

Contenido

pensarJUSBAIRES

AÑO IV. Nº 13 | SEP. 2017

EDITORIAL3

ALICIA PIERINI

OPINIÓN

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES y
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL5

WALTER HORACIO FERNANDEZ

CLASE MAGISTRAL

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESPACIO PÚBLICO14

GRACIELA E. CHRISTE

OPINIÓN

CUANDO LAS FORMAS IMPORTAN..... 25

FABIANA H. SCHAFRIK DE NUÑEZ

OPINIÓN

APUNTES SOBRE LA LLAMADA TRANSFERENCIA
DE LA JUSTICIA NACIONAL ORDINARIA A LA CIUDAD 33

LUIS ESTEBAN DUACASTELLA ARBIZU

INFORME

ONU, ESTADO, EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS42

INFORME

CARTA SOCIAL DE LAS AMÉRICAS PARA ERRADICAR
EL HAMBRE Y LA POBREZA50

REVISTA

pensarJUSBAIRES

AÑO IV. Nº 13 | SEP. 2017

DIRECTORA

Dra. Alicia Pierini

COMITÉ ASESOR

Dr. Horacio Corti

Dra. Marta Paz

Dr. Gustavo Ferreyra

CORRECTORA

Nancy Sosa

DISEÑO Y PRODUCCIÓN

Editorial JusBaires

Diag. Julio A. Roca 530

www.editorial.jusbaires.gob.ar

Pensar JusBaires

Bolívar 177, 1º 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 5313087

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



Foto en tapa y contratapa: La casa de los pavos reales (1912) Arq. Virginio Colombo. Rivadavia 3220 CABA.



EDITORIAL

DRA. ALICIA PIERINI DIRECTORA DE PENSARJUSBAIRES

pensarJUSBAIRES, desde su primer número, ha tomado los principios, valores, normas y jurisprudencia sobre DDHH para presentar a nuestros lectores la síntesis de los mejores fallos e informes, junto a los textos de análisis, estudios y opiniones que nuestros jueces, fiscales, defensores o directores de programas escriben generosamente para **pensarJUSBAIRES**.



Se evidencia en ellos una nueva generación, formada en democracia, que nos muestra en cada texto, y en cada encuentro, talento y vocación de construir un sistema jurídico y judicial cada día mejor. La Ciudad Autónoma que soñamos en la Constituyente de 1996 está en plena marcha y continua producción.

La etapa actual incluye el traspaso de fueros, la creación de nuevas modalidades procesales, la atención directa sobre los reclamos de justicia

de la sociedad. Se percibe la actualización constante porque el derecho está vivo y crece y todos queremos que crezca hacia el buen camino de la equidad, razonabilidad y honestidad.

En esta edición nro. 13 de **pensarJUSBAIRES** entregamos cuatro valiosos trabajos jurídicos, y dos Informes: el de ONU “Principios Rectores para el Estado y las Empresas sobre Derechos Humanos” y el de OEA “Plan de Acción para la erradicación del hambre y la pobreza”.

Y en esta página editorial hemos querido agregar los principales párrafos de la Solicitada “DEFENDER EL TRASPASO ES RESPETAR LA CONSTITUCIÓN” publicada en abril con la firma de todos los Consejeros. Es también un homenaje a la memoria de quien presidía el Consejo: Dr. Enzo Pagani.

“...Nos toca ser protagonistas de la evolución institucional de nuestra ciudad y eso nos llena de entusiasmo y responsabilidad.

“La Constitución Nacional, la Constitución de esta Ciudad y los recientes fallos de la Corte Suprema, no dejan lugar a dudas respecto a que la facultad jurisdiccional ordinaria, corresponde a este Poder Judicial.

(...)

“Es sabido que quienes ingresaron a la Justicia Nacional luego de la reforma de 1994, aceptaron que en el futuro serían transferidos a la Justicia local, ya que prestaron juramento por el conjunto de normas allí vigentes, entre ellas el art.129 de la CN.

“La autonomía de la Ciudad, es un valor esencial que debe ser respetado y tutelado, para garantizar que todos sus habitantes tengan los mismos derechos que quienes habitan las restantes provincias de nuestro país...

(...)

“El Poder Judicial de la Ciudad está en constante actualización y crecimiento, acompañando la evolución de la sociedad, en la búsqueda de alcanzar las mejores herramientas, no solo para resolver los conflictos en el menor tiempo posible, sino además para garantizar mecanismos de prevención a los fines de disminuir la conflictividad social.

(...)

“...estamos dispuestos a escuchar, a mejorar y a construir entre todos; es nuestro compromiso con la ley y los ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires.

“Firman: Dr. Enzo Pagani, Dra. Marcela Basterra, Dra. Lidia Lago, Dr. Alejandro Fernández, Dr. Marcelo Vázquez, Dr. Darío Reynoso, Dra. Vanesa Ferrazzuolo, Dr. Javier Roncero, Dr. Juan Pablo Godoy Vélez.

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES y MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

POR WALTER HORACIO FERNANDEZ*

El autor analiza desde la óptica constitucional, los alcances del Acceso a la Justicia, las funciones específicas del Ministerio Público Fiscal de la CABA y el rol de los jueces y los fiscales.



I.- Acceso a la Justicia

I.- Para la Teoría de la Constitución –en lo que aquí interesa– la democracia consiste en una interacción social entre iguales donde los conflictos se dirimen por medio de la argumentación racional. Para ello se apoya en un instrumento esencial, el [Acceso a la Justicia](#).

Aquí yace el fundamento por el que se debe garantizar la seguridad jurídica. Ello conlleva – como presupuesto– el funcionamiento regular del sistema jurídico de un país, con especial referencia al respeto y efectividad de los derechos y garantías fundamentales.

* Walter Horacio Fernández – C.V. Fiscal de Cámara del Fuero P.C y F.. Abogado (U.B.A.). Becario Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Secretario General de la Asociación Argentina de Fiscales. Docente Universitario : UBA – UADE – UMSA- UB - Escuela y Academia de la Policía Federal Argentina y Prefectura Naval . Autor de libros y numerosas publicaciones d su especialidad

En definitiva, se concibe al **Derecho como elemento esencial para la coexistencia pacífica**.¹

La seguridad jurídica es –entonces– un valor democrático para todos los habitantes, que forma el contenido nuclear de la Regla de Acceso a la Justicia constituyendo –ésta– un estándar mínimo de DDHH.²

La Constitución Nacional, desde su Preámbulo, busca afianzar la justicia. Se destacan en ella dos artículos: el 14, donde consagra el derecho de petición, que en su faz judicial se configura como el Derecho a la Acción³ y; el 18, que establece la inviolable defensa en juicio de la persona y los derechos,⁴ dentro del postulado del debido proceso legal.

La CSJN⁵ sostiene: *“La garantía del art. 18 de la Constitución Nacional ampara a toda persona a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, sea que actúe como querellante o acusado, actor o demandado, pues no se justifica un tratamiento distinto a quien postula el reconocimiento de un derecho, así fuere el de obtener la imposición de una pena y quien se opone a ello (...). La garantía constitucional de la defensa en juicio asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, ya se trate de procedimiento civil o criminal”*. Asimismo, agregó que **contribuye a la seguridad jurídica, que las causas se resuelvan en un plazo razonable y que no se prolonguen indefinidamente**.⁶

En definitiva, el **Acceso a la Justicia se encuentra materializado en la garantía constitucional de peticionar a las autoridades del art. 14 de la CN como Derecho a la Acción**,⁷ que tanto la CIDH como la CSJN le atribuyen el carácter de un **Derecho Humano**.⁸

Al igual que la Constitución Nacional, la Constitución CABA establece reglas de garantías constitucionales y del acceso a la justicia. Determina la división de poderes y establece regulaciones acerca de los jueces y fiscales.

En este orden de ideas, la Constitución local, la ley 1903 y el Código Procesal Penal de la

ciudad, imponen mandatos de acción constitucional, tanto a los otros poderes como a los jueces y al Ministerio Público Fiscal Penal, Contravencional y de Faltas:

Así, los demás poderes deben *“dotar al Poder Judicial de los recursos necesarios para garantizar el acceso a la justicia y la resolución de los conflictos en tiempo razonable y a un costo que no implique privación de justicia”* (art. 108).

Hay que recordar que desde el Preámbulo de la CCBA se alude a *“... promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos Humanos”*.

Por su parte, en el art. 10 la CCABA recepta las garantías de la CN y de los pactos incorporados en virtud del art. 75, inc. 22, dándoles carácter directamente operativo, ya que dispone que *“las garantías y derechos allí consagrados no puedan ser limitados o negados por ausencia de reglamentación”*.⁹

Se puede afirmar que el primer mandato de la CCABA refiere que **la Justicia de la CABA debe garantizar la Seguridad Jurídica y el Acceso a la Justicia**.

Ahora bien, ¿qué se entiende por **Acceso a la Justicia**?

“El acceso de la justicia, entonces, puede ser considerado desde tres aspectos diferenciados aunque complementarios entre sí: el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo”.¹⁰

En definitiva, el Acceso a la Justicia se encuentra materializado en la garantía constitucional de peticionar a las autoridades del art. 14 de la CN como Derecho a la Acción,⁷ que tanto la CIDH como la CSJN le atribuyen el carácter de un Derecho Humano.⁸

La CCABA diseña la morfología del debido proceso con los principios de **imparcialidad** e **inmediatez** que son inmanentes de la **regla de oralidad**, trazando los rasgos esenciales del **sistema acusatorio** en el art. 13, inc. 3.

En la arquitectura del triángulo equilátero del proceso acusatorio,¹¹ el órgano Juez¹² aparece como el eje pivotante del procedimiento frente a las partes –acusación y defensa– en un pie de igualdad. Ella denota una cualidad distintiva de la estructura judicial del debido proceso local. Las leyes procesales penales, contravencionales y de faltas se encuentran en consonancia con el concepto antes delineado.

Retomando, esa interacción social pacífica y esencial para el sistema democrático –conforme la CCABA– estructura el marco operativo del MP donde **la misión del MPF consiste en garantizar que el litigio judicial se realice respetando la igualdad jurídica de las partes.** A tal fin, deberá utilizar las herramientas del sistema acusatorio, de modo que se otorgue la tutela judicial efectiva a cada una de ellas, consistente en el ejercicio sustancial de sus derechos y la realización de los mismos en tiempo útil.

II. Legalidad e Interés Social

La descripción de los aspectos orgánicos del diseño de la estructura procesal no es suficiente para satisfacer este principio de acceso a la justicia.

La CCBA (arts. 124/5) selecciona un gestor y garante del sistema, para ello crea el Ministerio Público Fiscal autónomo.

En el esquema de organización judicial argentino el MPF aparece constitucionalizado a partir de la Constitución Nacional de 1994.

Adquiere vital trascendencia **averiguar el alcance de la frase “Intereses generales de la sociedad” a fin de elucidar el rol del M. P. Fiscal.**

A tal fin, es relevante traer la opinión del miembro informante de la mayoría de la Convención Constituyente del año 1994¹³ relativo al Ministerio Público, y muy especialmente la del diputado constituyente Jorge DE LA RUA, por cuanto su proyecto fue la base del dictamen de mayoría:

“MASNATTA: el Ministerio Público no es un ente servicial del Poder Ejecutivo, sino que le toca ejercer discrecionalmente la acción penal y velar por el principio de legalidad y por la recta administración de justicia.

En primer lugar, como lo dice el dictamen en consideración, se debe promover la actuación de la Justicia. Es decir, se trata de un órgano destinado a asegurar la permanencia del servicio de justicia. Además, debe defender la legalidad y, lo que es muy importante, los intereses generales de la sociedad. A este respecto, aunque el dictamen en consideración lo ha omitido, quiero hacer referencia al importante debate que tuvo lugar en la Comisión, donde existió consenso sobre cuáles serían los extremos de esta función. Así por ejemplo, se

ha indicado que debería tutelar la ética pública y atacar las manifestaciones delictivas que ponen en entredicho la credibilidad del sistema democrático –la Constitución colombiana lo hace con claridad–, como por ejemplo todas las actividades que como el lavado de dinero, el tráfico de drogas, la simulación fiscal y los procesos de licitación cuestionables, producen en el cuerpo social un descrédito o demérito con respecto al valor de la justicia y a la eficacia de su funcionamiento...

Jorge DE LA RUA: *El servicio de justicia en nuestros tiempos no se satisface simplemente con la existencia de jueces independientes. No basta la relación ciudadano-juez, porque la complejidad de intereses, la calidad de sociales o colectivos de muchos de ellos y el desamparo de muchos ciudadanos para el acceso a la justicia, requieren de otro poder que genere la función de dinamizar, incitar o promover ante los jueces la actividad judicial.*

De todos modos, como órgano extrapoder o como órgano del Poder Judicial, la esencia del Ministerio Público reside fundamentalmente en su independencia.

El sistema propuesto en el dictamen en consideración fija el gran objetivo del Ministerio Público, que es la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Este es el gran objetivo de un ministerio que va a cubrir roles de defensa de la legalidad y de acción pública para la protección de intereses sociales y de sectores sociales desamparados. Por eso se diseña en una forma bicéfala, con un Ministerio Público fiscal que custodia la acción penal pública y los intereses colectivos, y un Ministerio Público pupilar que tiene por objeto la protección de los sectores desprotegidos de la sociedad.

II. El Ministerio Público, tal como se propone en el despacho de la mayoría, tiene por objeto promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. En este marco, corresponderá al Ministerio Público velar por el cumplimiento de la ley, no

sólo por los particulares, sino también por los propios poderes y órganos del Estado (legalidad); y defender aquellos intereses que, por trascender el mero interés particular y ser compartidos por un número apreciable de personas en la sociedad, o para compensar solidariamente situaciones individuales de asistencia ante la justicia, se conceptualizan como generales.

En este contexto, la protección de los intereses sociales que el despacho de la mayoría asigna al Ministerio Público, le posibilitará cooperar en el control de eficiencia de la prestación del servicio de justicia.

Doctrinariamente, pocos autores han abordado específicamente la cuestión del alcance de esos intereses. Sin embargo –a mi parecer– es Cafferata¹⁴ el más claro: “el interés que defiende el Ministerio Público Fiscal es el “general de la sociedad” sólo, principalmente o también porque es el de cada uno de sus integrantes (v. gr., como ninguno quiere que le roben, la protección de la propiedad es interés de todos), nunca podrá dejar de lado un perfil funcional de agente público al servicio del ciudadano que vea afectado su derecho o interés concreto por la comisión de un delito, que si bien ha confiado al Estado la tutela de éste, no lo ha renunciado a su favor. El aceptar esta última posición determinará que en el proceso penal, el Ministerio Público Fiscal se piense “del lado” de la víctima (que en realidad lo sea, por cierto), tanto ayudándola cuando ésta se constituya en querellante, como cuando la víctima no quiera o tenga dificultades para asumir esa condición, cumpliendo también un rol de representante de ella, sea que haya sido perjudicada en su condición de persona individual (v. gr., delitos contra la integridad corporal, libertad, etcétera), sea que lo haya sido en su condición de ciudadano integrante de la sociedad (v. gr., delitos contra la salud pública, administración pública, etcétera)”.

En esta materia, también son claras las definiciones de Ministerio Público de Chile.

“El acceso de la justicia, entonces, puede ser considerado desde tres aspectos diferenciados aunque complementarios entre sí: el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo”.¹⁰

Él aborda, como un elemento que envuelve considerable dificultad interpretativa, “la apreciación del *compromiso grave del interés público*,¹⁵ concepto subjetivo y un tanto ambiguo. Intentando acercarnos a elementos de juicio sobre el compromiso del interés público, conviene recordar que la norma en comento está tomada de la Ordenanza Procesal Penal Alemana y del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Dicha Ordenanza “contempla este principio con un triple objetivo, ofrecer una solución de índole procesal al problema del control de la criminalidad de bagatela; procurar un aceleramiento de la marcha de la administración de justicia; e intentar evitar en delitos de dicha entidad el efecto desocializante que suele ir unido al cumplimiento de una pena. Se perseguía de este modo, la descriminalización y la diversificación, como medios necesarios para concebir una persecución efectiva en el ámbito de la restante criminalidad”.¹⁶

En Alemania, las Directrices Judiciales correspondientes a 1977,¹⁷ todavía vigentes, señalan que “existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudicada por encima del “círculo vital” del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad. Los autores añaden que sólo pueden ser circunstancias a tener en cuenta para valorar la existencia de interés público, aquéllas que sirvan asimismo para determinar la finalidad de la pena (o de la persecución penal). De hecho existe práctica unanimidad en la doctrina en cuanto a que el interés público en la persecución penal debe apreciarse según todas las consideraciones de prevención general y especial, que determinan la finalidad de dicha persecución, así como debe venir informado igualmente por aquellos elementos ponderativos”.¹⁸

Por otra parte, señala Ocampo,¹⁹ refiriéndose a la actividad del MPF en cualquier fuero, que “el

interés general no es simplemente el interés de la mayoría, ni la suma de los intereses individuales, sino aquel que, contemplando los intereses individuales, concilia éstos con los de la comunidad”.

En virtud de ello, 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”.*

“El/la Fiscal debe hacerse partícipe en el proceso, fiscalizando su debido desenvolvimiento y extremando aún más su participación cuando se encuentren involucrados intereses que exceden los planteos de las partes”.

Entonces es dirimente conceptualizar debidamente la frase: *“procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social”* profundizando el análisis de su noción.

Explica J. DE LA RUA²⁰ que encuentra fundamento en diferenciar al antiguo abogado del rey, de las actuales funciones de abogado de la sociedad.

Al MPF le toca representar a la sociedad en la correcta aplicación de la ley en el proceso judicial. No representa a ningún poder del estado sino a todos sus habitantes.

Ahora bien, el *Interés de la Sociedad* dentro del proceso penal no aparece nítidamente delineado.

La Constitución Nacional y la local declaran las garantías, establecen la estructura del proceso y su finalidad pero no definen dicho concepto. Tampoco lo encontramos en la ley 1903.

El CPPCABA determina el deber de objetividad (art. 5), el deber de gestionar el conflicto (art. 91) y la facultad de oponerse a la suspensión del juicio a prueba (art. 205), pero carece de una directiva específica.

Por tanto, es una tarea de interpretación la que permitirá acercarnos a tal concepto.

Como primera aproximación, si bien entiendo que el interés social refiere –genéricamente– al proceso como regla de acceso a la Tutela Judicial Efectiva, lo central es que el *Interés de la Sociedad* está especialmente diseñado como una directriz constitucional, proyectada directa y específicamente a la gestión del “caso” y su problemática.

Explica Alvarado Velloso²¹ que, cuando las personas se enfrentan en defensa de sus intereses –sin poder solucionarlos amigablemente– generan un conflicto. Esto es un **dato sociológico** que, ingresado al proceso judicial se lo denomina conflicto jurídico o, siendo más precisos: predicado ante el juez se lo nombra **litigio jurídico**.

Tal como señalaron MASNATTA y Jorge DE LA RÚA, el Ministerio Público Fiscal tiene discrecionalidad para el cumplimiento de sus misiones constitucionales y legales.

En este sentido, al instituir el MP –tanto como órgano extrapoder o con independencia funcional– otorgándole el monopolio de la acción penal en representación de la sociedad, creó una nueva categoría de magistrados, el MPF, de igual naturaleza que los jueces.

Esta nueva institución constitucional –así estructurada– desplaza funciones que antes ejercían los jueces.

Ahora al MPF le corresponden el acceso a la justicia y la custodia del debido proceso; queda, en cabeza de los jueces, la función primordial de preservar la vigencia del estado de inocencia del imputado, controlando estrictamente el avance sobre sus derechos constitucionales, de modo imparcial.

Ambas tareas del MPF si bien doctrinariamente –se pueden resumir– como control de legalidad, trascienden la simple actividad formal de vigilancia legal del MPF como se lo conoció tradicionalmente, ya que se le asigna un rol comprometido con la aplicación eficiente de los

“El/la Fiscal debe hacerse partícipe en el proceso, fiscalizando su debido desenvolvimiento y extremando aún más su participación cuando se encuentren involucrados intereses que exceden los planteos de las partes”.

recursos judiciales para que el conflicto del caso sea resuelto en tiempo útil.

Ahora bien, cuando la CN y la CCABA aluden al término Interés de la Sociedad, entiendo que no se están refiriendo a un concepto normativo-constitucional, sino que –conforme Alvarado Velloso– efectúan un abordaje sociológico de esta cuestión.

Ahora bien, ¿por qué el art. 91 utiliza el vocablo CONFLICTO y no el de LITIGIO? Nótese que –si bien quien dirime en el Litigio Jurídico siempre es el Juez–, el CPPCABA faculta al fiscal a solucionar el conflicto (art. 91; 199: h y 204) antes de presentar el litigio jurisdiccionalmente (art.206).

Aquí la médula del problema:

El Fiscal debe ponderar la defensa del interés de la sociedad individualmente en cada caso con base a consideraciones vinculadas a la aplicación en concreto de la ley penal, haciendo uso de la discrecionalidad procesal para resolver la contienda aun sin darle “Estado Judicial”.

En este sentido, el interés social como dimensión sociológica implica –en principio– la defensa de ese sentimiento general de justicia de la comunidad²² como contracara de la moneda del acceso a la justicia.

Consiste en la realización del valor justicia entendido como un sistema que restablezca la igualdad de los sujetos con el fin de dirimir el conflicto.

Específicamente, la regla de acceso a la justicia en tiempo razonable autoriza al Fiscal a tratar

el caso como una desavenencia entre personas y obtener la solución al conflicto, previo a judicializarlo.

Tamaño facultad de aplicación discrecional de la acción penal no puede ejercerse de modo absoluto o arbitrario en un estado constitucional democrático. Es más; se encuentra limitada por la estructura constitucional y legal que prevé a modo de un sistema de frenos y contrapesos el mismo límite al Min. Público Fiscal.

Este régimen se puede separar en controles externos, de carácter eminentemente político y controles internos vinculados a la unidad de actuación y dependencia jerárquica relacionada con la política criminal del Fiscal General.

Los límites externos empiezan con el nombramiento del Fiscal General bajo la forma denominada “Designación Política” por parte de la Legislatura, por un período de 7 años –no reelegible– y que rinde cuentas ante la misma. La responsabilidad política se manifiesta de dos modos: uno, el “clásico” con la asignación de recursos la MPF en el presupuesto anual y el otro, bajo el régimen de control de los Criterios Generales de Actuación por parte de la legislatura.

Es de destacar que los Criterios Generales de Actuación son *actos institucionales de gobierno del Ministerio Público Fiscal, orientados a fines político-criminales establecidos en la CCABA, donde se define el accionar del Ministerio Público Fiscal para un período de tiempo determinado en orden a la forma de resolver los conflictos con la ley penal.*

Ahora bien, los CGA anuales implican que su contenido señala que los objetivos a cumplir por la Fiscalía Gral. para ese período, con sustento en valoraciones de política criminal representa el marco operativo de gestión para todos los fiscales. Cartabón al que por el *principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica*²³ deben someter su actuación todos los integrantes del MPF conforme las prescripciones de las leyes 1903 y 2303.

En este sentido, los límites internos consisten en disponer que los fiscales no puedan apartarse del Reglamento Funcional dictado por la Fiscalía General ni de las decisiones de política criminal adoptadas por el FG en base a los CGA, aunque pueden dejar a salvo su criterio.

Sólo dentro de este esquema de trabajo podrán usar la herramienta de la discrecionalidad a fin de conseguir la ejecución de la Política Criminal contenida en los Criterios Generales de Actuación en cada caso particular.

III. Síntesis

Es claro –entonces– que el marco de discrecionalidad de la acción del fiscal se encuentra acotado a la política criminal del Fiscal Genral en los términos descriptos.

El Fiscal, al velar por el cumplimiento de la ley, persigue siempre las conductas ilícitas de las personas y de los poderes y órganos del Estado, para defender aquellos intereses que trascienden el mero interés particular y son compartidos por un número apreciable de individuos en la sociedad, compensando solidariamente situaciones individuales de acceso a la justicia.

Específicamente la función de los fiscales –en el proceso penal– implica por un lado, resolver el conflicto con la ley penal derivado de cualquier interacción social, conforme los criterios de política criminal fijados por la FG, con base en la herramienta procesal de Discrecionalidad de la Acción, para lograr la realización del valor justicia dentro de un sistema que preserve o restablezca la igualdad de los sujetos con el fin de dirimir el conflicto.

Notas

1. - LAS "REGLAS DE BRASILIA" "SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN IBEROMAMERICA, ED. 1. SEGURIDAD JURÍDICA, INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL Por: Juan Martínez Moya. Fundación CEDDET. 2009.
2. - Víctor Manuel Rodríguez Rescia, *EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.*; pág. 4 Actualmente, no es difícil constatar que el papel pasivo que desarrollan las víctimas de un delito dentro del proceso penal, además de impedirle el ejercicio de derecho de petición (artículo 25 de la Convención Americana), constituye una suerte de "victimización secundaria" que le depara perjuicios adicionales a los sufridos como consecuencia del delito y que el debido proceso tiene, ante todo, dimensiones programáticas, no por esto menos vinculantes jurídicamente, que exigen la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia, que no es, más que una consecuencia del monopolio del poder asumido por el Estado y la más importante manifestación del derecho de petición, que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra en el artículo 25.
3. - Entendida esta como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una Pretensión" FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Eduardo J. COUTURE. Depalma. 1974. Pág. 57 y sig.
4. - ADOLFO ALVARADO VELLOSO. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL. Primera parte. RUBINZAL - CULZONI EDITORES; pág., 21. De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada ya se puede afirmar que la razón de ser del proceso es la erradicación toda fuerza ilegítima en una sociedad dada. No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley, en tanto que otras amplían notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, evitando que los particulares hagan justicia por mano propia. ADOLFO ALVARADO VELLOSO. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL. Primera parte. RUBINZAL - CULZONI EDITORES; pág., 21.
5. - En Otto WALD (268:266)
6. - CSJN, MATTEI, Angel. (272: 188).
7. - Como se verá más adelante se trata de un concepto normativo en cuanto a remoción de barreras y prácticas jurídicas que impiden el ejercicio sustancial derechos. No debemos caer en el reduccionismo de considerar que es un contenido de este concepto, la remoción de barreras socio-económicas de exclusión social que corresponde a otros poderes del estado.
8. - CIDH Caso Bulacio c Argentina. Considerando 38: d y 115. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso a modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos.
9. - Ver el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Sólo dentro de este esquema de trabajo podrán usar la herramienta de la discrecionalidad a fin de conseguir la ejecución de la Política Criminal contenida en los Criterios Generales de Actuación en cada caso particular.

Hombre; el artículo 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 5 y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

10. - El Acceso A La Justicia Como Un Derecho Humano Fundamental: Retos Y Oportunidades Para Mejorar El Ejercicio De Los Derechos De Las Mujeres. Haydee Birgin y Natalia Gherardi. Abogadas, Presidenta y Directora Ejecutiva de ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género). Artículo publicado en: Etchegoyen, Aldo (Coord.). (2008) Mujer y Acceso a la justicia. Buenos Aires: El Mono Armado. 1era edición.

11. - Luigi FERRAJOLI. DERECHO Y RAZON, Pág. 579. *“La separación del juez de la acusación, requerida por nuestro axioma A8 y ahora indicada como primera garantía orgánica, supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, y el tercero súper partes: el acusador, el defensor y el juez. Esta estructura triádica constituye, como se ha visto, la primera señal de identidad del proceso acusatorio. Y es indispensable para que se garantice la ajenidad del juez a los dos intereses contrapuestos –el de la tutela frente a los delitos, representado por la acusación, y el de la tutela frente a los castigos arbitrarios, representado por la defensa– que además corresponden a los dos fines, perfectamente compatibles en abstracto pero siempre conflictivos en concreto, que, como se ha visto, justifican el derecho penal. *Las partes que están en controversia acerca de un derecho», escribió Hobbes, «deben someterse al arbitraje de una tercera persona»”*

12. - Ver CSJN CASAL Voto Dr. MAQUEDA *En este sentido, la imparcialidad es una cualidad del debido proceso predicada respecto del Juez y que debe estar presente al momento de relacionarse con cualquiera de las partes. Se trata de una garantía objetiva que se desprende del art. 18 de la CN, se complementa con el art 8, inc. 1 de la CIDH en función del art 77 inc. 22 de la CN en concierto con los arts. 10, 13, inc. 3 y 119 de la CABA. Concluyentemente la imparcialidad es una obligación constitucional impuesta a todos los jueces.*

13. - CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. 34ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación). 19 de agosto de 1994; pág. 4585 y sgts.

14. - CAFFERATA NORES JOSÉ I. - MONTERO JORGE - VÉLEZ VÍCTOR M.-FERRER CARLOS F. - NOVILLO CORVALÁN MARCELO - BALCARCE FABIÁN - HAIRABEDIÁN MAXIMILIANO- FRASCAROLI MARÍA SUSANA - AROCENA, GUSTAVO A. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL; pág. 568 y sgts.

15. - Fiscalía Nacional. Instructivo General N° 35, imparte criterios de actuación e instrucciones en materia de principio de oportunidad. Santiago de Chile, diciembre 15 de 2000.

16. - “Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España.” Teresa Armenta Deu, Edit. PPU. Barcelona. 1991, pág. 107.

17. - Aquí es dirimente comprender que este modelo de gestión alemán se inserta en una estructura de fiscalía que forma parte del poder ejecutivo, dependiendo funcionalmente del secretario de justicia. Tanto en la CN como en la CCBA se crearon magistrados, por ello están investidos del poder constitucional para ejercer o cancelar la acción penal, superando aquella vieja objeción contra la Discrecionalidad de la Acción consistente en que lo fiscales al ser miembros del poder ejecutivo no podían interferir en las facultades que la CN confería al Poder Judicial.

18. - Misma cita anterior, pág. 111.

19. - Martín OCAMPO. DEFENSA DE LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD. Revista Pensar Jusbairens, n°3.

20. - Ídem nota 13.

21. - Obra citada en nota 4, pág. 24 y sig.

22. Esto lo encontramos en innumerables situaciones de la vida cotidiana. Nótese muchas de las actividades sociales o culturales, desde el apoyo al “equipo chico” en una contienda deportiva, la identificación con el protagonista humilde y sencillo de las películas o tiras televisivas y la solidaridad con el débil en cualquier contienda, sea desde una pelea guerra hasta una callejera. Es la metáfora actualizada de David contra Goliath.

23. TSJ Expte. n° 6182/08 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Alegre de Alvarenga, Ramona s/ infr. art. 189 bis CP””.

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESPACIO PÚBLICO

POR GRACIELA E. CRISTE*

*‘Las pasiones instituyen las ciudades y el hombre se lo enseña a sí mismo’
(traducción del portugués del Primer Estásimo de “Antígona”), Sófocles.*

1.- LA GENEALOGÍA DE LOS DERECHOS

1.1. Nociones previas

Pensar en la *justiciabilidad* de los derechos sociales, presume haber atendido previamente a la cuestión de su concepto o definición y a la de su *reconocimiento*.

Estos temas suelen ser dejados de lado por el derecho, asignándose el tratamiento de su noción o *concepto* a la Filosofía [del Derecho] o a la Ética, que proporcionarán los argumentos de justificación a efectos de superar las objeciones provenientes del campo de quienes los categorizan como ‘derechos morales’ incognoscibles o de quienes se atienen a aquellos fundamentos provenientes del llamado derecho natural, para simplificar y limitar por tanto la cuestión a las dos principales fuentes a las que se alude contemporáneamente.

Si los derechos humanos resultan de una práctica discursiva imbuida de historicidad, la descripción debe ocuparse también de un momento previo al de la conceptualización de los derechos, consistente en un proceso de percepción, de reconocimiento de aquello que se asume como una carencia o de aquello de lo que no deben ser privados quienes al mismo tiempo se constituyen como sujetos.

Para poder comprender ese proceso, que se integra en el más amplio que tiene lugar a propósito de la configuración de los derechos sociales como parte de la conducta humana, inclusive aquel aspecto atinente a la formulación de regulaciones prescriptivas y sus productos normativos, considero prioritario tomar en cuenta algunos aportes provenientes de la ciencia social.

Para cumplir ese propósito **es preciso abordar el derecho desde una perspectiva interdisciplinaria.**¹ Se trata de advertir el efecto transformador, heurístico, autopoietico, que provocan las incursiones que los discursos sociales llevan a cabo sobre su objeto.

* Abogada UBA diploma de honor, doctorada y docente. Master en Der. Administrativo Univ. Austral. Actual Defensora Gral. Adjunta fuero C.A.y T.



En la ‘teoría de la estructuración’ que es su manera de concebir la teoría social en el campo de la ciencia social, Anthony Giddens destaca la importancia de prestar atención a ciertos temas comunes:

- 1) el carácter activo, reflexivo de la conducta humana; cuando capta y registra lo que ocurre en su derredor y a sí mismo, se apunta a un registro reflexivo al que se denomina *conciencia práctica*. Cuando es capaz de llevar a cabo un relato de lo que ocurre, cuenta con la aptitud de poner cosas en palabras a través de una *conciencia discursiva*.²
- 2) el papel fundamental del lenguaje y las facultades cognitivas en la explicación de la vida social;
- 3) la importancia de las ciencias empiristas en ciencia social.³

Así es que la constitución de agentes o sujetos y la de estructuras, no corresponde a conjuntos de fenómenos diferentes sino que funcionan simultáneamente.

En numerosas ocasiones los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos hacen mención a que los Estados partes –por remisión a sus gobiernos o a sus pueblos- han

tomado ‘conciencia’⁴ o son ‘concientes’⁵ de ciertos hechos o determinados valores. O bien los dictámenes judiciales⁶ o las sentencias judiciales.

En la causa “Simón”, el juez Lorenzetti sostiene que “la Corte Suprema no debe ignorar el estado de conciencia mayoritario de la comunidad en un tiempo determinado”.⁷

Las Declaraciones de Derechos Humanos constituyen por antonomasia, el dispositivo mediante el cual las organizaciones de nivel internacional o local manifiestan la coincidencia de los Estados o de los gobiernos que los suscriben.⁸

En la materia que nos ocupa habrá simultáneamente con la percepción y el reconocimiento de intereses o necesidades básicas insatisfechas, una acción, una *praxis* que se expresa como un *reclamo* o *exigencia*. Coincido en que “las prácticas sociales, inmersas en espacio y tiempo, se consideran situadas en la raíz de la constitución tanto del sujeto como del objeto social” y que se requiere “una visión distinta de la intersección entre decir (o significar) y hacer, a fin de ofrecer una concepción novedosa de la *praxis*”.⁹

De ese modo se configura socialmente la exigencia acerca de su condición de necesidades humanas radicales, que habilitan el crecimiento y

el desarrollo humanos, y son asumidas progresivamente como tales por la comunidad o conjunto social.¹⁰ Según sean los bienes en cuestión, más cercanos al campo de lo biológico o determinados por un fuerte componente cultural, la *praxis* habrá de corresponder a diferentes momentos históricos y comprometerá mayor cantidad y diversidad de recursos de toda índole.

La acción humana asume la mayoría de las veces el significado de una acción política, que en ocasiones ingresa en la narrativa histórica.

Cuando la participación de los sujetos congrega el consenso mayoritario en torno a las prácticas regulativas, estarán dadas las condiciones para que las exigencias que de ellas derivan obtengan el grado de racionalización suficiente para obtener la legitimación del sistema jurídico.

Habermas, con presupuestos similares, describe minuciosamente los procesos sociales que tienen lugar en la estructuración de la ‘acción comunicativa’ y su creciente racionalización discursiva en las instituciones básicas, cuando “la moral y el derecho sobre todo, han alcanzado el nivel evolutivo consentáneo”.¹¹

1.2.- La acción humana asume compromisos normativos

Si bien los fenómenos descriptos en el proceso de configuración de los derechos humanos cuentan con ‘historicidad’, son además parte de la disciplina histórica cuando representan hitos significativos, en la trama de los relatos que los especialistas dedican a esos estudios

A veces es la misma literatura, la que brinda ejemplos de la manera en que las prácticas sociales contribuyen a la formación de significaciones que impactan en el imaginario jurídico, como bellamente describe Francois Ost en ‘*Contar la ley*’. Allí destaca esta circunstancia ilustrándola con el primer *stasimon* del coro de Antígona que dice así : “**Las pasiones instituyen ciudades y el hombre se las enseña a sí mismo**”, aludiendo al modo en que las pulsiones, las pasiones, colaboran en la configuración de significaciones con perfiles normativos, propios

de la vida social como habría ocurrido en la democracia ateniense, con relación a las elecciones, las asambleas, la democracia directa, entre otras.^{12,13}

En otras palabras, el *nomos* concebido como práctica regulativa que surge de la acción humana, es una autocreación, que el hombre produce por sí mismo y no se recibe de la naturaleza o de otra instancia exterior. Los valores los provee inicialmente la vida social misma.

Desde otra perspectiva, **la constitución de sujetos y las atribuciones que les confiere el discurso jurídico remite al juego de dominaciones instituido a través de las palabras de la ley.**¹⁴

Giddens desde la teoría social, habla de la “estructuración ‘supraindividual’ de las instituciones sociales” que tiene lugar en escenarios que los actores sociales usan de manera consuetudinaria para dar sustento a un sentido en actos comunicativos.¹⁵

Un buen ejemplo lo proporcionan las mismas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos. Entre ellas se encuentran los tratados, la costumbre, que vincula a prácticas reiteradas con ajuste a una ‘*opinio juris*’; también los principios generales que receptan las normas de los derechos positivos o las que conciben con la idea de justicia; también el ‘*ius cogens*’ como un conjunto de reglas de naturaleza imperativa que proscriben su derogación por la voluntad de las partes. En los ámbitos locales o nacionales ocupa un lugar central la ‘ley’.

2.- EL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA PERSISTENCIA DE UN PROYECTO INCONCLUSO.

2.1.- En el siglo XVIII

El proyecto discursivo de los derechos humanos toma un impulso remarcable y claro con la obra de Thomas Paine (1737-1809) poco antes de la Revolución Francesa y alcanza su

Es preciso abordar el derecho desde una perspectiva interdisciplinaria.¹ Se trata de advertir el efecto transformador, heurístico, autopoietico, que provocan las incursiones que los discursos sociales llevan a cabo sobre su objeto.

reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.¹⁶

En los debates de la Asamblea Constituyente francesa se perfilaba “la ‘cuestión de los derechos sociales’, como se debería llamar con más exactitud a las proyecciones materiales de los derechos del hombre”.¹⁷

Es así que se creó un Comité para acabar con la mendicidad, mediante un Decreto de Enero de 1790, que pronto obtuvo un rumbo constitucional, bajo el axioma ‘todo hombre tiene derecho a la subsistencia’, con fundamento en el principio de igualdad de derechos estampado en la Constitución.

Previamente, había inaugurado esta etapa fundacional la Declaración de los derechos del Buen Hombre de Virginia de 1776, en Estados Unidos de Norte América. Ese mismo año Paine publicó *Sentido Común* en el que argumentaba a favor de la Independencia de Inglaterra; y en 1791 dio a conocer con enorme éxito la primera parte de los *Derechos del Hombre*, en el que describía comparadamente los tres sistemas de gobierno: norteamericano, inglés y francés y analizaba en detalle la Declaración Universal francesa

Paine, por su parte, afirmaba que los hombres cuentan con derechos naturales y que su ingreso en sociedad procuró asegurarlos; de ese modo adquirió los ‘derechos civiles’. Introdujo asimismo, algunos conceptos revolucionarios como el primer sistema de seguridad social concebido en el mundo occidental¹⁸ y un novedoso plan de subsidios para los niños pobres, por el cual se abonarían 4 libras al año por cada hijo

menor de 14 años con cargo de atender a su educación, obtenidos del excedente fiscal.¹⁹

Ese mismo año se sancionó la Constitución francesa de 1791 y en lo que interesa rescatar, los derechos sociales lograron su aparición en la escena pública en la Constitución de cuño jacobino de 1793, en la que se incorporan el derecho a la insurrección y el derecho a la alimentación; con este último tal vez haya tenido lugar la primera inscripción de un derecho social en una carta constitucional.

Se ha visto que el discurso de los derechos humanos, es similar a un magnífico palimpsesto, que se construye socialmente para que los hombres puedan gozar de los derechos humanos partiendo de la exigencia social de atender a su intrínseca dignidad, y desde el primer momento incorporó aquéllos vinculados a las condiciones materiales en las que se desenvuelven las personas.

Lo cierto es que el lenguaje y el discurso de los derechos humanos pertenece a la Modernidad. Antes, el llamado *iusnaturalismo* se preocupaba más de la *ley natural* objetiva y de las obligaciones que deparaba, que de reivindicar los derechos, ya fuese el antiguo proveniente de los estoicos o el medieval.²⁰

En ese recorrido se sitúa Montesquieu, quien además de diseñar el modelo de régimen político republicano, destacó su interés por los temas sociales a los que colocó como parte de la actividad irremplazable del Estado, erigiendo en obligaciones a su cargo a la atención de la ancianidad, la de los huérfanos y de la salud.²¹

Hegel por su parte, había cuestionado las consecuencias perjudiciales que resultaron de la Revolución Industrial, generadora de mayor inequidad: hubo más riqueza y mayor pobreza que nunca. De allí que pretendiera arbitrar recursos públicos a través del poder de policía para la protección de los pobres.²²

Es así que la sociedad “implementa remedios de naturaleza universal para satisfacer las necesidades mediante preceptos generales obligatorios” destinados a construir hospitales para los pobres, iluminación de los caminos y otros más. Advuértase la contemporaneidad de su reflexión.

2.2.- En el siglo XIX

Durante el siglo XIX continuó la ambivalencia en torno a los modos a través de los cuales se atendería a los requerimientos que imponía la vida social. Las intervenciones que se cumplieron desde la concepción filosófica ‘utilitarista’, para atender a la cuestión social, apuntaban a la legislación y a la organización administrativa preanunciando el lugar en el que habría de situarla mayoritariamente la doctrina jurídica europea.²³

Jeremy Bentham, en la esfera parlamentaria había introducido la *Reform Act* de 1832, otorgando representación en el Parlamento a la nueva clase media de los industriales y comerciantes.

Se crearon por ley los cargos de comisionados especiales para atender algunos servicios, como por ejemplo, la asistencia a los pobres, la sanidad urbana y los servicios de pasaje en los puentes y caminos.

La *Poor Law Board*, constituida por tres funcionarios, “poseía los más amplios poderes para dictar las normas y reglamentos necesarios para la administración de la ayuda a los pobres: se trataba de una verdadera delegación de facultades legislativas no sólo en puntos de detalle, sino también en cuestiones de principio”.

La constitución francesa surgida de la revolución de 1848, de brevísima vigencia, agregó a los principios proclamados en 1789 de “libertad, igualdad y fraternidad” las llamadas ‘bases’ de

la República: familia, trabajo, propiedad y orden público.²⁴

La revolución española de 1854 y la colombiana de la misma época, fueron un ‘resplandor de los estallidos de 1848’ llegados con retraso.²⁵

En América hubo algún que otro intento aislado dirigido a anteponer la ‘cuestión social’ a la forma en la que se diseñaría el esquema de poderes. Gargarella reseña la actuación cumplida en Colombia por el dos veces presidente y convencional Murillo Toro, quien condensaba su preocupación en la siguiente fórmula: “Ni la independencia ni la educación podrán obtenerse nunca sino proveyendo a la subsistencia independiente del individuo por la libertad y seguridad del trabajo”.²⁶

Hobsbawm afirma que durante el período entre 1849-1914, se limitaron los descontentos explosivos de las clases pobres, En ese período surgieron los movimientos de masas organizados de los trabajadores, León XIII dictó la *Encíclica Rerum Novarum*, se constituyó la Internacional Socialista del Trabajo y en las postrimerías del siglo XIX los partidos socialistas ocuparon los gobiernos o se constituyeron en la primera fuerza de oposición en la Europa occidental.²⁷

Resultaba inevitable la democratización de la sociedad; entre las medidas que habrían de acompañarla se contaban programas de reforma y asistencia social que desmentían al liberalismo ortodoxo, ajeno a los ámbitos de la empresa privada y los contratos entre particulares. Bismarck enfrentó la agitación socialista mediante un plan de seguridad social que tendría sus seguidores en Austria y en los gobiernos liberales de Gran Bretaña de 1906/1914 (pensiones de vejez, bolsas de trabajo, seguros de enfermedad y de desempleo).²⁸

Por otra parte, los beneficios de las políticas sociales, que alcanzaban de manera preponderante a grupos particulares de la población –trabajadores, pobres, enfermos, mujeres y niños– se revelaban más como deberes de la Administración que como derechos exigibles pasibles de ser aprehendidos por la dogmática jurídica a través de alguna de las categorías vigentes.

Se había instalado la ‘cuestión social’, concebida como el conjunto de exigencias a las que debe someterse la actuación del Estado en orden al cumplimiento de pautas de igualdad y solidaridad.

Baldassarre ha podido decir que “la evolución hacia una forma de organización constitucional en la que se reconoce a los ‘derechos sociales’ un papel central ha sido más bien fruto de un conjunto de procesos prácticos y no de precisas prefiguraciones teóricas”, el resultado de numerosos impulsos, a menudo en contraste con sus intenciones, que la consecuencia de la acción de un movimiento político y social específico y unívoco.²⁹

Comenzaban los primeros pasos del Estado intervencionista.

2.3.- En el siglo XX

En 1919 al concluir la Primera Guerra mundial y producida la caída del Imperio alemán, se sanciona la Constitución de Weimar (1919) que reconocía el derecho a la educación primaria obligatoria, pública y gratuita y disponía el acceso voluntario a la formación educativa hasta los dieciocho años.

Incorporaba el derecho de los trabajadores a participar en la reglamentación de las condiciones de trabajo. En 1917 México adopta una Constitución en la que identifica a una nueva categoría de derechos, los derechos sociales. Incorpora la obligación del Estado de impartir educación gratuita, la protección de la niñez, el derecho del trabajo y el derecho de huelga y la previsión social.

Se inauguraba de ese modo el *constitucionalismo* correspondiente al Estado Social y democrático de derecho; en los países europeos el

movimiento había sido lejanamente precedido, juntamente con la saga de constituciones francesas de los siglos XVIII y XIX, por la constitución prusiana de 1850 en coincidencia con el Estado de derecho de las monarquías europeas

Se había instalado la ‘cuestión social’, concebida como el conjunto de exigencias a las que debe someterse la actuación del Estado en orden al cumplimiento de pautas de igualdad y solidaridad.

El discurso de los derechos humanos no se avenía con las representaciones provenientes de quienes se habían embarcado en la construcción del Estado Social, ya fuera desde el socialismo o desde la social democracia alemana.

En Francia, sin embargo, “el socialismo surgió de la Revolución francesa bajo la acción combinada de dos fuerzas: la fuerza de la idea de derecho y la fuerza de la acción proletaria naciente” cuyo encuentro dará nacimiento a una política de derechos humanos.³⁰

Superada la batalla teórica de la exigibilidad de los derechos ‘civiles’, ligados a los distintos *ámbitos de libertad humana*, que presuponen un deber de no interferencia por parte de los órganos estatales, el debate se trasladó a la cuestión de la *justiciabilidad* de los llamados *derechos sociales* que demandan prestaciones positivas por parte de los poderes públicos.

Los **derechos sociales** habían aparecido en el horizonte histórico al ponerse en discusión la raíz individualista de los derechos humanos, en aras de la reafirmación de su significado social. Al finalizar la segunda guerra mundial el

catálogo de los derechos humanos comienza a ser proclamado en los instrumentos internacionales y en la mayor parte de las constituciones sancionadas en ese período, en conexión con los objetivos dirigidos a poner fin a los conflictos que habían acuciado a la sociedad, a partir de la segunda mitad del siglo XIX –el colonialismo– y los totalitarismos del siglo XX.³¹

El discurso de los ‘derechos sociales’, agredido por izquierda y por derecha, debió esperar a la madurez que ha logrado el Sistema Internacional de los Derechos Humanos y que resulta de los pronunciamientos de sus órganos jurisdiccionales al maximizar los alcances del principio ‘*pro homine*’.

Para distinguirla genealógicamente de la otra etapa a la que denomino *exigibilidad*, en el marco de este trabajo prefiero llamar *justiciabilidad* a la que adviene cuando se plantea la posibilidad de ser exigidos o reclamados mediante una *praxis* específica ante los tribunales de justicia.

3.- ¿ES POSIBLE HABLAR DE UN CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS?

Desde un punto de vista más general, la cuestión de los derechos humanos –su concepto, su justificación, su validez– constituye un centro de debate en la Filosofía Política y Moral y en la Filosofía del Derecho prácticamente inacabable: se inscribe en el debate sobre su *justificación*. Se trata de hallar los fundamentos que provee la filosofía jurídica a partir de criterios político-axiológicos, según la tipología esbozada por Ferrajoli.³²

La relación entre el derecho natural y el derecho positivo ha agitado la polémica con fuerte incidencia no sólo en el plano teórico o doctrinal, sino en el de los sistemas jurídicos concretos e históricos.

Las críticas de Bentham a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, acerca de las falacias naturalistas que involucraban sus enunciados con sus inevitables secuelas de anarquía y desobediencia civil, y los embates cumplidos más recientemente por el positivismo

jurídico y la lógica analítica –por ejemplo el planteo de Kelsen a propósito de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945–, centrado en el valor exclusivamente emotivo o ideal de sus cláusulas.

Desde el lado del **positivismo clásico**, en la medida en que no cumplan las condiciones estipuladas para formar parte del derecho positivo, se cuestiona su cognoscibilidad. Generalmente, o se opta por su negación recayendo en alguna clase de ‘decisionismo’, o se admite la existencia de una “moral social” limitada a las reglas que surgen de la costumbre o de las que convencionalmente rigen en comunidades determinadas.

A las **posiciones historicistas**, a su vez, se las interpela por cuanto una concepción de esa índole emplaza a los derechos como “hechos” históricos, más de lo fáctico no podrían tampoco derivarse enunciados prescriptivos. Las concepciones “*historicistas*” destacan la inconsistencia de presumir la subsistencia de valores atemporales, universales, y asignan su configuración a la historia en las concretas relaciones sociales en las que se desarrolla.

Las concepciones de cuño **marxista** condicionan el tratamiento de los derechos humanos a las relaciones de propiedad en las que históricamente se desarrollan las fuerzas productivas, y desde una perspectiva *gramsciana* atribuyen a la ideología el discurso de los derechos humanos.

Los derechos fundamentales son concebidos por L.Ferrajoli con carácter universal e indisponibles. En las democracias modernas las Constituciones rígidas imponen un elenco de derechos de esa índole, y en sus textos es posible consignar una dimensión normativa, correspondiente al derecho subjetivo, que son las expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, consistente en las **garantías primarias**; mientras que los deberes correspondientes bajo la forma también de normas jurídicas son concebidos como las **garantías secundarias**.³³

La justificación axiológica se asienta en la identificación de cuatro criterios referidos al valor

La relación entre el derecho natural y el derecho positivo ha agitado la polémica con fuerte incidencia no sólo en el plano teórico o doctrinal, sino en el de los sistemas jurídicos concretos e históricos.

de la persona humana asumida como fin y nunca como medio, según la clásica máxima de la moral kantiana, y residen en la igualdad, democracia, paz y los derechos fundamentales como *ley del más débil*, a partir de los cuales será posible establecer los bienes y los consiguientes derechos fundamentales indisponibles.³⁴

Entiendo importante destacar:

1. Las formas políticas –relaciones de poder– así como las dimensiones social y económica, perfiladas por el contexto histórico, resultan inescindibles de la concepción de los derechos sociales en cuanto derechos humanos.
2. Debe quedar claro que la dimensión axiológica no es ajena a la justificación de los derechos humanos.
3. La interpretación jurídica plantea auténticas opciones valorativas que suelen encubrirse como problemas lógico normativos.
4. La problemática derrama hacia aquellas cuestiones vinculadas a la exigibilidad u operatividad de los ‘derechos sociales’.

4.- LAS BATALLAS PARA IMPONER SU JUSTICIABILIDAD

En este punto, señalaré algunos obstáculos levantados a su justiciabilidad y algunas notas propias de la noción jurídica de ‘los derechos sociales’.

No se me escapa que esta juridización de las relaciones sociales que acompañan al Estado

Social y democrático de derecho, ha sido objeto de una crítica formulada por Habermas, que intenta poner al descubierto una equivalente función ideológica, a la que denunciara Marx respecto de los conflictos de clases en el capitalismo individual burgués, que sobrevendría juntamente con la función pacificadora de las políticas públicas en el Estado Social.

Así, por ejemplo, se afirma que el derecho al trabajo, “aunque sancionado en el nivel constitucional, sigue siendo, en los sistemas de economía de mercado un derecho *no justiciable*, y por ello no aplicable por parte de los órganos judiciales en procesos definidos.”

Las críticas, como hemos visto, no niegan que los ordenamientos constitucionales y la legislación acojan a los derechos sociales, la objeción radica en que, en lugar de otorgárseles el carácter de principios exegéticos o de mandatos al legislador, es decir el equivalente de los derechos reflejos o los vetustos ‘intereses legítimos’, sean asumidos como derechos subjetivos, adjudicando acciones para demandar su cumplimiento.

La expresión “derechos sociales” no es unívoca y tanto las disposiciones normativas que los acogen como la doctrina engloban bajo su rótulo a categorías muy heterogéneas, cuyo único punto común de referencia viene dado por pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de *igualdad* a través de normas que exigen la gestión del Estado en el orden económico y social y en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar.³⁵

En general la doctrina acepta que tienen como principal función asegurar la participación en

los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad y que su titularidad no es privativa solamente de los grupos –no se trata exclusivamente de derechos de incidencia colectiva– sino que corresponde también a los individuos para que participen de los bienes comunes.

Pérez Luño acude a la siguiente definición: “pueden entenderse tales derechos en sentido objetivo como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos”.³⁶

En torno a la obligatoriedad de las cláusulas que declaman y afirman los derechos humanos y, respecto del alcance de las facultades de los titulares de los derechos, suelen establecerse distinciones que dependerán de que su inserción corresponda al Preámbulo de las constituciones, o al catálogo específico que los enumera en la llamada ‘parte dogmática’.

La versión predominante en la dogmática alemana, siguiendo la posición de Alexy se resume en lo siguiente: Los derechos prestacionales en sentido estricto (‘derechos sociales’ fundamentales), no están explícitamente estatuidos en la Ley Fundamental, sólo se hallan considerados de manera muy delimitada; es necesario entonces acudir a la exégesis que el propio Tribunal Constitucional Federal ha formulado, con apoyo de la doctrina. Luego de un recorrido por los casos resueltos por el Tribunal es posible concluir que les corresponde un derecho subjetivo definitivo vinculante a un mínimo vital.³⁷

En cuanto al tratamiento otorgado a esta categoría de exigencias o potenciales derechos sociales en la Constitución española de 1978, corresponde a una formulación básicamente según ‘principios’, ya que se los considera Principios constitucionales programáticos, conforme a la aspiración contenida en el Preámbulo, o Principios constitucionales para la actuación de los poderes públicos –los contenidos en los

artículos 9.2 y 39 a 52– o por último se les asigna el rango de Normas o cláusulas generales a desarrollar por leyes orgánicas.

La incorporación de los derechos sociales en las Convenciones internacionales y en las Constituciones estatales importó la superación de las dificultades sobre su estatuto epistemológico; en otras palabras, acerca de su justificabilidad. En la nomenclatura de Ferrajoli de este modo se alude al problema de las garantías secundarias de los derechos, tendientes a lograr su efectividad.

El planteo se vincula directamente al de las *garantías* secundarias de los derechos sociales y por consiguiente al de los mecanismos procesales previstos para dispensarles una tutela judicial efectiva.

Me parece de interés destacar:

Las posiciones que niegan carácter operativo a los derechos fundamentales incorporados en la Constitución pueden verse como técnicas o estrategias distractivas, funcionales a determinadas políticas del Estado.

Las objeciones que se han erigido en torno a la distinción entre cláusulas programáticas y operativas, ponen de manifiesto la función paradójica del derecho, que en tanto incorpora en las normas supremas estatales la nómina de los derechos fundamentales, como signo de su reconocimiento, al propio tiempo escamotea su eficacia con el argumento de la falta de operatividad.

Sostengo que la positivización de los derechos sociales, entendidos estos últimos como la relación que se entabla por parte de los sujetos respecto de ciertos bienes que son apreciados como intereses y necesidades básicas o radicales o culturalmente valiosos a partir de la práctica social reflexiva, y que obtienen su incorporación constitucional o en los ordenamientos jurídicos positivos, los erige en **títulos de exigibilidad jurídica** en tanto dispositivos equivalentes al derecho subjetivo en el ámbito privado.

El reconocimiento positivo de los derechos debe ser entendido como el presupuesto para el desarrollo de las técnicas de protección de los

La expresión “derechos sociales” no es unívoca y tanto las disposiciones normativas que los acogen como la doctrina engloban bajo su rótulo a categorías muy heterogéneas, cuyo único punto común de referencia viene dado por pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de igualdad a través de normas que exigen la gestión del Estado en el orden económico y social y en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar.³⁵

derechos sociales, conforme a la *praxis* concreta de los hombres históricamente situados.

5.- UNA NOCIÓN PROVISORIA

Si hablamos de derechos sociales el concepto habrá de incluir aquellas notas que suelen concebirse como propias y adecuadas para la satisfacción de ‘necesidades radicales’, tales como las vinculadas a la alimentación, la vida, la salud, la vivienda, y otros bienes que culturalmente resultan valiosos a partir de las exigencias éticas que ponen el acento en la dignidad y la igualdad, como el trabajo, la educación y también la preservación del medio ambiente.

Además ingresa en ellos un componente *colectivo*, no porque deben disfrutarse en conjunto o porque los bienes que protegen sean indivisibles o de común disfrute –como ocurre respecto de los derechos de incidencia colectiva– sino porque concilian la presencia de la sociedad y del individuo

Notas

1. Giddens, Anthony: “La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración”. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2006, p. 20, en los términos en que los emplea el autor citado
2. Giddens, A., 2006, ps. 80, 81, 82. No se descarta la influencia del ‘inconsciente’ en su acepción psicoanalítica, pero se asume como oposición a ‘conciencia discursiva’. “Lo inconsciente en teoría psicoanalítica denota lo opuesto: no ser capaz de dar expresión verbal a las inspiraciones de la acción”.
3. Giddens, A., 2006, ps. 11, 17, 18,
4. Segundo párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10/12/48.
5. 7º párrafo del Prólogo y punto 8 de la Proclamación de Teherán, del 13 de mayo de 1968; 4º párrafo de la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven, del 13 de diciembre de 1985; 1er. Párrafo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de Julio de 1998.
6. “Con posterioridad a la expedición de la gracia presidencial (6/10/89), se produjo una evolución en punto a la conciencia jurídica universal, cuyas consecuencias (...)”, punto 10 del dictamen del Procurador General de la Nación pronunciado en la causa “Mazzeo, Julio y otros”, CSJN, M 2333.XLII, del 13/07/07. Asimismo en el segundo dictamen de la Procuración General de la Nación (pto. VI.3), correspondiente a la sentencia dictada en “Simón, Julio H. y otros s/ Privación ilegítima de la libertad” del 14/6/2005, Fallos: 328:2056, se menciona la “evolución de la conciencia jurídica universal”.

7. Considerando 27 del voto concurrente. Asimismo las referencias a “el estado actual de la conciencia jurídica” con relación a los Estados (consid. 27 del voto concurrente del juez Boggiano), “el grado de maduración de la sociedad actual sobre la concepción de la justicia” (consid. 12 del voto concurrente del juez Lorenzetti) en la causa “Simón”, Fallos: 328:2056.
8. Obviamente, los Estados y los gobiernos obran por medio de individuos emplazados como órganos de esas instituciones.
9. Giddens, A., 2006:23.
10. Suele hablarse también en la literatura jurídica de ‘reivindicación’, de ‘reclamo’, de ‘declamación’.
11. Habermas, Jürgen: “Teoría de la acción comunicativa. II. Crítica de la razón funcionalista”, Taurus, 1999, ps. 245, 246, Madrid, España: ‘consentáneo’ = por consenso. Analiza la interacción desde el lado cognitivo, examinando la evolución de la ‘conciencia moral’ en la que distingue tres niveles; en el nivel convencional se enjuicia la observancia de las normas y las transgresiones; en el nivel postconvencional se enjuician las normas a partir de principios.”
12. La traducción de E. Ignacio Granero propone la siguiente versión: “(...) ha aprendido por sí mismo (...) los modos de vida ciudadanos”, en Sófocles, “Antígona”, EUDEBA, 2000, p.78. Klimis destaca el empleo del verbo reflejo ‘*edidaxato*’, que en francés se traduce “*l’homme s’apprend*” y la traducción “*passions institutantes*” propuesta por Castoriadis para la expresión griega “*astunomus orgas*” (Klimis, Sophie: “*Le labyrinthe imaginaire de la creation grecque*” en Klimis, S. y otros: 2006p.38).
13. Ost, F., 2004, p.28.
14. Alicia Ruiz condensa el pensamiento crítico acerca del discurso jurídico en estos términos: “El derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido a las conductas de los hombres y los convierte en sujetos. Al mismo tiempo opera como el gran legitimador del poder que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley .Ruiz, Alicia: “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, en *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho (Christian Courtis compilador)*, EUDEBA, 2001, p.11.
15. Giddens, A., 2006, ps. 25,26,41,54.
16. Thomas Paine bregó e intervino activamente en pro de las revoluciones de EEUU durante los años 1776-1780 y de Francia, a partir de 1781.
17. Herrera, Carlos Miguel: “Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico”, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 39.
18. Paine, T., 2008, ps.11
19. Paine, T. 2008, ps. 319/321.
20. Véase al respecto el Capítulo III, pto.2.1.2.
21. Montesquieu, Charles Secondat Baron de, II, *L’Esprit des lois, Extraits, Classiques Larousse*, Paris VI, 1934, p. 65.
22. Hegel, G.F.: “Filosofía del Derecho”, Juan Pablo Editor S.A., México, 1986, p.202
23. Bledel, Rodolfo: “Introducción al estudio del derecho público anglosajón”, Editorial Depalma, 1947, Argentina, p.63.
24. El art. 13 declaraba: “La sociedad favorece y promueve el desarrollo del trabajo por la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad de trato entre el patrón y el obrero, las instituciones de previsión y crédito, las instituciones agrícolas y el establecimiento de trabajos públicos adecuados para ocupar los brazos desocupados, por parte del Estado, los departamentos y las comunas; ella provee de asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin recursos a quienes sus familiares no pueden socorrer”.
25. Hobsbawm, Eric, “La era del capital”, Crítica, Grupo Editorial Planeta, 1998, p.176.
26. Gargarella, Roberto: “Las amenazas del constitucionalismo. Derechos y democracia”, en “*Los derechos fundamentales*” en SELA 2001, 2003, p. 13.
27. Hobsbawm, E.: “La era del Imperio”, Crítica, Grupo Editorial Planeta, 2007, ps.16/17.
28. Hobsbawm, Eric: 2007, p.113.
29. Baldassarre, A., 2004, ps.20, 21.
30. Herrera, C.M., 2002, ps.29, 30, citando a Jean Jaurés, *Histoire socialiste de la Révolution française* (1900-1903), París, 1972, t.1, p.67.
31. Suele distinguirse, entre las constituciones que aparecen en la segunda postguerra mundial, Italia (1947), Alemania (1949) y más tarde las de Portugal (1949) y España (1978) y las del constitucionalismo antiguo o decimonónico.
32. Ferrajoli, L.: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, 2001, Madrid, España, ps. 290,314.
33. Ferrajoli, L., 2001, ps. 45 y ss.
34. Ferrajoli, L., 2001. ps. 315 y ss.
35. Pérez Luño, A. E., 1999, p. 83.
36. Pérez Luño, A. E., 1999, p. 84.
37. Alexy, Robert: “Teoría de los derechos fundamentales”, 2ª. Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, Madrid, España, ps.443 y ss.

CUANDO LAS FORMAS IMPORTAN

POR FABIANA H. SCHAFRIK DE NUÑEZ*

La autora sostiene en esta nota de opinión que una mayor amplitud en el reconocimiento de las formas aumentaría la calidad institucional y elevaría al ciudadano casi a un nivel de igualdad con el fisco para proteger sus derechos.

Todo derecho existe o se visibiliza en tanto se prevea un mecanismo eficaz para su protección; lo contrario, afecta o aniquila su vigencia. Este dilema no es ajeno al universo de contribuyentes en su lucha contra las inequidades que a veces plantea su relación con la administración tributaria.

En el ámbito del derecho tributario muchos son los dogmas que se alzan y obstaculizan el real equilibrio de la relación entre contribuyentes y/o responsables y la administración tributaria.

A modo de ejemplo, ante la solicitud de una medida precautoria, se antepone el argumento de “no demorar injustificadamente la recaudación”, la sobrevaloración del cuestionado principio “solve et repete” o la desvalorización de los planteos constitucionales por tratarse de “cuestiones estrictamente patrimoniales”.

Estas y otras argumentaciones, cercenan el derecho a la tutela judicial efectiva; entendido como el derecho a acceder a la justicia en la búsqueda de una razonable decisión en un tiempo adecuado, convirtiéndose en un obstáculo para la real concreción de los derechos.

En el ámbito nacional con el correr de los años se fue construyendo una vía de impugnación específica para la discusión de la materia tributaria¹



en pos de garantizar, de mejor modo, los derechos de los contribuyentes.

La existencia de una vía de discusión específica, no agota las alternativas que requiere un ciudadano para defenderse, puesto que ello dependerá de su aptitud para preservar el derecho que se considera conculcado. Así ocurre en el derecho administrativo en el que la existencia de vías específicas de impugnación no agota otras posibilidades de defensa de los habitantes.

No ha resultado fácil el reconocimiento por parte de nuestros tribunales de la posibilidad de

*La autora es doctora en Derecho UBA, especialista en Der. Constitucional. Integró el Consejo Académico del C.M.CABA. autora de libros y artículos y expositora en congresos y encuentros relativos a su especialización constitucional.

utilizar diferentes vías procesales en materia tributaria.

Basta recordar las vicisitudes planteadas en torno a la acción de amparo y la acción declarativa de certeza. Sin embargo, nótese cómo a través de los años y en forma paulatina, la Corte Suprema de Justicia Nacional, ha abierto nuevos caminos procesales para la defensa de los derechos. Basta recordar para ello el camino transitado por la acción de amparo, la acción declarativa de inconstitucionalidad² y más recientemente la acción de clases, entre otros aspectos en los que ha innovado.

Breve panorama de los procesos tributarios en el ámbito nacional

En el ámbito nacional, luego de reconocida la utilización de la acción de amparo para cuestiones que no estuvieran estrictamente relacionadas con el hábeas corpus, las acciones de contenido patrimonial afianzan su discusión judicial pacífica a través de ese cauce, luego del controvertido caso “Peralta, Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional y Banco Central de la República Argentina”.³

Si bien existen sendos precedentes judiciales en materia tributaria, que evidencian que a partir de la consolidación de la doctrina referida en el párrafo precedente, esta vía resulta un ámbito de discusión en las acciones de amparo,⁴ debe recordarse el análisis restrictivo que en materia de legitimación procesal activa ha venido realizando nuestro Máximo Tribunal Nacional, cuando eran las Asociaciones las que se presentaban a esgrimir la acción.⁵

Tampoco fue fácil el camino que ha tenido que recorrer la acción declarativa de certeza. Recordamos para ello, como punto de partida, el profundo análisis que hiciera en el año 1971 sobre la utilización de la acción declarativa de certeza en el ámbito del derecho público el entonces Procurador General ante la Corte, Eduardo Marquardt y, luego en el año 1987, otro importante dictamen del profesor emérito doctor José Osvaldo Casás, en la reconocida

causa “Newland, Leonardo A. c/Provincia de Santiago del Estero”,⁶ que dio inicio a un proceso de afianzamiento en la utilización de la acción en materia tributaria al plano nacional.

Sin embargo, no puede considerarse lineal la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la admisibilidad de las acciones meramente declarativas.

El caso “Halabi Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional –ley 25873– decreto 1563/04 s/amparo ley 16.986”⁷ fue el disparador al reconocimiento por parte de la jurisdicción de los derechos individuales homogéneos y, por ende, de las acciones de clase. Ese fallo debería ser la llave que abra la puerta a los planteos de las asociaciones en nuestra materia.

Se puede intuir una atenuación en la posición que venía sosteniendo el más alto Tribunal Nacional en las causas: “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/Provincia de Buenos Aires s/acción de amparo”⁸ en las que se ordenó a la Provincia, hasta tanto se dicte sentencia, que se abstenga de exigir a los notarios asociados al Colegio actor y a quienes requieran de sus servicios, el pago de la alícuota diferencial del impuesto de Sellos, con fundamento en el artículo 46, inciso b), apartado 7 de la ley provincial 14.333; y, también cabe referir el particular pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en autos “A.C.A.R.A. y otros c/Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires y otros s/acción declarativa de derecho” de fecha de febrero de 2017, entre otros pronunciamientos que parecen comenzar a transitar otro derrotero.⁹

Los inicios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma y los procesos

En el ámbito local podemos distinguir dos etapas, al menos en la apertura de nuestros tribunales, al reconocimiento de la utilización de otras vías en materia tributaria, además de la expresamente prevista en el Código Fiscal y el artículo 457 del CCAyT.

Otra causa que recordaré, deja entrever alguna particularidad que reviste la acción de amparo en la Ciudad, cuando se discuten derechos de orden patrimonial. Me refiero a la exención constitucional en materia de costas, salvo temeridad o malicia del actor.

Un antecedente de lo que podríamos denominar primera etapa fue “Asociación de Receptorías de Publicidad (ARP) c/ GCBA s/amparo”, sentencia del Tribunal Superior de Justicia del 6 de septiembre de 2000. El caso trataba de una norma del Código Fiscal que consagraba una exención que alcanzaba a la edición de libros, diarios, periódicos y revistas en todo su proceso de creación, cualquiera sea su soporte, ya sea que la actividad la realizara el propio editor o terceros por cuenta de éste. Posteriormente, el Poder Ejecutivo reglamentó esta norma estableciendo que la actividad comercial desarrollada por las receptorías de publicidad no se encontraba incluida en la exención.

El Máximo Tribunal rechazó la acción de amparo por considerar que no había existido un exceso reglamentario y, por ende, no se había violentado garantía constitucional alguna. No resulta ocioso señalar que, en la instancia anterior tampoco se cuestionó la legitimación procesal activa de la asociación que se presentó a juicio.¹⁰

En esta etapa, hasta el año 2004, se iniciaron diferentes acciones de amparo de contenido tributario en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, en especial en temas vinculados a revalúos inmobiliarios y a la modificación de la base imponible o aumento de la alícuota para ciertos vehículos automotores en el impuesto de patentes.

Otro precedente importante en materia de legitimación procesal activa y también, por su doctrina, en materia de igualdad tributaria y capacidad contributiva como medida del tributo fue

“Cámara Argentina de Supermercados”.¹¹ Allí, si bien la queja interpuesta por el actor fue admitida, el recurso de inconstitucionalidad de la asociación actora fue rechazado por cuestiones de fondo. Allí, el voto del doctor Casás, expresó que “el componente subjetivo del presupuesto de hecho no resulta irrelevante en los denominados impuestos al consumo, lo que también valida su cómputo a fin de establecer alícuotas diferenciales según las características del sujeto contribuyente”

Otra causa que recordaré, deja entrever alguna particularidad que reviste la acción de amparo en la Ciudad, cuando se discuten derechos de orden patrimonial. Me refiero a la exención constitucional en materia de costas, salvo temeridad o malicia del actor.

Si bien aplaudimos nuestra cláusula constitucional su aplicación tajante en materia tributaria ha reeditado los conflictos que suscitó en algún momento la utilización de la vía de amparo en el ámbito nacional, que ya he descrito. Esta percepción se acentúa cuando la parte actora ofrece prueba pericial para defender su posición, que en el sistema local es considerada por la ley 2145 como una prueba excepcional.

En la causa “Minian Mario”, en ocasión del tratamiento del recurso de queja interpuesto por la actora, el juez Julio Maier a modo de obiter dictum expresó: “Aunque también significa “hablar de más”, deseo aclarar en mi voto: a) que, a pesar de que la situación fue así decidida, ésta, el amparo, no es vía judicial alguna para impugnar la base imponible de un tributo o el importe del tributo mismo que la Administración le

comunica al contribuyente, pues el CCAyT de la Ciudad y el mismo Código Fiscal contienen mecanismos suficientes para impugnar tales extremos y desarrollar críticas constitucionales, a fin de lograr una solución administrativa o judicial para ello; b) que el contribuyente aprovechó una vía impropia pues la Administración, que había reconocido su error, se vió obligada a defenderse y a defender la vigencia de una norma, en un procedimiento limitado; y c) entonces, quiero señalar, que el procedimiento carece de la posibilidad de imponer costas a quien, sin razón alguna y ya reconocido su derecho –casi en su totalidad–, obliga a la Administración a pleitear.”

Este punto fue rebatido, de modo erudito por el doctor Casás en lo concerniente a la superación en el ámbito nacional de la doctrina que rezaba que en materia patrimonial no procedía la acción de amparo, a la vez, que describió su andamiaje en acciones en las que se propugnaba la violación al derecho de igualdad en materia tributaria, tal como ocurría en el caso.

La primera reflexión que quisiera hacer es que las acciones a las que hice referencia fueron rechazadas en todas las instancias por cuestiones sobre el fondo; la segunda es que en ninguna se consideró que las asociaciones no estaban legitimadas para presentarse a juicio en nuestro medio.

En esta primera etapa también tuvo buena recepción la acción declarativa de certeza; se utilizó esta vía para discutir cuestiones relativas a revalúos inmobiliarios y prescripción de tributos. Basta recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se había expedido en materia de revalúo inmobiliario en dos causas tramitadas como acciones declarativas de certeza en la justicia ordinaria civil. Me refiero a “Guerrero de Louge Susana Ernestina Teresa c/ MCBA” y “Bernasconi S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, ambas sentencias del 12 de noviembre de 1998.

Un cambio en la interpretación

Una nueva etapa se inicia en el tema con el caso “Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos”. En el caso se había interpuesto como excepción de previo y especial pronunciamiento la falta de legitimación procesal activa que fue admitida por la primera instancia.

Resultan interesantes los argumentos en los que se apoyó el fallo de la Cámara que revirtió el criterio de la instancia anterior,¹² y concluyó en la admisión de la legitimación procesal de la asociación presentante. La queja presentada no fue admitida por la mayoría del Tribunal Superior por no tratarse lo resuelto por la Cámara de una sentencia definitiva. Sin embargo, el fallo deja entrever dos posiciones contrarias a la procedencia de la legitimación procesal activa de dos magistrados: cada uno por sus argumentos.¹³

Tiempo más tarde, otra discusión acerca de la legitimación procesal activa vendría de la mano del precedente “Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/ acción meramente declarativa (artículo 277, CCAyT)”, en el que solicitó la declaración de la inexistencia de deuda líquida y exigible en concepto de ABL, en los términos del entonces vigente Código Civil (arts. 743 y 819 del referido cuerpo normativo) y conforme a la exigencia de la ley 22.427, cuando no se mencionaba en el certificado correspondiente el Juzgado y Secretaría y Nro. de causa por donde tramitaba el juicio que sólo se indicaba como iniciado.

La jueza de primera instancia hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por el Gobierno y en instancia de apelación la Cámara confirmó –por mayoría– aquella decisión. La disidencia de la doctora Mabel Daniele se refirió al caso “Halabi”.¹⁴

El Tribunal Superior de Justicia al entender en el recurso de inconstitucionalidad concedido, revocó –por mayoría– la sentencia con apoyo en la ley 404 (Ley Orgánica del Notariado).¹⁵

Algunas reflexiones sobre la acción de amparo y la acción declarativa en el ámbito de la Ciudad.

La primera reflexión que quisiera hacer es que las acciones a las que hice referencia fueron rechazadas en todas las instancias por cuestiones sobre el fondo; la segunda es que en ninguna se consideró que las asociaciones no estaban legitimadas para presentarse a juicio en nuestro medio.

Los antecedentes jurisprudenciales “Administración San Francisco S. A. y otros c/GCBA s/ acción meramente declarativa (artículo 277 CCAT)”¹⁶ y “Herrero María Cristina c/GCBA s/ acción de amparo (artículo 14 CCABA)”¹⁷ traen sombras sobre la utilidad de estas vías en materia tributaria.

En el fallo “Administración San Francisco S.A.” el Juez del TSJ Luis Francisco Lozano expresó que la acción meramente declarativa queda desplazada ante la existencia de una ley especial en la materia, cuya validez no cuestiona quien entabla la acción; agrega como otra razón para su improcedencia que su viabilidad en el ámbito federal se justifica en la inexistencia de una ley especial para controvertir la validez de un tributo local. Cabe recordar que en el referido precedente, la sentencia del Tribunal, por mayoría y por diferentes fundamentos, hizo lugar a la queja presentada por el Gobierno y rechazó la acción declarativa promovida por Administración San Francisco.

Por su parte, en el caso “Herrero” por mayoría se hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad presentado por el gobierno y se revocó lo sentenciado por la instancia anterior, por cuestiones de fondo. Los votos mayoritarios destacaron la posibilidad de discutir a través de la vía de amparo, aunque, en dicha oportunidad, el doctor Lozano consideró que más allá de que la discusión tramitó por la vía de amparo, en el caso se configuraba una acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del artículo 113 inc. 2 de la CCBA.

Acción declarativa de inconstitucionalidad

En otro orden de ideas, quisiera destacar el derrotero de las acciones declarativas de inconstitucionalidad (ADI) en los términos del artículo 113, inciso 2, de la Constitución de la CABA, presentadas ante el Tribunal Superior de Justicia, que solicitaron la declaración de inconstitucionalidad y la consecuente derogación de ciertos regímenes de recaudación y del Sistema de Riesgo Fiscal.

En todos los casos, se consideró inadmisibles las acciones. Sin embargo, más allá de las críticas a la falta de cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la ADI, el Alto Tribunal local dejó abierta la posibilidad de presentar acciones ante vulneraciones concretas por los mentados regímenes.

Inició este camino la causa “Juan Ignacio Barilati c/ GCBA s/ ADI” por la que solicitó la declaración de inconstitucionalidad del SIRCREB. Por mayoría la acción fue declarada inadmisibles.¹⁸ Tiempo más tarde, el actor inició otra acción con el mismo objeto, que también por mayoría fue considerada inadmisibles.¹⁹ La disidencia en ambas acciones fue del magistrado José Osvaldo Casás. Años más tarde, el 27 de agosto de 2014, el Tribunal Superior de Justicia se expidió en autos “Asociación Argentina de compañía de Seguros (AACS) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sobre el régimen de Riesgo Fiscal y, por unanimidad fue rechazada la acción intentada. En la causa

“Oliveto Lago, Paula Mariana y otro c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la resolución que creaba un sistema de recaudación sobre Netflix; el Tribunal también por voto unánime declaró inadmisibile la acción.²⁰

Entre los casos particulares cabe destacar el precedente “S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ GCBA s/amparo”, en el que se pretendía: a) la declaración de nulidad de los decretos del Poder Ejecutivo y resoluciones de la administración tributaria, en cuanto instituyeron un régimen de recaudación sin prever la emisión de un certificado de no retención cuando se produjeran saldos a favor; b) la emisión de ese certificado y c) la devolución de lo retenido. El magistrado de primera instancia, Juan Vicente Cataldo, en sentencia ejemplar hizo lugar a la acción. La Cámara luego revocó la sentencia exhortando al Poder Ejecutivo a dar cabal solución o disminuir los efectos negativos que se generan como consecuencia del marco normativo cuestionado. El Tribunal Superior de Justicia por ajustada mayoría decidió hacer lugar a la acción y la devolución de los saldos a favor acumulados.

En “Organización Michemberg SRL c/GCBA s/ amparo”²¹ la Cámara revocó la sentencia de la instancia anterior y ordenó el cese de las retenciones por SIRCRES sobre el concepto de “honorarios” que perseguía la actora por su actividad de administradora de consorcios. El Tribunal Superior rechazó la queja interpuesta por el Gobierno por extemporánea. En la causa “Aguscam SRL c/ GCBA s/amparo”²² el gobierno planteó una queja ante el rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia que modificó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y ordenó la exclusión de la empresa actora del padrón de Riesgo Fiscal y la devolución de los montos retenidos por aplicación del SIRCRES. El Tribunal Superior consideró mal planteada la queja presentada por el gobierno.

En el caso “Minera IRL Patagonia S.A. c/GCBA s/amparo”²³ el Tribunal Superior modificó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y

ordenó que la dispensa de la retención dispuesta por el “a quo” perdure hasta el momento que se compense o se restituya el saldo acreedor que Minera IRL Patagonia S.A. tenga a la fecha en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

Colofón

El camino descripto nos plantea el interrogante sobre el futuro de la acción de amparo y la acción meramente declarativa como herramienta idónea para la discusión por parte de los ciudadanos de conculcaciones que pudiera ocasionar la administración fiscal en el ámbito local.

También como se pudo observar de la reseña jurisprudencial efectuada, el reconocimiento de estas vías no impidió a los tribunales rechazar acciones por cuestiones de fondo pero sí colaboraron en facilitar el acceso a la jurisdicción para la protección de los derechos, en los casos en que sí se hizo lugar a lo solicitado.

En los supuestos de legitimación procesal activa de las asociaciones no puede afirmarse categóricamente que la Corte recepcionará a futuro para la materia tributaria la línea que trazara a partir de “Halabi” para los derechos individuales que afecten a una clase.

En materia de acciones de amparo sí puede afirmarse que en el plano nacional se ha superado el problema que planteó la utilización de esta vía para discutir cuestiones patrimoniales.

En lo que respecta a la acción meramente declarativa si bien la jurisprudencia nacional no ha trazado una diáfana línea en su evolución, no se desconoce su vigencia como un camino procesal idóneo para la defensa de los contribuyentes.

Una mayor amplitud en el reconocimiento de las formas aumenta la calidad institucional y eleva al ciudadano casi a un nivel de igualdad con fisco para proteger sus derechos.

Una mayor amplitud en el reconocimiento de las formas aumenta la calidad institucional y eleva al ciudadano casi a un nivel de igualdad con fisco para proteger sus derechos.

Notas

1. Tarsitano, Alberto, “El Tribunal Fiscal de la Nación. Origen, naturaleza y características del contencioso tributario en sede administrativa”, Doctrina Tributaria Errepar, 10-2-86. El tribunal sigue forjando su competencia a modo de ejemplo traigo la discusión que subyace en la causa “Fisco Nacional c/ Distri-Visión S.A. s/ejecución fiscal”, CSNJ 19/11/2013 o la que invocaron en la causa “Arauca Bit AFJP S.A. s/recurso directo de organismo externo”, CN Fed Contencioso administrativo, Sala III, 16/02/2017.

2. Resulta interesante la evolución que describe sobre el particular Ricardo Haro en “la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. (www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeincontitucional) (06/7/17).

3. Fallos 313:1513. Ver en especial los Considerandos 5º y 6º del voto en disidencia del entonces ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Augusto C.J. Belluscio. Allí el ministro recuerda el criterio del Más Alto Tribunal en Fallos 280:238 (“Haddad, Andrés s/acción de amparo” del 28 de julio de 1971), en el que se dijo “...el apelante ha omitido demostrar en el escrito de interposición del recurso que su pretensión –de carácter estrictamente patrimonial– no pueda hallar tutela adecuada por los procedimientos ordinarios ni que se encuentra impedido de obtener, mediante ello, la reparación de los perjuicios que eventualmente podría causarle la decisión administrativa impugnada”. El Doctor José Osvaldo Casás, en su voto en el caso “Herrero, María Cristina c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, TSJCABA, 22 de

diciembre de 2014, recuerda el precedente “S.R.L. Aserraderos Clipper”, Fallos: 249:221, sentencia del 2 de marzo de 1961 en el que se había negado la posibilidad de utilizar la vía del amparo para discutir cuestiones patrimoniales. También recordó el magistrado que tiempo más tarde en el caso “Kraus, Justin c. M.C.B.A. s. amparo” –Fallos 287:258, sentencia del 20 de noviembre de 1973 se resolvió la improcedencia del recurso extraordinario deducido por la Municipalidad de Buenos Aires contra el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la acción de orden patrimonial. La vía de la acción de amparo en cuestiones patrimoniales ya había sido admitida en autos “Llugdar, Norberto s/ recurso de amparo” (Fallos 267:411); y tiempo más tarde que el referido caso “Kraus, Justin”, en los conocidos casos “Ventura, Alberto F. J. y otra c/ Banco Central de la República Argentina s/amparo” (Fallos 294:152) y “Bonorino Perú, Abel y otros. c/ Estado Nacional”, CSJN 15/11/85, publicado en ED–116:323), entre muchos otros.

4. Ver el desarrollo jurisprudencia en materia de amparo a nivel nacional en el voto del doctor José Osvaldo Casás en las causas “Minian, Mario V. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Minian, Mario Víctor c/GCBA s/acción de amparo’ del 9 de junio de 2004 y “Herrero, María Cristina c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 22 de diciembre de 2014.

5. “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/amparo” (Fallos 326:3007); “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado Nacional s/amparo” (Fallos 326:2998), las dos primeras del 26 de agosto de 2003; “Colegio de Abogados de Provincia de Buenos Aires c/Administración Federal

de Ingresos Públicos s/amparo" (C 733 XXXVIII); "Colegio de Escribanos de la Capital Federal c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos– (monotributo) dto. 885/98 s/ amparo ley 16986", éstas del 7 de octubre de 2003; "Defensor del Pueblo de la Nación c/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos– (monotributo) dto. 885/98 s/amparo" (Fallos 326:2777) del 21 de agosto de 2003 y "Cámara de Comercio de San Rafael c/Poder Ejecutivo Nacional". En esta última, se dio como particularidad que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo el dictamen del Sr. Fiscal Subrogante ante la Corte del 17 de noviembre de 2005, dejó sin efecto la cautelar dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza el 11 de julio de 2007, sin cuestionar la legitimación procesal activa, lo que llevó a Rodolfo Spisso a señalar un virtual cambio de la doctrina ("Legitimación para la defensa de derechos de incidencia colectiva. Virtual cambio en la doctrina de la Corte", Revista Derecho Fiscal, mayo/junio 2007, Lexis Nexis, páginas 69 a 74). En el caso "Mujeres por la vida –Asociación Civil sin fines de lucro– Filial Córdoba c/Estado Nacional-P.E.N. -Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo" (Fallos 329: 4593) del 31 de octubre de 2006, quisiera destacar la disidencia de la Doctora Carmen Argibay en cuanto refiere expresamente a los precedentes 326:2998 y 326:3007, como supuestos de acciones individuales homogéneas.

6. Dictamen del Procurador Fiscal de la Corte Suprema de Justicia del 4 de diciembre de 1986.

7. Fallos: 332:111.

8. Sentencia cautelar del 14 de febrero de 2012.

9. CSJN, "Asociación de Bancos Privados de Capital Argentino (ADEBA) y otros c/Misiones, provincia de y otro s/medida cautelar, sentencia del 6 de diciembre de 2011; CSJN, "Asociación de Bancos de la Argentina c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 15 de julio de 2014; Cámara Federal de Rosario, Sala B, "Usuarios y Consumidores Unidos, Noelia Bristos c/A.F.I.P.- DGI s/acción meramente declarativa-Reintegro (del Juzgado Federal de San Nicolás), sentencia de repetición

colectiva de fecha 30 de mayo de 2017; y del Juzgado Federal de Viedma "Asociación Civil Encuentro Solidario y otros c/Comisión Nacional de Pensiones no contributivas (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) s/amparo-ley 16.989", sentencia cautelar del 22 de junio de 2017.

10. Recordemos que en esa etapa del proceso de construcción del Poder Judicial local fue la justicia contravencional y de faltas en comisión quien tenía a su cargo el tratamiento de las acciones de amparo.

11. TSJCABA, "Cámara Argentina de Supermercados s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Cámara Argentina de Supermercados c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 27 de mayo de 2003.

12. Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, sentencia interlocutoria del 15 de noviembre de 2005.

13. Ver los votos de la doctora Ana María Conde y Luis Francisco Lozano, en la sentencia del 21 de marzo de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

14. Cám. Cont. Adm. y Trib. CAB, Sala II, sentencia del 26 de marzo de 2009.

15. TSJCABA, sentencia del 11 de agosto de 2010.

16. TSJCABA, sentencia del 4 de diciembre de 2013.

17. TSJCABA, sentencia del 22 de diciembre de 2014.

18. TSJCABA, sentencia del 26 de marzo de 2009.

19. TSJCABA, sentencia del 29 de julio de 2009.

20. TSJCABA, sentencia del 26 de noviembre de 2014.

21. TSJCABA, sentencia del 25 de octubre de 2010.

22. TSJCABA, sentencia del 24 de agosto de 2012.

23. TSJCABA, sentencia del 12 de noviembre de 2014.

APUNTES SOBRE LA LLAMADA TRANSFERENCIA DE LA JUSTICIA NACIONAL ORDINARIA A LA CIUDAD

POR LUIS ESTEBAN DUACASTELLA ARBIZU*

A raíz de la firma del Convenio inter jurisdiccional de transferencia progresiva de la JUSTICIA NACIONAL ORDINARIA PENAL a la CABA se ha dado, entre las Asociaciones de Magistrados y el poder político, una interesante discusión sobre su constitucionalidad, sus posibles efectos sobre el justiciable y los titulares de los órganos de justicia actuales.

Es conveniente distinguir dos cuestiones de forma previa al abordaje de la cuestión:

La primera es a quien, es decir a qué órgano de soberanía política e institucional, le corresponde la competencia judicial ordinaria, es decir el conocimiento de las causas a las que deben aplicarse los códigos de fondo –penal, civil y comercial y del trabajo–, cuando las personas o las cosas cayeren en jurisdicción de la Ciudad. Consecuentemente se debate el derecho de los habitantes de esta última a darse sus propias instituciones.

La segunda se refiere a la calidad que revisiten los magistrados y miembros del Ministerio Público que actualmente administran la denominada Justicia Nacional Ordinaria, y la preservación de sus derechos personales frente al eventual traspaso a la Ciudad.



*Defensor General Adjunto en lo Penal Contravencional y de Faltas – Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Anteriormente, Fiscal en lo Penal, Contravencional y de Faltas 1998 - 2012.

1. Autonomía Plena y la Competencia de los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Es indiscutible que los habitantes de la CABA tienen derecho a participar, a través de sus instituciones, Jefe de Gobierno y Legislatura, en el nombramiento de jueces, fiscales, defensores y asesores tutelares que entenderán en sus conflictos.

Simplemente se trata de establecer la fuente de legitimidad de la Justicia que se imparte en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir de la participación de sus vecinos en el proceso de selección de los jueces que dictarán sentencias, los fiscales que detentarán la titularidad de la acción pública, los defensores públicos que asegurarán el derecho de defensa en juicio de quienes carezcan de abogado de confianza y los asesores tutelares que representarán el plus de derechos de los niños, niñas y adolescentes e incapaces.

Todo análisis que pretenda hacerse de esta cuestión debe partir de la primera norma legal que reconoció este derecho, esta es la Ley 24.309, declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución que incluyó en el Núcleo de Coincidencias básicas en el art. 2º punto F, sobre Elección directa del Intendente y la reforma de la ciudad de Buenos Aires, que define:

- a) El pueblo de la ciudad de Buenos Aires elegirá directamente su jefe de gobierno.
- b) La ciudad de Buenos Aires será dotada de un status constitucional especial, que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción.
- c) Una regla especial garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.¹

De tal forma, la Asamblea Constituyente de 1994 sancionó el artículo 129 de la CN que reza: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de

lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

Es decir que las facultades propias de jurisdicción le son reconocidas a los ciudadanos de Buenos Aires desde la sanción de la reforma constitucional, hallándose sólo transitoriamente limitadas por el art. 8º de la ley de Garantías de Intereses Federales n° 24.588.²

En función de compatibilizar esta facultad propia de jurisdicción y el interés del Estado Nacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mientras ésta sea Capital de la República, el Poder Ejecutivo Nacional, a pocos días de sancionada la Constitución de la CABA convocó al Primer Jefe de Gobierno, Dr. Fernando de la Rúa, al Presidente de la Comisión Bicameral Ciudad de Buenos Aires, Eduardo Vaca, y a la Presidenta de la Convención Constituyente de la Ciudad Graciela Fernández Meijide, a integrar una Comisión creada en Jurisdicción del Ministerio de Justicia que tenía a su cargo el estudio y la elaboración de los proyectos normativos que resulten necesarios para hacer efectiva la transferencia de la Justicia Nacional Ordinaria de la Capital Federal a Jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la planificación y seguimiento de su posterior instrumentación.³

Estos primeros acuerdos dieron pie a los llamados Primer y Segundo convenios de transferencia progresiva de competencias penales aprobados por las leyes 25.752 y 26.357.⁴ Varios años después se sancionó la ley 26.702 que dispuso la transferencia de múltiples competencias penales que incluyeron no solo casi todas las del entonces fuero Nacional Correccional, sino algunas del entonces fuero de Instrucción Criminal, ahora unificados.⁵

Además de las normas generales dictadas por el Congreso y la propia Asamblea Nacional Constituyente, y la expresa voluntad del Poder Ejecutivo Nacional referenciadas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado, en relación al artículo 8º de la ley 24.588, esta

De tal forma, la Asamblea Constituyente de 1994 sancionó el artículo 129 de la CN que reza: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

norma reglamentaria del art. 129 de la CN, que “el legislador tuvo el propósito de generar, gradualmente, un traspaso ordenado de las distintas competencias nacionales a la órbita judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sin que, por esa razón, se altere la prestación correcta de la administración de justicia tal como, posteriormente aconteció y quedó plasmado en los sucesivos convenios que sobrevinieron a aquella ley” (Fallos 333:589).

Asimismo la CSJN, ante la precariedad de esta situación al sostener que, “*en atención a que la Constitución Federal le reconoce a la Ciudad su autonomía, no puede sino concluirse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos*” (...) “*...las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones*

provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local...”. Y culmina: “*... transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional...*” (cfr. Voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda en “Corrales, Guillermo Gustavo y otros s/habeas corpus” competencia CCC 7614/2015/CNC1-CA1).

En virtud de ello el tribunal en pleno resolvió el 9 de diciembre de 2015: “Por tanto de aquí en más, a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales”.

En su actual composición, la citada Corte, ha ratificado esa doctrina en el caso CCC 3559/2015/16/5/1/RH8 “N.N. y otros s/ averiguación de delito damnificado Nisman, Alberto”, con voto en disidencia de la Dra. Highton de Nolasco el 20 de septiembre de 2016,

Finalmente la referida CSJN, el 21 de febrero de 2017, nuevamente ratificó el carácter transitorio de la Justicia Nacional, esta vez respecto del Fuero del Trabajo de la Capital Federal, en el precedente CNT 679/2016/1/RH1 “Sapienza, Matias Ezequiel y otros”.

Sentada entonces la naturaleza local de la llamada Justicia Nacional de la Capital Federal y su inexorable transitoriedad resta establecer si de hacerse efectiva la transferencia se produciría una posible afectación a la normal prestación del servicio de justicia.

Si bien corresponde analizar fuero por fuero, la posibilidad y oportunidad de transferencia del servicio de justicia, es justo sostener que la Ciudad cuenta con el adecuado marco institucional para cumplir ese cometido ya que el art. 106 de la Constitución de la CABA expresa que *“Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución (...) por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente”*.

La cláusula transitoria decimotercera de la Constitución local faculta al Gobierno de la Ciudad a convenir con el Gobierno Federal la transferencia de los jueces “ordinarios nacionales” (no federales, recalco yo) al Poder Judicial local, y agrega que dicha facultad “no impide que las autoridades constituidas puedan llegar a un acuerdo en términos diferentes para lograr una transferencia racional de la función judicial...”.

En particular, con relación al convenio que da pie a este ensayo debemos destacar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con un Fuero Penal, Contravencional y de Faltas integrado por magistrados, fiscales, defensores y asesores tutelares designados tras una exhaustiva selección por concurso llevados a cabo por el Consejo de la Magistratura local y sujetos a su poder disciplinario y al mecanismo de remoción por un Jurado de Enjuiciamiento⁶.

Además esta justicia se lleva a cabo desde hace más de 10 años a partir de la aplicación de un Código de Procedimiento Penal de carácter

acusatorio y oral que recepta la titularidad de la acción en cabeza del Ministerio Público Fiscal, mucho más avanzado y garantista que el sistema inquisitivo moderado aplicable en los tribunales penales ordinarios de la Nación⁷.

2.- Situación de los jueces nombrados en virtud de la ley 1.144 de Federalización de la Ciudad de Buenos Aires y normas posteriores

De la jurisprudencia reseñada se deduce, sin lugar a duda, que nuestro ordenamiento constitucional solo reconoce dos jurisdicciones: la Federal de excepción, y la local o provincial según las cosas o las personas cayesen en su respectiva jurisdicción⁸.

Veamos cual es la naturaleza de los jueces que ejercen la jurisdicción local u ordinaria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde su federalización hasta la actualidad.

Hasta la reforma constitucional de 1994, el “Intendente” era designado por el Presidente de la Nación, con acuerdo del Senado en función de su carácter de “legislatura exclusiva de la Capital Federal”, conforme el inciso 27 del art. 67 de la CN, y carecía de justicia propia.

En el año 1972 se dictó la Ley 19.986, Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires, que incluyó la creación de Consejos Vecinales y de la Justicia Municipal de Faltas. Hasta ese momento en el territorio de la Ciudad sólo existía la justicia nacional no federal (la “ordinaria”) para resolver las controversias de derecho común que requiriesen una solución judicializada.

Estos jueces “nacionales ordinarios de la Capital Federal” eran nombrados hasta ese momento por el Poder Ejecutivo también con acuerdo del Senado en función de su carácter de “legislatura exclusiva de la Capital Federal”, conforme el inciso 27 del art. 67 de la CN de 1853, con las reformas de 1860.

El sustento de esta facultad del Ejecutivo para designar a los Jueces Letrados de la entonces llamada “Justicia de la Capital de la República” surge del artículo 57 de la ley 1.144

Sentada entonces la naturaleza local de la llamada Justicia Nacional de la Capital Federal y su inexorable transitoriedad resta establecer si de hacerse efectiva la transferencia se produciría una posible afectación a la normal prestación del servicio de justicia.

de “Organización de la Justicia de la Capital Federal”, sancionada el 6 de diciembre de 1881 como consecuencia de la declaración de la Ciudad de Buenos Aires como Capital de la República, luego de la cruenta batalla del 20 de septiembre de 1880.

La realidad histórica obligó en 1881 a organizar por ley la justicia “para el territorio de la Capital” apartándose del diseño constitucional que contempla sólo dos justicias, la Federal (de excepción) y la local. Los jueces federales y la jurisdicción de las provincias coexisten desde la Constitución de 1853-1860, siendo designados los primeros por el Poder Ejecutivo de la Nación con acuerdo del Senado de la Nación, y los segundos por el Gobernador con acuerdo de la Legislatura provincial, siendo estos los únicos dos centros del poder político soberano y autónomo contemplados en la Constitución Nacional para organizar el poder judicial.

La ley 1.144 en su título preliminar establecía que la administración de justicia de la Capital de la República será desempeñada por las siguientes autoridades: Alcaldes, Jueces de Paz, Jueces de Mercado, Jueces Letrados, Cámaras de Apelación.

Esta ley fue reemplazada por la ley 1.893, también sobre organización de los tribunales de la Capital, sancionada el 2 de noviembre de 1886, conservando según el artículo 19, igual denominación y cargos. Los Jueces Letrados eran designados según su artículo 69, con la misma fórmula institucional que el art. 57 de la ley 1.144.

La fórmula institucional de la ley 1.144 no difería en nada de la prevista en los artículos correspondientes de la ley 1.532 de Organización de los Territorios Nacionales, cuyo Gobernador era nombrado por el Poder Ejecutivo, previendo una Legislatura unicameral y dos categorías de jueces: los de paz (art. 10 y sgs), cuyas atribuciones en materia punitiva quedaban limitadas a causas correccionales cuya pena no excediera de cuatro días de arresto o multa de \$20m/n, y los jueces letrados (art. 33 y sgs) nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, a los que les eran aplicables las disposiciones de la ley Orgánica de la Justicia Nacional, y que resolverían *“en las causas que en la citada ley se atribuyen a los jueces en lo civil, comercial, correccional y criminal”*.

La competencia de los Tribunales de los Territorios Nacionales y los Tribunales de la Capital de la República era idéntica a la de los Tribunales de Provincia, en los términos del art. 67, inc. 12, de la Constitución Nacional (actual 75, inc. 12, de la CN reformada en 1994).

Hay antecedentes que expresan con claridad esta similitud. El ya mencionado Decreto 1417/96 en sus considerandos dice:

VISTO la Ley N° 24.588 y la cláusula Transitoria Decimotercera del ESTATUTO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, y

CONSIDERANDO:

- > Que la Ley Nacional y el Estatutos mencionados en el VISTO, exteriorizan la voluntad normativa de dotar a la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES de un Poder Judicial propio.

- > Que desde la institucionalización de nuestro país, en aquellos Territorios donde la autoridad política era asumida por un delegado del Poder Federal, se hizo necesario crear la Justicia Nacional, como un modo de brindar servicios de justicia en referencia a los conflictos entre los vecinos de esos Territorios que no fueran materia federal.
- > Que con la provincialización del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, mediante Ley N° 23.775 sancionada el año 1990, y la declaración de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, merced a la reforma constitucional de 1994, se cierra el ciclo histórico hacia el pleno federalismo iniciado durante la Primera Presidencia del Teniente General D. Juan Domingo PERON, con la provincialización de los Territorios Nacionales que son hoy las provincias del CHACO, y LA PAMPA, y luego MISIONES, FORMOSA, Río NEGRO, CHUBUT, SANTA CRUZ y NEUQUEN.
- > Que al igual que lo ocurrido en los Territorios antes mencionados, cobra vigencia el debate sobre el traspaso de la Justicia Nacional en este distrito, que no siendo provincia tiene facultades Jurisdiccionales.
- > Que corresponde en consecuencia que el Gobierno Nacional propicie las reformas necesarias para fortalecer las instituciones democráticas facilitando que la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES organice la función judicial propia que le asigna el artículo 129 de la CONSTITUCION NACIONAL, a los efectos de la solución de controversias entre sus habitantes.
- > Que es voluntad del PODER EJECUTIVO NACIONAL realizar todos los actos tendientes al cumplimiento de los objetivos antes mencionados. En ese sentido debe propiciarse la transferencia de la Justicia Nacional Ordinaria al PODER JUDICIAL de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES.
- > Que la citada transferencia debe llevarse a cabo mediante las reformas legislativas correspondientes que aseguren la independencia y los derechos que permiten resguardarla
- > Que deberán instrumentarse los mecanismos legales necesarios para que la transferencia se realice con las partidas presupuestarias correspondientes.
- > Que debe invitarse al Gobierno de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES a participar en la elaboración de los proyectos de leyes y demás instrumentos legales necesarios para viabilizar la mencionada transferencia.
- > Que, asimismo, deberá invitarse a la Comisión Bicameral Ciudad de Buenos Aires a designar un representante para la integración de la Comisión que se crea por el presente decreto.
- > Que en igual sentido resulta conveniente que la entonces Convención Estatuyente, que receptó la voluntad política de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES en el sentido de contar con Poder Judicial propio, sea también invitada a través de la persona de su ex-Presidente.
- > Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 1, de la Constitución Nacional.

Es decir que, como puede verse con claridad, los jueces letrados de los territorios nacionales se correspondían perfectamente con los “jueces ordinarios” con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, donde coexistían –en defecto de una justicia local propia–, con los jueces federales, sin ser jueces federales.

Esta situación se mantuvo hasta la sanción de la Constitución de 1949 que integró en su artículo 9.410 a los jueces de la Capital federal con competencia ordinaria al Poder Judicial de la Nación, lo que obligó a la sanción de la ley 13.998, en fecha 29 de septiembre de 1950.¹¹

Durante el lustro en que rigió la Constitución de 1949 la situación fue distinta ya que entre las Atribuciones del Poder Judicial el art. 95 establecía que: *Corresponde a la Corte Suprema*

de Justicia y los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el art. 68, inc. 11 (idéntico al actual 75, inc. 12, de la CN 1994)..., de las causas que se sustancien en la Capital Federal y en los lugares regidos por la legislación del Congreso.

Esta cláusula fue la única mención constitucional a la existencia de una Justicia Nacional para la Capital Federal. Lamentablemente el gobierno de facto nacido del golpe militar que derrocara al gobierno democrático derogó por decreto la referida constitución soberana.

En aquel entonces ningún juez de esta Ciudad consideró inconstitucional la medida que le devolvía a los Tribunales Ordinarios de la Capital Federal su condición de justicia local creada por ley del Congreso Nacional como legislatura exclusiva de la Ciudad Capital. (Art. 67, inc. 27, CN anterior a la reforma de 1994).

De hecho el Gobierno de facto debió dictar el Decreto Ley 1285/58¹² para “reorganizar la Justicia Nacional” en el que en sus considerandos reza:

CONSIDERANDO:

- > Que al restablecer la Revolución Libertadora la vigencia de la Constitución Nacional de 1853 y sus reformas de 1860, 1866 y 1898, ratificada por la Convención Nacional Constituyente, no pueden seguir en vigencia las leyes que no se adapten a dicho texto constitucional;
- > Que corresponde, por tanto, adecuar la competencia propia de la Corte Suprema y demás tribunales de la Nación en concordancia con la Constitución vigente;
- > (...) Que también deben modificarse las denominaciones de los diversos tribunales nacionales;
- > Que en consecuencia, se hace ineludible modificar la actual ley de organización de la Justicia Nacional;

Por todo ello:

El Presidente Provisional de la Nación Argentina en Ejercicio del Poder Legislativo, Decreta con Fuerza de Ley:

Artículo 1º - El Poder Judicial de la Nación será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales nacionales de la Capital Federal y los tribunales nacionales con asiento en las provincias y territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Artículo 2º - Los jueces de la Nación son nombrados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado y, durante el receso del Congreso, en comisión hasta la próxima legislatura. La compensación será uniforme para todos los jueces de una misma instancia, cualquiera sea el lugar donde desempeñe sus funciones. Este principio se aplicará igualmente para la retribución de todos los funcionarios y empleados de la justicia nacional.

Artículo 3º- Los jueces de la Nación son inamovibles y conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. Sólo pueden ser juzgados y removidos en la forma establecida por la Constitución nacional.

Esta norma de facto, que aún rige la organización del Poder Judicial de la Nación, derogó la Ley N°13.998 y cualquier otra disposición en todo cuanto se opusiera a dicho decreto ley.

Habiendo sido reformada la Constitución en 1994 los postulantes a Jueces de la Nación pasaron a ser “seleccionados” por el Consejo de la Magistratura conforme lo establece el artículo 114 de la CN, conservando el Poder Ejecutivo la facultad de nombrar a los jueces de los tribunales federales inferiores en base a la propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura con acuerdo del Senado en sesión pública.¹³

Como vemos la expresa limitación al Poder Ejecutivo para designar jueces federales, solo permite entender, que mas allá de su selección como postulante por el Consejo de la Magistratura, los acuerdos que el Senado otorga a Magistrados Nacionales ordinarios lo son en función del inciso 30 del art. 75 de la CN,

como “Legislatura exclusiva de la Capital de la Nación”, en función de lo previsto en el art. 2 del DL 1285/58.

No existe, pues en la Constitución Nacional, un centro político soberano del que emane la jurisdicción de los jueces “nacionales ordinarios”. El congreso Federal sólo tiene facultades para crear tribunales federales inferiores a la CSJN y el Senado prestar el acuerdo a los jueces que proponga el Consejo de la Magistratura de la Nación para ocupar esos cargos.

Con posterioridad al año 1994, y sobre todo después del año 1996, la potestad soberana de crear tribunales locales le corresponde a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es a su vez quien puede prestar acuerdo a las postulaciones de jueces que proponga el Consejo de la Magistratura de la CABA.

3- Alcances del Convenio suscripto

El Convenio interjurisdiccional de transferencia progresiva de la JUSTICIA NACIONAL ORDINARIA PENAL¹⁴ no incluye la transferencia de ningún Magistrado de la Nación al Poder Judicial de la Ciudad, sino tan sólo órganos vacantes a la fecha de firma del acuerdo y aquellos que queden vacantes en los próximos tres años.

En su CLÁUSULA SEGUNDA se establece: “EL ESTADO NACIONAL” *transfiere* y “LA CIUDAD” *recibe*, sujetos a la denominación y organización que la LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES establezca:

- OCHO (8) Juzgados en lo Criminal y Correccional;
- DOS (2) Juzgados de Menores;
- QUINCE (15) vocalías de los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional;
- TRES (3) vocalías de los Tribunales Orales de Menores;

- OCHO (8) Fiscalías en lo Criminal y Correccional;
- SEIS (6) Fiscalías Generales ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional;
- UNA (1) Fiscalía ante los Tribunales Orales de Menores;
- TRES (3) Fiscalías Generales adjuntas a la Procuración General de la Nación;
- TRES (3) Defensorías Públicas Oficiales ante los Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional.

Se deja constancia que la denominación utilizada corresponde a la unificación de fueros establecida por la Ley N° 27.308, cuya fecha de implementación fue fijada para el día 1° de marzo de 2017, por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.

CLÁUSULA CUARTA: Para lograr una transferencia racional de la función judicial, las Partes celebrarán convenios específicos para identificar los órganos transferidos por la CLÁUSULA SEGUNDA, de entre aquéllos cuya titularidad se encuentre vacante a la fecha de suscripción del presente convenio. Se identificará también a los agentes transferidos de acuerdo a las pautas de la CLÁUSULA TERCERA.

CLÁUSULA SEXTA: Las Partes se comprometen en el plazo de TRES (3) años a partir de la entrada en vigencia del presente a disponer la transferencia de los órganos que en lo sucesivo queden vacantes en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, en la Justicia Nacional de Menores y en los Ministerios Públicos, garantizando la prestación ininterrumpida del servicio de justicia en sus respectivas jurisdicciones.

Concluyendo

Aunque alguna parte de la doctrina pueda poner en duda el status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, ninguna duda cabe que respecto de las facultades jurisdiccionales debe considerársela una provincia a los efectos de la reserva del art. 75, inc. 12, de la CN.¹⁵

En consecuencia, el único punto en discusión se refiere exclusivamente a los derechos de los Magistrados Nacionales Ordinarios. Es decir su estabilidad, la intangibilidad de su remuneración, las condiciones de Jubilación, las mayores para enjuiciamiento.

Sin embargo, el convenio en trámite de aprobación no incluye a estos Magistrados por lo que sus derechos no están en riesgo. Por el contrario pareciera surgir de la Cláusula SEXTA que el programa de transferencias se limitará en lo PENAL a los órganos que en lo sucesivo queden vacantes en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, en la Justicia Nacional de Menores y en los Ministerios Públicos.¹⁶

La tarea es trabajar sobre los proyectos legislativos de Nación y Ciudad para que se garanticen los derechos de los que en el futuro sean pasibles de transferencia.

Las causas judiciales en donde no exista un interés federal de por medio, por delitos cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no deben sustanciarse más que ante los jueces del Poder Judicial de ésta, designados por las instituciones locales o transferidos por la Nación con acuerdo de la Legislatura local.

Notas

1. Para llevar a cabo estas modificaciones se aconsejó expresamente la reforma al artículo 67, inciso 27, y al artículo 86, inciso 3 de la Constitución Nacional.

2. La Ley 24588 más conocida como Ley Cafiero, establece en el art. 8° 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.

3. Decreto 1417/PEN/96. Puede consultarse en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40814/norma.htm>.

4. En fecha 1 de diciembre de 2003 se firmó el “Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales entre el PEN y el GCBA, ratificado por leyes 25.752 y 597 de la legislatura de la CABA. En 1 de junio de 2004 se firmó el “Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales entre el PEN y el GCBA, ratificado por leyes 26.357 y 2.257 de la CABA.

5. La ley 26.702 BO 5-10-2011 no fue ratificada por la Legislatura de la CABA.

6. Leyes 31, 54 y 3989.

7. Ley 2.303, Código Procesal Penal de la CABA – BOCABA n° 2679 del 8/05/2007.

8. Artículo 75 CN, inciso 12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones;(…).

9. Derogada primero por el art. 85 de la ley 13998, retoma su vigencia y luego es parcialmente derogada por el Decreto Ley 1285/58.

10. Art. 94 Constitución de 1949. La Corte Suprema de Justicia dictará su reglamento interno y económico y nombrará sus empleados. Ejercerá superintendencia sobre los jueces y tribunales que integran la Justicia de la Nación. En la Capital de la República todos los tribunales tienen el mismo carácter nacional.

11. Ley 13998, B.O. 11/10/1950, Reglamentaria del art. 94 de la Constitución Nacional de 1950.

12. Ratificado por Ley 14.467.

13. Conforme Art. 99, inciso 4, CN.

14. Este convenio fue aprobado por la Legislatura de la CABA y tiene estado parlamentario en el Senado de la Nación.

15. Ver al respecto interesante artículo de Adrián Martín publicado en “El Dial” del 9/9/2011, “Algunas nuevas cuestiones sobre el juzgamiento de delitos por parte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”

16. Este proyecto legislativo compite con otro del PEN que tiene aún estado legislativo, que propone la sustitución del art. 8° de la ley 24.588 por el siguiente: “La jurisdicción, competencia y órganos no federales del Poder Judicial de la Nación se transfieren a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La transferencia incluye magistrados, funcionarios y empleados, medios materiales y bienes muebles e inmuebles...”

ONU, ESTADO, EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS



Se transcribe a continuación el Marco de las Naciones Unidas para “PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR” y sus Principios Rectores, suministrado por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU.

Los Principios Rectores son la culminación de seis años de trabajo del que fuera Representante Especial del Secretario General, que incluye la investigación en profundidad, amplias consultas con las empresas, los gobiernos, la sociedad civil, personas y comunidades afectadas, juristas, inversores y demás interesados, así como la puesta a prueba de las propuestas en la práctica.

Los Principios Rectores se elaboraron para poner en práctica el Marco para “proteger, respetar y remediar” que el Representante Especial presentó a las Naciones Unidas en 2008.

Ese Marco se apoya en los tres pilares siguientes:

- > El deber del Estado de proteger los derechos humanos;
- > La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos;

- > La necesidad de mejorar el acceso a las vías de reparación de las víctimas de abusos relacionados con las empresas.

DEBERES DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS

Principio 1

Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidos en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.



Principio 2

Los Estados deben denunciar claramente que se espera, de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción, que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

FUNCIONES REGLAMENTARIAS Y NORMATIVAS DEL ESTADO DE CARÁCTER GENERAL

Principio 3

En cumplimiento de su obligación de protección, los Estados deben:

- a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias;
- b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas;
- c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades;
- d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

EL NEXO ENTRE EL ESTADO Y LAS EMPRESAS

Principio 4

Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidos por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.

Principio 5

Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos

Principio 6

Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que llevan a cabo transacciones comerciales.

FOMENTAR EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR LAS EMPRESAS EN ZONAS AFECTADAS POR CONFLICTOS

Principio 7

Puesto que el riesgo de violaciones graves de los derechos humanos es mayor en zonas afectadas por conflictos, los Estados deben tratar de asegurar que las empresas que operan en tales

contextos no se vean implicadas en abusos de este tipo, adoptando entre otras las siguientes medidas:

- a) Colaborar en la fase más temprana posible con las empresas para ayudarlas a determinar, prevenir y mitigar los riesgos que entrañen sus actividades y relaciones empresariales para los derechos humanos;
- b) Prestar asistencia adecuada a las empresas para evaluar y tratar los principales riesgos de abusos, prestando especial atención tanto a la violencia de género como a la violencia sexual;
- c) Negar el acceso al apoyo y servicios públicos a toda empresa que esté implicada en graves violaciones de los derechos humanos y se niegue a cooperar para resolver la situación;
- d) Asegurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos

GARANTIZAR LA COHERENCIA POLÍTICA

Principio 8

Los Estados deben asegurar que los departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales que configuran las prácticas empresariales sean conscientes de las obligaciones de derechos humanos del Estado y las respeten en el desempeño de sus respectivos mandatos, en particular ofreciéndoles la información, la capacitación y el apoyo pertinentes.

Principio 9

Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o

empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión.

Principio 10

Los Estados cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas, deberán:

- a) Tratar de asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección ni pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por las empresas;
- b) Alentar a esas instituciones, en el marco de sus respectivos mandatos y capacidades, a promover el respeto de los derechos humanos entre las empresas y a ayudar a los Estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, en particular mediante iniciativas de asistencia técnica, fomento de la capacidad y sensibilización;
- c) Inspirarse en estos Principios Rectores para promover el mutuo entendimiento y la cooperación internacional en la gestión de problemas relacionados con las empresas y los derechos humanos.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

PRINCIPIOS FUNDACIONALES

Principio rector 11

Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación

Principio rector 12

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Principio rector 13

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

- a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;
- b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

Principio rector 14

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

Principio rector 15

Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben

contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

PRINCIPIOS OPERATIVOS

COMPROMISO POLÍTICO

Principio rector 16

Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa;
- b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo;
- c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios;
- d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas;
- e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

LA DILIGENCIA DEBIDA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Principio rector 17

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

La debida diligencia en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

Principio rector 18

A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe:

- a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;
- b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de la operación.

Principio rector 19

Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas.

- a) Para que esa integración sea eficaz es preciso que:
 - i) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa;
 - ii) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos.
- b) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de:
 - i) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial;
 - ii) Su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

Principio rector 20

A fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe:

- a) Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados;
- b) Tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas.

Principio rector 21

Para explicar las medidas que toman para hacer frente a las consecuencias de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben estar preparadas para comunicarlas exteriormente, sobre todo cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes. Las empresas cuyas operaciones o contextos operacionales implican graves riesgos de impacto sobre los derechos humanos deberían informar oficialmente de las medidas que toman al respecto. En cualquier caso, las comunicaciones deben reunir las siguientes condiciones:

- a) Una forma y una frecuencia que reflejen las consecuencias de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos y que sean accesibles para sus destinatarios;
- b) Aportar suficiente información para evaluar si la respuesta de una empresa ante consecuencias concretas sobre los derechos humanos es adecuada;
- c) No poner en riesgo, a su vez, a las partes afectadas o al personal, y no vulnerar requisitos legítimos de confidencialidad comercial.

REPARACIÓN

Principio rector 22

Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos.

Principio rector 29

Para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las

empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas.

Principio rector 31

Para garantizar su eficacia, los mecanismos de reclamación extrajudiciales, tanto estatales como no estatales, deben ser:

- a) Legítimos: suscitar la confianza de los grupos de interés a los que están destinados y responder del correcto desarrollo de los procesos de reclamación;
- b) Accesibles: ser conocidos por todos los grupos interesados a los que están destinados y prestar la debida asistencia a los que puedan tener especiales dificultades para acceder a ellos;
- c) Predecibles: disponer de un procedimiento claro y conocido, con un calendario indicativo de cada etapa, y aclarar los posibles procesos y resultados disponibles, así como los medios para supervisar la implementación;
- d) Equitativos: asegurar que las víctimas tengan un acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos especializados necesarios para entablar un proceso de reclamación en condiciones de igualdad, con plena información y respeto;
- e) Transparentes: mantener informadas a las partes en un proceso de reclamación de su evolución, y ofrecer suficiente información sobre el desempeño del mecanismo, con vistas a fomentar la confianza en su eficacia y salvaguardar el interés público que esté en juego;
- f) Compatibles con los derechos: asegurar que los resultados y las reparaciones sean conformes a los derechos humanos internacionalmente reconocidos;
- g) Una fuente de aprendizaje continuo: adoptar las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de

mejorar el mecanismo y prevenir agravios y daños en el futuro;

Los mecanismos de nivel operacional también deberían:

- h) Basarse en la participación y el diálogo: consultar a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

CUESTIONES DE CONTEXTO

Principio rector 23

En cualquier contexto, las empresas deben:

- a) Cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen;
- b) Buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas;
- c) Considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen.

Principio rector 24

Cuando sea necesario dar prioridad a las medidas para hacer frente a las consecuencias negativas, reales y potenciales, sobre los derechos humanos, las empresas deben ante todo tratar de prevenir y atenuar las consecuencias que sean más graves o que puedan resultar irreversibles si no reciben una respuesta inmediata.

*Nota de edición: el articulado que aparece numerado en forma no consecutiva está tomado del último documento original de ONU



PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS



**Puesta en práctica
del marco de las Naciones Unidas
para "proteger,
respetar y remediar"**



CARTA SOCIAL DE LAS AMÉRICAS PARA ERRADICAR EL HAMBRE Y LA POBREZA

El Plan de Acción de la Carta Social de las Américas fue aprobada por el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 11 de febrero de 2015, y refleja la decisión y el compromiso de los Estados Miembros de erradicar la pobreza y el hambre.



También compromete a atender urgentemente los problemas serios de exclusión social y desigualdad en todos los niveles para alcanzar la equidad, inclusión y justicia social, al tiempo que reconoce que los Estados Miembros presentan diversos grados de avance en relación con las áreas propuestas.

Áreas de intervención

1.- Trabajo

Objetivo:

Mejorar la calidad del empleo existente y crear mayores oportunidades de empleo productivo, en condiciones de igualdad, dignidad, seguridad y bienestar.

Líneas estratégicas de acción:

Fortalecer las instituciones laborales, con el fin de asegurar la vigencia efectiva de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en condiciones de igualdad y dignidad.

Promover la generación de empleo y el acceso al trabajo decente, digno y productivo, entre otros, mediante el fomento de una mayor coherencia entre las políticas educativas, económicas y laborales, la creación de nuevas empresas

y la progresiva formalización de la economía informal.

Mejorar las oportunidades de acceso al mercado de trabajo y las competencias laborales de los trabajadores, con especial énfasis en los grupos que enfrentan mayores desafíos en el ámbito laboral.

Fortalecer los programas de certificación de competencias para promover la inserción laboral y mejorar las oportunidades de empleo.

Promover y aplicar políticas para la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo.

2.- Protección Social

Objetivo:

Crear o fortalecer sistemas integrales de protección social basados en el respeto por los derechos humanos y en los principios de universalidad, sostenibilidad, igualdad, inclusión, corresponsabilidad, solidaridad y equidad, que incluya la generación de oportunidades necesarias para que las familias e individuos en situación de vulnerabilidad mejoren su bienestar y calidad de vida.

Líneas estratégicas de acción:



Impulsar la implementación de pisos de protección social adecuados a la situación de cada país, promoviendo regímenes de protección social, sólidos, integrales y sostenibles.

Propiciar una articulación de los sistemas de protección social que considere diferentes enfoques y esquemas en un esfuerzo por garantizar amplia cobertura y distribución justa de beneficios, tomando en cuenta las circunstancias nacionales.

Promover un enfoque integral de la protección social que aborde las diferentes dimensiones y manifestaciones de la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión y reduzca las desigualdades, a través de una amplia gama de medidas, con perspectiva intergeneracional y de ciclo de vida.

Fomentar los programas de protección social orientados a fortalecer todas las familias, reconociendo que son el eje de las políticas y programas de desarrollo social.

Promover sistemas de protección social que mejoren el bienestar y desarrollo de las personas y las familias, inviertan en educación y capacitación, y contribuyan al desarrollo social y económico.

Evaluar alternativas para facilitar el reconocimiento de aportes nominales a seguridad social

y derechos de pensión de los trabajadores migrantes, de conformidad con las legislaciones nacionales.

3.- Salud

Objetivo:

Avanzar hacia el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud integral y buena calidad, con equidad, acompañada de modelos de protección social en salud para poblaciones en situación de vulnerabilidad.

Líneas estratégicas de acción:

Fortalecer la calidad y equidad y buscar asegurar la cobertura universal de los sistemas de salud a través de la atención primaria, acciones preventivas y de promoción y mecanismos de protección social.

Mejorar la disponibilidad y el acceso a servicios de salud de calidad, de acuerdo con los principios promovidos por la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017: los derechos humanos, la universalidad, la integralidad, la accesibilidad e inclusión, la solidaridad panamericana, la equidad en salud y la participación social.

Incorporar la promoción y protección de la salud en las políticas intersectoriales para atender

los determinantes sociales de la salud de nuestras poblaciones, según corresponda, con el fin de reducir inequidades, construir entornos físicos y sociales adecuados y facilitar comportamientos más saludables.

Reducir la carga prevenible y evitable de morbilidad, mortalidad y discapacidad por Enfermedades No Transmisibles.

Reducir el impacto de las enfermedades transmisibles en la salud de la población, mediante acciones integrales y multisectoriales, con especial énfasis en VIH-SIDA, tuberculosis, malaria y enfermedades desatendidas y emergentes.

Reducir la mortalidad infantil y materna, especialmente la mortalidad neonatal.

Preparar y adoptar, según corresponda, medidas intersectoriales para enfrentar desastres, pandemias y enfermedades que afecten la seguridad sanitaria nacional, regional y global.

Luchar por garantizar que la atención integral de salud esté disponible para todas las personas en cada una de las etapas de su curso de vida, asegurando que no sufran dificultades financieras.

4.- Alimentación y nutrición

Objetivo:

Promover la seguridad alimentaria y nutricional regional, con la participación activa de las personas, las comunidades y la sociedad civil en general.

Líneas estratégicas de acción:

4.1 Tomar acciones para erradicar la desnutrición y el hambre, en particular la desnutrición materna, del lactante y del infante.

Promover políticas de prevención de todas las formas de malnutrición, así como fomentar estilos de vida saludables y promover una educación nutricional de calidad, incluyendo prácticas de hábitos alimenticios saludables, información nutricional e higiene.

Promover políticas y programas que faciliten la disponibilidad y el acceso tanto físico, social

como económico a alimentos adecuados, sanos y nutritivos para todas las personas.

Apoyar la implementación de políticas y programas inclusivos para desarrollar sistemas alimentarios sostenibles, con particular atención a la erradicación del hambre, la desnutrición y la pobreza.

Promover la gestión del riesgo de desastres relativo a la agricultura y a la seguridad alimentaria de manera prioritaria y con respuesta eficaz ante las amenazas y emergencias, con especial atención a las poblaciones en situaciones de vulnerabilidad.

5.- Educación

Objetivo:

Garantizar el derecho a la educación sin discriminación, impulsar el acceso a una educación de calidad en todos los niveles y modalidades y, asegurar el acceso equitativo y universal a la educación primaria y secundaria.

Líneas estratégicas de acción:

5.1 Aumentar la cobertura y el acceso a una educación de calidad para la primer infancia, con especial atención a quienes viven en condición de pobreza o situación de vulnerabilidad.

5.2 Reforzar los programas integrales de educación dirigidos a la primera infancia con participación de los padres y las comunidades.

5.3 Fortalecer políticas y medidas para el acceso y permanencia de los niños, niñas y adolescentes en el sistema educativo, así como la culminación de los estudios.

5.4 Otorgar mayor atención a las necesidades de los y las estudiantes cuya lengua materna no sea la lengua de instrucción principal incluido, cuando corresponda, el suministro de servicios y materiales educativos en lenguas nativas.

5.5 Continuar y reforzar los programas y actividades para la erradicación del analfabetismo y para la disminución del analfabetismo funcional tomando en cuenta la realidad cultural y lingüística de la población.



Promover el desarrollo y/o fortalecer programas de educación para la inclusión social y académica de las personas con necesidades educativas especiales.

Promover el desarrollo y/o fortalecer programas de educación para las personas privadas de libertad orientados a su rehabilitación y reinserción en la sociedad.

Perfeccionar los procesos de selección, preparación, formación y desarrollo profesional continuo del docente; así como mejorar los incentivos al desempeño, las condiciones laborales y de evaluación para fortalecer la profesión docente.

Promover un acceso mayor y equitativo a diversas modalidades de educación postsecundaria, educación técnica y profesional, con particular atención a los y a las estudiantes de grupos en situación de vulnerabilidad.

Promover una educación universitaria inclusiva y de calidad con el fin de preparar plenamente a los y a las estudiantes para una mejor inserción laboral

Fomentar en los sistemas educativos la investigación e innovación para promover su vínculo con los sectores productivos, así como el desarrollo científico y tecnológico.

Impulsar y fortalecer los vínculos, la cooperación e intercambios entre instituciones educativas nacionales, regionales y hemisféricas.

Promover espacios permanentes de educación no formal para el intercambio de conocimientos y saberes de la sociedad.

Fomentar y fortalecer la certificación y perfeccionamiento de competencias.

6.- Vivienda y servicios públicos básicos

Objetivo:

Proporcionar más y mejores opciones de vivienda, especialmente a las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad y de menores recursos, así como garantizar el acceso justo, equitativo y no discriminatorio a los servicios públicos básicos.

Líneas estratégicas de acción:

6.1 Promover el suministro de servicios públicos básicos, con el objetivo de asegurar el acceso a estos servicios a quienes carecen de estos o son insuficientemente atendidos. En particular, alentar la ampliación de la cobertura y calidad de los servicios de agua potable, saneamiento, gestión de aguas pluviales, manejo de desechos sólidos y energía, con énfasis en zonas rurales.

Promover la inclusión social de personas en situación de pobreza y grupos excluidos a través de esquemas apropiados de gestión urbana y de tierras rurales.

Promover el fomento de mecanismos de financiamiento, incluido el hipotecario y de micro-financiamiento de la vivienda para la construcción, adquisición o ampliación de vivienda, así como impulsar programas que permitan mejorar el acceso a la tierra y a la vivienda social y asequible.

Asegurar la función social y ambiental de la ciudad, buscando equilibrio con sus funciones económica, cultural y política para garantizar a la población el disfrute pleno de la ciudad como espacio público.

Fomentar el crecimiento ordenado e integrado de las ciudades con equidad urbana e integración social.

Articular, desde el Estado, estrategias de monitoreo, seguimiento y control de las inversiones y metas de ampliación de cobertura, a nivel local y regional, que garantice la aplicación de principios de planeación y transparencias en la formulación, implantación y ejecución de las políticas, programas y proyectos.

Promover el acceso a un entorno seguro y salubre con especial atención al fomento de medidas de adaptación al cambio climático y de gestión integrada de riesgos de desastres en los sitios de implantación de viviendas de interés social.

Promover la construcción de viviendas y desarrollos urbanos que incluyan espacios públicos

de encuentro y recreación para mejorar la calidad de las relaciones familiares y comunitarias.

7.- Cultura

Objetivo:

Asegurar el desarrollo cultural con inclusión y participación de todos los sectores de la sociedad, respetando la diversidad de las culturas y de las expresiones culturales, e incentivando el conocimiento y el respeto mutuo.

Líneas estratégicas de acción:

Fortalecer las industrias culturales y creativas, atendiendo sus diferentes niveles de consolidación, así como su dimensión comunitaria.

Incrementar el acceso a los bienes y servicios culturales, en especial para los miembros de los grupos en condiciones de vulnerabilidad.

Crear las condiciones e impulsar los procesos de creación cultural que faciliten la expresión y participación creativa y artística en todas sus formas lenguajes y expresiones, tanto de individuos como de colectivos sociales, y que fomenten la investigación e imaginación en un ambiente de tolerancia y de libertad de pensamiento expresión, e información.

Posicionar la cultura en las agendas económicas y de planificación de los Gobiernos, especialmente en los temas relacionados con las industrias culturales y creativas, el patrimonio cultural y el respeto a la diversidad cultural.

Preservar el patrimonio cultural tangible e intangible.

Combatir el saqueo y tráfico ilícito de bienes culturales.

Considerar el rol de la cultura y visibilizar los aportes en el desarrollo económico inclusivo, y la relación entre las políticas culturales y las políticas de desarrollo sostenible.

Recuperar, preservar, valorar, fomentar y afianzar las diversas memorias colectivas y democratizar su acceso y difusión, así como facilitar el diálogo intercultural.



SEGUIMIENTO PARA EL PLAN DE ACCIÓN

Duración

Este Plan de Acción permanecerá vigente por un período de cinco años a partir de su adopción. Cumplido el plazo, la Asamblea General podrá encomendar la revisión y actualización del mismo, en el marco de los propósitos y principios adoptados en la Carta Social de las Américas.

Implementación

Los Estados Miembros serán responsables de la implementación de este Plan de Acción conforme a sus legislaciones internas, realidades nacionales, estrategias, planes y recursos disponibles.

A tal fin, los Estados Miembros podrán apoyarse en los mecanismos existentes en la OEA y en otros organismos del sistema interamericano y, cuando proceda fomentarán las sinergias con otros organismos regionales –teniendo en cuenta sus mandatos, áreas de especialización

y recursos disponibles– para crear o fortalecer sus capacidades humanas e institucionales.

Se dará prioridad a la cooperación solidaria en el marco de las líneas estratégicas de este Plan y a las iniciativas encaminadas a promover el intercambio de información y mejores prácticas entre los Estados Miembros.

Seguimiento

El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) de la OEA incluirá anualmente en la agenda de una de sus sesiones ordinarias un diálogo para el intercambio de información sobre los avances, experiencias y lecciones aprendidas en la implementación de este Plan de Acción. La información y recomendaciones presentadas en tales sesiones serán integradas a los informes regulares del CIDI y elevadas a la atención de la Asamblea General.

NOVEDADES



PROXIMAMENTE

