepto legal opere como un límite a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad deberían estar en juego delitos que comprometan algún interés federal o aquellos otros delitos cuyo juzgamiento se reservó mediante esa norma, tal como opera respecto del resto de las provincias.

Otro antecedente mencionado por la cámara en el fallo bajo análisis fue aquel resolutorio de la CSJN en el caso *“Zanni”* del 4/5/2010, dictado con posterioridad al fallo enunciado anteriormente, donde se remitió al dictamen del Sr. Procurador Fiscal de la Nación, quien entendió que en esta especie de causas debía entender la Justicia Nacional “los nuevos tipos penales

que, eventualmente se sancionen en el futuro, a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa, para integrar la jurisdicción local” (dictamen en competencia n° 83 XLV, del 6/8/2009).

Con relación a ello, otro antecedente que retoma el fallo de la Cámara es aquel donde los integrantes del TSJ⁷ señalaron que *“no surge del dictamen mencionado (el emitido por el Procurador Fiscal de la Nación al que se remitió la CSJN en el precedente Zanni) que hayan sido discutidas allí las razones que llevaron a este Tribunal, ante un planteo de esa especie, a resolver a favor de la competencia local”*.

Continuó enfatizando que *“El art.129 de la CN reconoce a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires facultades jurisdiccionales propias, por lo que, como principio, no hay razones para sostener que se precisa ningún acuerdo o autorización para asumir o toma lo que le corresponde a su Poder Judicial por imperio de la Constitución Nacional”*.

Se aclaró que el criterio que se fija “no implica que los órganos de la Ciudad tendrán a cargo la investigación y el juzgamiento de conductas ya descriptas como delito con anterioridad a la ley n° 24.588, cuya tipificación o consecuencia jurídica sea objeto de alguna modificación. La modificación o reformulación de tipos penales que preveían sanción con anterioridad a la ley n°24.588 no los transforma en “nuevos delitos” y, por ende en aquellos casos en que se introduce una modificación a un tipo penal regulado con anterioridad a la ley n° 24.588 y que no haya sido objeto de algún convenio de transferencia se encontraría abarcada por la competencia que esa norma nacional manda a mantener en cabeza de la justicia nacional con asiento en la Ciudad de Buenos Aires”.

*En consecuencia, vale destacar que la mentada fundamentación que evocan los integrantes del TSJ en “Neves Canepa” no fue descalificada por la CSJN.*⁸

VI. PREVENCIÓN

Es fundamental que existan instituciones, organizaciones y políticas públicas que aúnen y coordinen sus esfuerzos para concientizar, educar, informar y formar a menores de edad,

padres y maestros, a fin de prevenir la comisión de estos comportamientos.

Aquí van algunas consideraciones al respecto:

- 1) Hoy día no podemos impedir a nuestros hijos que utilicen Internet pues es indiscutible su utilidad. Pero sí debe existir una supervisión paterna del uso adecuado de la tecnología informática y de comunicación.
- 2) Educar a los menores para que no lleguen ni a la primera fase del ciber-acoso.
- 3) Los padres deben controlar la seguridad de los equipos informáticos aplicando filtros que impidan acceder a contenidos inadecuados.
- 4) Estar alerta ante cualquier cambio repentino e inexplicable en el comportamiento de los hijos.
- 5) Tener especial cuidado en el uso de las redes sociales ya que los ciber-acosadores frecuentan este tipo de servicios en búsqueda de una potencial víctima.
- 6) Los menores deben ser cuidadosos con los datos personales que introducen en la red.
- 7) Realizar un uso responsable y seguro de la computadora, y utilizar la webcam únicamente con personas de máxima confianza.
- 8) Comunicar a los padres cualquier situación de riesgo en la que se vean inmersos.

Notas

1. El Centro de Investigación Innocenti de la UNICEF publicó en Diciembre de 2011, un informe titulado Retos y Estrategias Mundiales
2. Observaciones formuladas por los Diputados Manuel Garrido, Paula Bertol al Dictámen de las Comisiones de Legislación Penal y Familia, Mujer Niñez y Adolescencia (OD 2164) que aconseja aprobar el proyecto en revisión del Senado. Expte. N° 149-S-2011, que modifica el Código Penal en materia de Delitos contra la Integridad Sexual de las personas menores de edad.
3. Causa n 10145-CC/15 P.F s/ art. 128 CP. Sala II. Conformada por los Dres. Marcelo Vazquez, Silvina Manes
4. Causas n°5896-00-CC/2013 "Nieto, Victor del Valle s/ inf.art (s) 183y 149 bisCP-Apelación", rta. el 17/09/13; n° 12487-00-CC/13 "Nocera, Diego Calos s/inf. Art. 149 bis par. 1 CP" – Apelación, rta. el 2/12/13.
5. Caso "Di Cesar, Fernando Luis s/ inf. Art. 153 bis CP", n° 7938/00/10 del 12/4/2012, entre otros del registro de la Sala

- 9) Charlas de concientización en los colegios para informar a los alumnos los riesgos en la utilización de las nuevas tecnologías y cómo prevenirlos.

Es de destacar la importante campaña mediática puesta en marcha por la Fiscalía General de la CABA para combatir el ciber-acoso sexual y el grooming, colocando a disposición de la comunidad la posibilidad de denunciar estas conductas para ser investigadas por las Fiscalías Especializadas en Delitos Informáticos de la CABA, y brindando asistencia y asesoramiento para prevenir estos ataques en las redes informáticas a menores.⁹

VII. CONCLUSIÓN

La lucha contra el ciber-acoso debe realizarse, en primer lugar, desde una vertiente preventiva porque es fundamental que los menores, padres y profesores estén informados acerca de los riesgos y consecuencias que implica efectuar un mal uso de Internet.

La tipificación de la conducta en nuestro Código Penal, sumado a las áreas especializadas de investigadores, complementan las herramientas disponibles para luchar contra quienes cometen estos hechos aberrantes, siendo necesarios la capacitación y entrenamiento de todos los operadores del sistema para abordar la problemática y dar con las evidencias que permitan concluir una investigación eficiente y exitosa.

- l y " Romero, Leandro Sergio s/inf. Art. 193 bis, conducción riesgosa en prueba de velocidad o de destreza c/ vehículo autom. s/autorización legal-CP", n° 29535-00-00/08 del 22/05/2009; "Gonzalez, Esteban Carlos s/arts. 54 y 55 CC", n° 2651-00-00/14 del 4/12/2014, entre otras de registro de la Sala III).
6. Caso n° 6397/09 "Ministerio Público-Fiscalía de Cámara con Competencia e lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1-s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos NN s/ inf. Art. 00 – presunta comisión de un delito–"
7. "Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Neve Canepa, Alfaro Gustavo y Orono, Franco Ariel s/inf. Art. 193 bis del CP" Expte. N° 7312/10 del 14/4/2010
8. CSJN, N.65.XLVII, "Neves Canepa", sentencia del 27/09/11.
9. CUIDALOS del ciber-acoso sexual –grooming