

Contenido

pensarJUSBAIRES

AÑO I. Nº 2 | NOV. 2014

EN EL CAMINO DE LA APUESTA INTELECTUAL 3

EDITORIAL

EL PRIMER NÚMERO..... 5

PRESENTACIÓN

A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA, LA CIUDAD TODAVÍA
NO CONSIGUIÓ SER AUTÓNOMA..... 8

MARTA PAZ

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA
COMO CABEZA DEL PODER JUDICIAL 16

JOSÉ SÁEZ CAPEL

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994
Y LA AUTONOMÍA PORTEÑA 20

RUBÉN PEREYRA

TRANSFORMAR NECESIDADES EN DERECHOS 32

Yael Bendel

INCIDENCIA ACTUAL DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1994 38

JUAN CARLOS HITTERS

EL DEBER DE ACTUALIZARSE 56

EDUARDO MOLINA QUIROGA

80.000 ABOGADOS ACTIVOS INTEGRAN
EL COLEGIO PÚBLICO PORTEÑO 60

JOSÉ ROBERTO LÓPEZ

pensarJUSBAIRES

AÑO I. Nº 2 | NOV. 2014

DIRECTORA

Dra. Alicia Pierini

COMITÉ ASESOR

Dr. Horacio Corti

Dra. Marta Paz

Dr. Gustavo Ferreyra

REDACCIÓN

Nancy Sosa

DISEÑO Y PRODUCCIÓN



Editorial JusBaires

Diag. Julio A. Roca 530

www.editorial.jusbaires.gob.ar

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 5193376

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



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

AUTORIDADES

PRESIDENTE

Juan Manuel Olmos

VICEPRESIDENTA

Alejandra B. Petrella

SECRETARÍA

Jorge R. Enríquez

CONSEJEROS

Ricardo Félix Baldomar

Juan Sebastián De Stéfano

Daniel Fábregas

Alejandra García

Agustina Olivero Majdalani

José Sáez Capel

ADMINISTRADOR GENERAL

Alejandro Rabinovich



EN EL CAMINO DE LA APUESTA INTELLECTUAL

La Directora de pensarJUSBAIRES Alicia Pierini consideró que la revista es una “apuesta intelectual” pues el derecho y la política son dos dimensiones de una misma vida social, y exhortó a los juristas porteños a ampliar y profundizar conceptos fundamentales para la tarea jurídica.



En nuestra presentación inicial dijimos que **pensarJUSBAIRES es una apuesta intelectual** porque creemos que el derecho y la política son dos dimensiones de una misma vida social.

Empezamos este camino de pensar jurídicamente la política y observar políticamente al derecho, como profesionales al servicio de la convivencia humana y urbana para que ella sea cada vez más

justa y más digna. En esa línea invitamos a los colegas a reflexionar –jurídicamente– acerca de las prioridades en la etapa. Mirando siempre el horizonte que nos ha abierto la democracia y el legado que nos dejó la Convención Nacional Constituyente del 94, cuando inauguró el proceso de autonomía de las instituciones de la ciudad y elevó la jerarquía de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Tanto el primero como este segundo número de **pensarJUSBAIRES** acontecen mientras se está celebrando el espíritu de la convención reformadora de 1994, veinte años después.

Esa convención fue la más plural, la que con sus dieciocho bloques políticos provenientes de los veinticuatro distritos alcanzó la unanimidad sobre el texto que hoy nos rige. En este número reproducimos textos originales de discursos de los convencionales constituyentes de 1994 en relación con la primacía de las Convenciones de Derechos Humanos y su incorporación en la Constitución.

Recién iniciada la democracia, en 1984, en la primera asamblea legislativa, fue ratificado el Pacto de San José de Costa Rica, y así nuestro país ingresó al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (DDHH). Hoy, a más de treinta años de ese primer momento y a veinte de la incorporación las convenciones de derechos humanos en el más alto nivel de la pirámide jurídica, nuestro sistema estatal trabaja en todos sus sectores para la adecuación continua de nuestra legislación y jurisprudencia a las pautas y principios del sistema de los DDHH.

Las páginas de **pensarJUSBAIRES** –y también su versión digital– contribuyen y contribuirán en el rescate y difusión de los mejores textos y fallos que interpreten el pensamiento democrático a la luz de la ética y los valores de los derechos humanos.

Continuando el espíritu de esa constituyente que dio el primer paso, se ha seguido y seguirá trabajando en el tema de la autonomía porteña, porque es una construcción continua y por etapas.

Recordemos que el Núcleo de Coincidencias Básicas –que fue el pacto político preexistente–, aunque solo mencionaba la elección directa del intendente, luego incorporó también la reforma institucional para la Ciudad de Buenos Aires, así como más adelante la ley 24.309 que habilitó la reforma constitucional apuntó textualmente: “la Ciudad de Buenos Aires será dotada de un *status* constitucional especial, que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción”.

Es decir que el tema de la autonomía estaba planteado y acordado en los acuerdos preconstituyentes. Cómo fue que después quedó en la constitución reformada, artículo 129, sólo la idea de “tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción...”, es algo aún pendiente de conocer.

El eje temático que tomamos para este último trimestre de 2014 –siguiendo la evocación de la Reforma del 94– es la incorporación de los derechos humanos al texto constitucional y los efectos que ha producido tal decisión trascendental.

Así lo demuestran las contribuciones de denotados juristas que ahora publica **pensarJUSBAIRES**. Ellos le agregan a aquel momento constituyente la mirada actual, logrando ampliar y profundizar conceptos que son fundamentales para nuestra tarea jurídica.

La formación de los abogados para el siglo XXI no es un tema menor y por eso lo hemos incorporado como una de las secciones de **pensarJUSBAIRES**. La vertiginosidad de los cambios que se producen en el país y en el mundo jurídico apenas nos da tiempo para la actualización; y por ello nos preocupa la formación de nuestros futuros colegas. Es el momento de darle su espacio al Centro de Formación Judicial de este Consejo que no sólo sigue actualizando a nuestros abogados sino también a quienes avanzan en funciones estatales.

Agradecemos a todos los que nos acompañaron en la presentación del primer número de **pensarJUSBAIRES** y a los equipos técnicos que lo hicieron posible. Este emprendimiento es un producto del Consejo de la Magistratura en su actual conformación, por iniciativa de su Presidente Juan Manuel Olmos.

Invitamos a todos y todas a producir, compartir o comunicar opiniones y los esperamos en **pensarJUSBAIRES** a través del correo electrónico pensar@jusbaire.gov.ar •

DRA. ALICIA PIERINI
(DIRECTORA)



Presentacion

EL PRIMER NÚMERO

*El primer número de la revista gráfica y digital **pensarJUSBAIRES**, dirigida por Alicia Pierini, fue presentado formalmente el 20 de agosto pasado, en un acto al que concurrieron representantes y miembros de la comunidad jurídica porteña.*

El 20 de agosto presentamos el primer número de **pensarJUSBAIRES** a sala llena. Nos acompañó la mayoría de los integrantes del Consejo de la Magistratura, las tres cabezas del Ministerio Público, Jueces de Cámara, y de Primera Instancia, secretarios judiciales, fiscales, defensores y asesores, legisladores de la Ciudad, docentes de la Facultad de Derecho y abogados del foro local.

La Mesa que presentó la publicación estuvo integrada por tres prestigiosos juristas, el Presidente del Consejo de la Magistratura Juan

Manuel Olmos y la Directora de **pensarJUSBAIRES**, Alicia Pierini.

Las principales palabras pronunciadas esa tarde fueron las siguientes:

JUAN MANUEL OLMOS (Presidente del Consejo de la Magistratura)

“Voy a empezar por el agradecimiento a mis compañeros consejeros. Muchas de las cosas que nosotros ponemos en marcha, no podríamos

hacerlas si no fuéramos un equipo que trabaja tan compactadamente, fijando objetivos, estableciendo una planificación para llevar adelante. Por eso podemos mostrar resultados de los trabajos que emprendemos. Eso sería imposible sin un conjunto comprometido grupalmente. Más allá del estamento que cada uno de nosotros representa, muchas veces se producen fricciones correspondientes a las defensas de los intereses sectoriales. Y es legítimo que ello ocurra porque el diseño constitucional así lo quiso. Por eso el Consejo está integrado por tres representantes de la Legislatura, tres de los magistrados y tres de los abogados”.

“En la vida judicial, muchas veces, esos estamentos entran en contradicción. De esas contradicciones nosotros hemos logrado alcanzar una síntesis que nos permite avanzar y fortalecer la institución del Consejo y fundamentalmente fortalecer el servicio de justicia que es nuestra función indelegable e irrenunciable. Nos une esa responsabilidad”.

“Hoy estamos presentando una revista que tendrá también su edición digital. Es un orgullo, un honor, que sea Alicia Pierini la encargada de llevar adelante este proyecto porque logra darle el prestigio, el nivel, el compromiso y el trabajo profesional como siempre lo hizo. Yo sabía que iba a ser así porque hace muchos años que la conozco”.

“También es el momento de agradecerle a la administración del Consejo que es la que nos permite concretar los proyectos que los consejeros aprobamos. También, en especial, y en ocasión de esta presentación, agradecerle a un joven organismo que hemos puesto en marcha con recursos propios, por idea de la consejera Alejandra García. Se trata de la **Editorial JusBaires** que dio su aporte a la impresión de la revista, al diseño y la corrección, y a que podamos concretarla. Agradezco por ello al doctor Filippelli y a todo el equipo de la editorial”.

DR. JULIO MAIER

“La Ciudad de Buenos Aires desde el año 94 y hasta ahora ha tenido un gran desafío que se ha cumplido solo en parte. Es decir, que en ese desafío no basta con que se predique la autonomía, sino que lo sea. La autonomía no se funda de un

día para el otro. Pero creo que en la CABA se tomaron en serio su autonomía y todavía tienen que seguir tomándose en serio en los años que vienen”.

“Este desafío no es para la gente de mi generación, este es un desafío para la juventud. Me gustaría ver reflejado esto en la revista. Yo tengo poco ya que ver con el mundo futuro. Ese mundo futuro es de los más jóvenes. Ellos tienen que darse sus propias reglas e instituciones. La revista debe estar dedicada a los jóvenes juristas e incentivar que puedan publicar en ella”.

DR. GUSTAVO FERREYRA

“Un autor alemán en su filosofía de derecho definía que el derecho era la más ortodoxa y rígida de las creaciones humanas mientras que el arte y la literatura son las más dúctiles. A veces en el derecho es tan rígido todo que termina siendo aburrido. Me pareció prudente preparar algunos comentarios:

“Es acertadísimo el título para la publicación. ‘Pensar’ es un infinitivo que nos lleva a una abstracción, nos lleva a la acción, a la acción inminente, a esa acción inminente que es el pensar”.

“El hombre moderno se inició en 1637 en el ‘pienso, por lo tanto existo’ con don Renato. Es un buen momento para decir: ahí comenzamos, ahí somos hijos de la ilustración y probablemente el hecho de esta convivencia democrática, plural, diversa y armoniosa que podemos tener los argentinos, los sudamericanos y los latinoamericanos, es precisamente fruto del iluminismo que nació en 1637”.

“Este pensar, enlaza con otro comentario: y es sobre el derecho público de la ciudad. Argentina ha tenido siete momentos constituyentes a lo largo de toda su historia, de esos siete momentos constituyentes, por razones difícilmente explicables para muchos de nosotros, finalmente se terminó pariendo una autonomía. Algunos creyeron que era una autonomía más amplia y otros una autonomía más laxa”.

“En veinte años han transcurrido muchas cosas importantes realmente. Por ejemplo, se han afirmado y consolidado básicamente todas las instituciones de la Ciudad de Buenos Aires. La



Ciudad de Buenos Aires hoy participa activamente del pacto federal”.

“Sin embargo faltaba una publicación específica sobre el derecho de la Ciudad, de esta naturaleza con 64 páginas, tan bien ilustrada, con tan sesudos trabajos de Raul (Zaffaroni), de Julio (Maier), de Mónica (Pinto). De Eduardo (Valdés) que ya planteaba el tema de la autonomía hace más de 25 años, cuando estábamos en la Facultad de Derecho”.

“En esta revista se lee el trabajo del maestro Julio Maier al que admiro profundamente por muchísimas razones; porque lo admiro como jurista y lo admiro también por las afirmaciones que hace en relación a su retiro, en el ámbito del derecho. Lo admiro también porque es uno de los pocos juristas en la Argentina que lee, escribe y cita en alemán. Un jurista admirable, sin dudas”.

DR. EDUARDO VALDES

“Me parece muy bueno recuperar hechos aunque hoy se lean como históricos. Uno los vivió pero no les dio trascendencia en su momento.

Hoy, pensando de nuevo, y más si uno analiza la prensa de esos días, recuerdo las cosas que decían del pobre Alfonsín, las que decían de Menem, y ahora escucho tantos elogios, como que la Constitución es la más democrática, la de mayor participación, que había unanimidad de los tres bloques mayoritarios –salvo por el Núcleo de Coincidencias Básicas, y sólo por el tema de la reelección–, por el que se llegó al acuerdo por la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, con todos los derechos planteados y votados en forma mayoritaria”.

“Creo que la reforma constitucional del 94 fue la mejor reforma que tuvo la Argentina. Y esto es verdad. **Tenemos una constitución que miran con respeto, porque la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional, fue una decisión pionera en el mundo”.**

“Vamos a aportar en esta revista **pensarJUSBAIRES** porque vale la pena contar nuestra experiencia, con sus anécdotas y hacer reconocimientos a esas personas que lo merecen”.

Asignatura pendiente

A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA, LA CIUDAD TODAVÍA NO CONSIGUIÓ SER AUTÓNOMA

POR DRA. MARTA PAZ*

Introducción

Habiendo transcurrido 20 años de la reforma constitucional de 1994, el pleno ejercicio de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sigue siendo una asignatura pendiente.

El presente trabajo constituye un estudio sobre la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires a la luz de la reforma constitucional del año 1994; las normas infra constitucionales que reglamentan las Constituciones Nacional y de la Ciudad; las diferentes posturas que existen sobre el estatus jurídico-político que le cabe a la Ciudad de Buenos Aires al habersele otorgado un régimen de gobierno autónomo con facultades de legislación y jurisdicción y como se ve afectada su autonomía a raíz de ello.

Marco legal

El 21 de septiembre de 1880 el Congreso Nacional sancionó la ley N° 1029 que, sucintamente, declaró “Capital de la República” al municipio de la Ciudad de Buenos Aires (art. 1°); dispuso que todos los establecimientos y edificios públicos en ella situados quedaban bajo la jurisdicción de

la Nación (art. 2°) y que mientras el Congreso no organizara en la Capital la administración de Justicia, los Juzgados y Tribunales provinciales continuaría desempeñándola (art. 7°).

El 29 de noviembre de 1972 el Congreso Nacional sancionó la ley N° 19.987 (“Ley orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires”), que reconoció a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires como *persona jurídica pública estatal* y, por ende, le correspondía ejercer el gobierno y administración dentro de su territorio “de conformidad con las atribuciones y deberes que se establecen en la presente ley” (art. 1°).

El Poder Legislativo de la Ciudad lo constituía el Concejo Deliberante, cuyos miembros eran elegidos directamente por los ciudadanos y tenía entre sus funciones la sanción de ordenanzas de alcance local. El Poder Ejecutivo era desempeñado por el intendente municipal que era nombrado directamente por el presidente de la Nación, cercenándose así el derecho a elegir de los vecinos. La ley también creó Consejos Vecinales en los barrios, sin embargo dichas instituciones fueron disueltas en 1976 por ley N° 21.291.

Por último, el Poder Judicial de la Ciudad estaba constituido por la Justicia Municipal de Faltas integrada por jueces de primera instancia, una Cámara de Apelaciones y un Ministerio Público, cuya competencia se encontraba limitada al juzgamiento de las contravenciones a

* Presidenta de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2013-2014).



las disposiciones municipales y a las normas nacionales cuya aplicación correspondía a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con excepción de las que fueran imputadas a menores de dieciocho años de edad.

La ley nacional N° 24.309² declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional y estableció entre los temas que debían ser tratados por la Convención Constituyente que se iba a reunir a tal efecto: la elección directa del jefe de gobierno por votación popular; dotar a la ciudad de un estatus constitucional especial que reconociera su autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción; la necesidad de garantizar los intereses del Estado Nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires continuara siendo capital de la Nación.³ Ello significaba redefinir el estatus político y jurídico de la Ciudad de Buenos Aires en el marco del diseño republicano, representativo y federal adoptado por la Constitución Nacional de 1853/1860.

Sobre la base de lo expuesto, el artículo 129 del texto de la nueva Constitución Nacional que se aprobó en 1994 dio a la Ciudad de Buenos Aires un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción; se estableció la elección mediante voto popular al titular

del Ejecutivo y de los integrantes de la Asamblea que dictaría el “estatuto organizativo”⁴ de sus instituciones, y que “una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”.

De acuerdo a lo previsto por el artículo 129 el Congreso Nacional sancionó la ley N° 24.588⁵ que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras sea capital de la república, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación (artículo 1) y según la cual, en lo aquí interesa, “*La Ciudad de Buenos Aires, será continuadora a todos sus efectos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La legislación nacional y municipal vigente en la Ciudad de Buenos Aires a la fecha de entrada en vigencia del Estatuto Organizativo al que se refiere el artículo 129 de la Constitución Nacional seguirá siendo aplicable, en tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda.*” (artículo 5); “*El Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires celebrarán convenios relativos*

2. Promulgada y sancionada el 29 de diciembre de 1993.

3. Artículo 2, apartado “F”, del *Núcleo de Coincidencias Básicas*.

4. El estatuto organizativo de la ciudad (Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) fue sancionado por la Convención Constituyente el 1° de octubre de 1996.

5. Sancionada el 8 de noviembre de 1995, promulgada el 27 de noviembre de 1995 y comúnmente denominada Ley Cafiero en alusión a su impulsor, el Senador Antonio Cafiero.

a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes.” (artículo 6); “El Gobierno nacional ejercerá en la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la república, sus funciones y facultades en materia de seguridad con la extensión necesaria para asegurar la efectiva vigencia de las normas federales. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ejercerá las funciones y facultades de seguridad en todas las materias no federales. El Gobierno nacional las seguirá ejerciendo hasta tanto aquel ejercicio sea efectivamente asumido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La Ciudad de Buenos Aires podrá integrar el Consejo de Seguridad Interior.” (artículo 7, cfr. artículo 1° de la ley N° 26.288, B.O. 7/9/2007); “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. La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.” (artículo 8); “El Estado Nacional se reserva la competencia y la fiscalización, esta última en concurrencia con la Ciudad y las demás jurisdicciones involucradas, de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires.” (artículo 9) y “El Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado nacional.” (artículo 10).

Análisis del debate legislativo de la ley N° 24.588

Entre Julio y Diciembre de 1995 tuvieron lugar los debates relativos a la aprobación de los Proyectos de las leyes 24.588 y 24.620⁶ en el Congreso de la Nación. La primera de ellas es la ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires; la segunda, la que convocó a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires a elegir un Jefe y Vice-Jefe de Gobierno y a los sesenta representantes que dictarían el Estatuto Organizativo de sus instituciones.

El objetivo de la ley N° 24.588 era explícito desde su mismo título, garantizar “los intereses” del Estado Federal frente a la autonomía prevista por la Constitución Nacional para la Ciudad de Buenos Aires.

El debate en el congreso dio una prueba irrefutable de los dos proyectos de ciudad pretendidos, conforme la interpretación postulada de los intereses del Estado federal que incidían directamente en la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Algunos entendían que la autonomía era “acotada”, por lo que la policía, los registros nacionales, parte del tránsito público interestatal o interurbano, la aplicación de los códigos de fondo y un sinnúmero de otras atribuciones quedaban bajo la órbita del Estado Federal. Ello en virtud de interpretar que el artículo 75 de la Carta Magna diferencia explícitamente aquellos territorios nominados como “Provincias” de aquellos que no eran caracterizados de tal modo, con la consecuente imposibilidad de gozar de facultades más amplias, como la participación en la discusión del reparto del presupuesto nacional o resolver conflictos judiciales contemplados en los códigos de fondo.

Otros, propugnaban una autonomía “plena”, lo que implicaba que la ciudad debía contar con policía propia, jurisdicción plena con aplicación de los códigos de fondo pero regida por ordenamientos procesales dictados por su legislatura, con jueces designados por instituciones o autoridades locales, con el Registro de la Propiedad Inmueble bajo su jurisdicción y traspaso de la infraestructura existente al ámbito local con su correspondiente partida presupuestaria.

Con relación al art. 8 que establece que “La justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales”, entre quienes sostenían la autonomía plena de la Ciudad, el senador Fernando De La Rúa expuso que “el concepto de jurisdicción del Artículo 129 se refiere a la organización de la justicia local. Incluso, de acuerdo a esto, la justicia nacional con competencia local pasará

6. Sancionada el 21 de diciembre de 1995 y promulgada el 28 de diciembre de 1995.

a la órbita de la ciudad, que no será una dependencia del gobierno sino que será un Poder Judicial independiente.”⁷

En ese sentido el senador Fernando De La Rúa sostuvo “¿Por qué no tiene derecho la comunidad política de Buenos Aires a asegurarse una justicia independiente y confiable? ¿Por qué tiene que estar sometida a una jurisdicción nacional? En esta materia frente a la omisión constitucional de la transferencia del Poder Judicial con competencia local, es necesario organizar una transición que no verá el próximo gobierno de la ciudad sino que se dará con el tiempo. Pero es necesario proveerla. Cuando la Constitución dice que la ciudad tendrá facultades de jurisdicción, en el último párrafo del artículo se refiere al modo de remoción de los jueces; y al establecer que se aplicarán las actuales disposiciones hasta que se dicte el Estatuto Organizativo de la ciudad está indicando que la justicia debe ser local. Pero es necesario organizarla en el tiempo; no estamos diciendo que sea ya –hoy–, porque hay jueces cuya estabilidad debe ser respetada, circunstancia que la Constitución no ha considerado a los fines del traspaso. ... Por eso el concepto de autonomía aparece desvirtuado, ... sobre todo por el artículo 2º según el cual ... el poder residual es de la Nación, como si la ciudad fuera una creación de la ley. Y no es así porque la autonomía está consagrada en la Constitución; por lo tanto es tan originaria como el poder de una provincia... La misma Constitución le asigna facultades de promoción del bien público y del progreso general, lo cual constituye materia propia de las funciones de un gobierno distinto respecto de la mera función municipal”.⁸

Cuestiones civiles tales como el divorcio, la tenencia de un hijo de un matrimonio mal avenido, cuestiones patrimoniales tales como la reivindicación de un bien o el cumplimiento de un contrato, fueron ejemplos dados por los legisladores partidarios de un traspaso del poder jurisdiccional pleno a la metrópolis, ya que no existía razón para sostener el interés del Gobierno federal en mantenerlas dentro de la órbita del Poder Judicial de la Nación.

7. Cámara de Senadores de la Nación. 19/7/95. Diario de Sesiones. Reunión 29ª.

8. Cámara de Senadores de la Nación. 13/7/95. Diario de Sesiones. Reunión 27ª. Pág. 2623.

“De tal forma, más allá de voluntad soberana de la Asamblea Estatuante de 1996 plasmada en el Preámbulo y en los artículos antes reseñados, lo cierto es que en la actualidad el ejercicio de las atribuciones previstas por constitucional local es sólo posible hasta los límites de hecho impuestos por la ley N° 24.588, dado que ha sido el propio estatuante el que mediante la cláusula transitoria segunda antes mencionada ha dispuesto que no tendrán aplicación hasta que se habilite su vigencia por una reforma legislativa o por los tribunales competentes”.

A esa visión completa de la jurisdicción que debía tener la ciudad autónoma se oponía el creador del proyecto de ley, senador Antonio Cafiero, quien bregaba por un abordaje más limitado de la cuestión circunscribiendo el accionar de los nuevos jueces a todo aquello que excedía las materias previstas en los códigos de fondo dictados por la autoridad federal. Ello, en la inteligencia que la reglamentación procesal de esas materias era privativa de las provincias y era precisamente este carácter del que carecía a su entender la Capital Federal.⁹

9. “Cuando hablamos, por ejemplo, de la jurisdicción en materia de aplicación de los códigos de fondo, no hay dudas de que el artículo 75, inciso 12 de la Constitución es absolutamente claro. Se trata de una facultad de las provincias y no de la Ciudad de Buenos Aires. Y cuando la Constitución no la menciona es porque no la reconoce la misma capacidad jurídica e institucional originaria que si reconoce a las provincias. Sin embargo ello no obsta la posibilidad de crear una justicia municipal. Y tampoco quiere decir que cuando esa justicia municipal –llamémosla así– le asignamos la posibilidad de intervenir solo en cuestiones contravencionales o de menor entidad, le estemos acotando el futuro. Sin violar ese inciso 12 del Artículo 75, es posible imaginar fórmulas que permitan ampliar tal jurisdicción judicial de la capital. Tampoco a través de esta norma impedimos que tenga su propio código procesal. Lo que no permite es tener jueces

Quienes coincidían en el carácter “menor” o “administrativo” de los nuevos órganos jurisdiccionales de la ciudad sostenían que al referir la norma a que la ciudad tendría facultades propias de jurisdicción “en materia de vecindad” significaba que ellas se limitaban a las materias contencioso-administrativa y a las excluidas del Código Civil. Además, consideraban que los jueces contravencionales no eran jueces en el sentido judicial sino que tenían carácter eminentemente administrativo.¹⁰

Sin perjuicio de las distintas visiones sobre las competencias a atribuir a la justicia de la ciudad, la mayoría de los senadores concordaba en la necesidad de llevar a cabo una transferencia gradual de competencias desde la Nación hacia aquella.¹¹

Posturas sobre el *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

No existe un criterio unánime entre los constitucionalistas sobre cuál es el *status* jurídico-político que le ha dado la Constitución Nacional a la Ciudad de Buenos Aires al otorgarle un régimen de gobierno autónomo con facultades de legislación y jurisdicción.

Luego de analizar semejanzas y diferencias con el régimen establecido en tal carácter para las provincias y los municipios en los artículos 5, 121 a 128 de la Constitución Nacional, sostiene Bidart Campos entre otros, que se trataría de una categoría “sui generis” intermedia, en función del grado de autonomía otorgado a los primeros por la Constitución Nacional. Es decir, no le habría sido otorgada la autonomía plena que tienen los gobiernos de provincia y tampoco sería la autonomía limitada que tienen los municipios

nacionales que apliquen la legislación de fondo porque no es una provincia. De la exposición del Senador Antonio Cafiero durante la sesión del 13/7/95. Diario de Sesiones. Reunión 27^a. Pág. 2648.

10. En ese sentido ver las exposiciones de los Senadores Eduardo Menem, Augusto Alasino y Pedro Villarreal durante la sesión que tuvo lugar en la Cámara de Senadores de la Nación el 13/7/95 (Diario de Sesiones. Reunión 27^a. Pág. 2657), el 19/7/95 (Diario de Sesiones, Reunión 29^a, págs. 2731 y 2733) y el 8/11/95 (Diario de Sesiones, Reunión 51^a, pág. 5423).

11. De la exposición del Senador José A. Romero Feris durante la sesión del 13/7/95. Diario de Sesiones. Reunión 27^a. Pág. 2643.

que integran cada provincia; resaltando que se encuentra en su naturaleza jurídica más cercana al estatus de una provincia,¹² dado que por la naturaleza de la reforma constitucional y la propia letra del artículo 129 de la Constitución Nacional ha dejado de ser un territorio federal, pasando a ser sujeto a jurisdicción federal en lo que hace a los intereses del estado nacional; que puede ser intervenida por el gobierno federal igual que aquéllas – artículo 75, inc. 31, de la Constitución Nacional– y que ha sido incluida normativamente en la ubicación constitucional dedicada a los gobiernos de provincia.¹³

En igual sentido se ha tratado de valorar dicho *status* desde un punto de vista sistemático, en base a la ubicación que el constituyente de 1994 le diera en el texto constitucional reformado al régimen otorgado a la Ciudad de Buenos Aires por el artículo. 129. Esto es, el hecho de que el citado artículo se encuentra dentro del Título Segundo “Gobiernos de provincia” permite sostener su equiparación a la autonomía otorgada por el texto constitucional a las provincias.¹⁴

Por otro lado, si se quisiera profundizar en el análisis yendo al instrumento legal que diera sustento a la reforma resulta que del artículo 2, apartado “F”, de la ley N° 24.309 no surge ningún fundamento, elemento de juicio o explicación que permita determinar cuál ha sido la autonomía con la que se ha querido investir a la Ciudad de Buenos Aires al propiciarse la reforma de su régimen de gobierno.

En ese sentido cabe destacar los argumentos sostenidos por algunos de los representantes de la Asamblea Constituyente de 1994, en la que se debatiera el régimen de gobierno a otorgarle a la Ciudad de Buenos Aires y de la que saliera el texto del artículo 129 de la Constitución Nacional reformada. Así, algunos representantes, como por ejemplo Raúl Alfonsín, entendían que la asamblea estatuyente había sido convocada para dictar la “constitución” de la ciudad, con plena autonomía legislativa y un poder judicial propio;

12. Sabsay, Daniel y otro, La Constitución de los Argentinos. Análisis y Comentario de su texto luego de la reforma de 1994, pág. 388, Ed. Errepar, 1995.

13. Bidart Campos, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo VI, La Reforma Constitucional de 1994, pags536/42. Ed. Ediar. 1995 y Ob. cit. (8) pág. 875/76.

14. Ob. cit. (18) pág. 541

para otros, en cambio, entre ellos Alberto García Lema, coinformante del dictamen de mayoría, el hecho que la convención tuviera por fin dictar un “estatuto organizativo” significaba que la Ciudad de Buenos Aires no quedaba regida por una constitución local, como lo establece para las provincias el artículo 5 de la Ley Suprema.¹⁵

Posteriormente en el marco de la Asamblea Estatuyente de 1996, que debatiera y dictara la Constitución como estatuto organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aunque se afirmara que con la Asamblea comenzaba la refundación de la Ciudad de Buenos Aires y algunos representantes expresaran que “hemos decidido hacer prácticamente una constitución provincial” (Eugenio Raúl Zaffaroni), lo cierto es que no hay coincidencia entre los constitucionalistas en relación a cuál es el status autonómico de la Ciudad de Buenos Aires consagrado en la Constitución Nacional.¹⁶

Luego de analizar lo debatido en tal sentido en el marco de la Convención Constituyente de 1994 y la Asamblea Estatuyente de 1996, Néstor Sagües opina que la última palabra sobre la naturaleza jurídica del Estatuto-Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no está dicha, dado que si bien la tesis sostenida por la minoría en la Convención de Santa Fe-Paraná de 1994, de otorgar una constitución a la Ciudad de Buenos Aires, lograba su cometido en la asamblea de 1996, a su entender, en rigor de verdad, la interpretación auténtica del texto del artículo 129 de la Constitución Nacional debía ser la asignada por el miembro coinformante en su despacho mayoritario, expuesta en pleno en el recinto de la asamblea y en base a la cual se votó en la Convención Nacional.¹⁷ Al tratar la naturaleza jurídica de la Ciudad de Buenos Aires como sujeto constituido y plantearse qué es la ciudad después del dictado su estatuto constitución, Sagües sostiene que si bien en su letra se hace referencia a ella como “autónoma”, lo que corresponde desentrañar es el grado de su autonomía.¹⁸

En tal sentido, del texto aprobado surgen indudables expresiones que explícita o

“Algunos entendían que la autonomía era “acotada”, por lo que la policía, los registros nacionales, parte del tránsito público interestatal o interurbano, la aplicación de los códigos de fondo y un sinnúmero de otras atribuciones quedaban bajo la órbita del Estado Federal”.

implícitamente buscan parificar a la Ciudad de Buenos Aires en su régimen autónomo con las provincias (ver Preámbulo y artículos 1, 2, 5, 6 y 7, 80 inciso 2 “e” y 24, 81 inciso 2, 106, 107, 117 y 120, entre otros) pero tal autonomía se encuentra hoy limitada en los hechos por el propio texto de la Constitución de la Ciudad sancionado por la Asamblea del año 1996 que en su Cláusula Transitoria Segunda, bajo el título de “Subordinación Normativa”, establece que *“Las disposiciones de la presente Constitución que no puedan entrar en vigor en razón de las limitaciones de hecho impuestas por la Ley 24588, no tendrán aplicación hasta que una reforma legislativa o los tribunales competentes habiliten su vigencia”* (la negrita no obra en el original).

De tal forma, más allá de voluntad soberana de la Asamblea Estatuyente de 1996 plasmada en el preámbulo y en los artículos antes reseñados, lo cierto es que en la actualidad el ejercicio de las atribuciones previstas por constitucional local es sólo posible hasta los límites de hecho impuestos por la ley N° 24.588, dado que ha sido el propio estatuyente el que mediante la cláusula transitoria segunda antes mencionada ha dispuesto que no tendrán aplicación hasta que se habilite su vigencia por una reforma legislativa o por los tribunales competentes.

El fallo “Gauna” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

La primera contienda de competencia entre las autoridades locales y nacionales se produjo en el año 1997 con el caso “Gauna”, en el que

15. Ob. cit. (7) pág. 33 y Ob. cit. (8) pág. 875.

16. Ob. cit. (7) pág. 34

17. Ob. cit. (7) pág. 34.

18. Ob. cit. (7) pág. 35

se dirimió quién debía convocar a las primeras elecciones del cuerpo legislativo de la ciudad.

El jefe de gobierno de la ciudad, en función de lo dispuesto por el art. 105, inc. 11, del “Estatuto Organizativo” y la cláusula transitoria novena (que establecía que debía convocarse a elecciones antes del 31 de marzo), dictó el 3 de diciembre de 1996 el decreto N° 653/96, que convocaba a elegir a los integrantes de la primera Legislatura porteña.

El Poder Ejecutivo Nacional planteó la nulidad del decreto por considerar que resultaba violatorio al art. 2 de la Ley n° 24.620, que otorgaba la facultad de convocar a la primera elección de la Legislatura de la Ciudad al Poder Ejecutivo Nacional y solicitó la declaración de inconstitucionalidad del decreto, del art. 105, inc. 11, del Estatuto Organizativo y de su cláusula transitoria novena por reputarlo contradictorio con lo dispuesto por el art. 129 y la disposición transitoria decimoquinta de la Constitución Nacional y por oponerse a las leyes N° 24.588 y 24.620.

La justicia federal con competencia en materia electoral declaró la validez del decreto y la inaplicabilidad del art. 2° de la Ley n° 24.620 por ser contrario al art. 129 de la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, declaró la validez de la convocatoria a elecciones formulada por el Poder Ejecutivo Nacional de conformidad con lo dispuesto por el art. 2° de la ley N° 24.620. Para fundar dicha resolución sostuvo, sucintamente, que considerar que la previsión legal que autorizaba al Poder Ejecutivo Nacional a convocar a elecciones por única vez, hasta la regular integración de los órganos de gobierno de la ciudad, no implicaba quebrantar el ejercicio del poder electoral de sus habitantes. Sumado a ello que el conflicto se había planteado entre normas de diversa jerarquía, esto es entre un decreto emanado de la autoridad local y una ley nacional, la N° 24.620, que reglamentaba el art. 129 de la Constitución Nacional; y que aun cuando se pudiera sostener que dicha ley violentaba los principios contenidos en el Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires esta había sido dictada con posterioridad a aquella, por lo que no podía producirse una suerte de invalidez retroactiva de la misma.

¿Por qué a 20 años de la reforma constitucional de 1994 la Ciudad Autónoma de Buenos Aires todavía no consigue que sus tribunales ejerzan plenamente su jurisdicción?

Una interpretación textual y restrictiva del artículo 75, inc. 12, de la Constitución Nacional lleva a concluir que al no estar incluida expresamente en aquel la ciudad de Buenos Aires la Ley Suprema le otorga a la Ciudad una atribución jurisdiccional limitada.¹⁹

En tal interpretación podría enmarcarse lo previsto en el artículo 8 de la ley N° 24.588 que *“garantiza los intereses del Estado Nacional en la ciudad de Buenos Aires, sancionada por el Congreso Nacional a establecer en su primer párrafo que la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia –entre ellas la justicia penal conforme la ley 23684– continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación y, segundo párrafo, al sostener que la ciudad tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso administrativo y tributario locales”*.²⁰

Otro argumento sostenido en pos de un criterio restrictivo de la norma constitucional se encuentra en el artículo 75, inciso 12, definido como cláusula de reserva para las provincias y garantía en cuanto a la aplicación de la legislación común por parte de estas.²¹

Para que, tal como consagra la Constitución Nacional, la Ciudad de Buenos Aires tenga su gobierno autónomo con facultades legislativas y jurisdiccionales como integrante de un estado federal, bajo el régimen de gobierno republicano y representativo, se debe efectuar una interpretación armónica que conjugue y concilie entre sí las constituciones nacional y de la ciudad y no colocarlas en pugna, dando preeminencia a las restantes sobre las establecidas en el artículo 129 de la Constitución Nacional otorgadas a los habitantes de la ciudad.

Ello significa que las normas constitucionales en su conjunto deben ser interpretadas en pos del

19. Ob. cit. (8) pág. 563

20. Ob. cit. (8) pág. 563.

21. Moscariello, Oscar y otros, Ciudad y Justicia, Actualizar la Balanza. Debate Abierto, pág. 207, Ed. Alpha Text, 2013.

ejercicio pleno de los derechos de las personas a las que amparan y benefician y no de su cercenamiento o conculcación; sobre todo cuando se trata de las funciones que deben cumplir los órganos constitucionales para la plena vigencia de tales derechos, entre ellos el derecho a tener su propia administración de justicia dada por sus representantes, conformada de acuerdo a los mecanismos democráticos que esa comunidad se ha dado para ello, con la finalidad de mantener y hacer efectivos en caso de ser menoscabados, todos los principios, derechos y garantías asegurados por la letra constitucional, de los que debe gozar plenamente cada persona que habite en la ciudad, entre ellos y a modo de enunciación, los principios de acceso a la justicia, a ser oído, a un juez imparcial, etc.

Más allá de lo expuesto lo cierto es que en razón de la autolimitación impuesta por los propios convencionales, representantes del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires al sancionar su constitución en 1996, en el texto establecido en la cláusula transitoria segunda de la misma, cobra vigencia la ley N° 24.588 en todos sus términos –en particular los artículos 6, 8 y cctes.– por lo que toda transferencia de competencias debe ser efectuada mediante la firma de los convenios respectivos que deben ser luego ratificados por el Congreso Nacional y la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. surge de los considerandos de cada una de las leyes respectivas).

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en los artículos 95, 102 y 104, inc. 3, faculta al jefe de Gobierno de la Ciudad para que, en el ejercicio de las funciones que por su cargo le otorga, pueda celebrarlos y suscribirlos, debiendo ser aprobados por la Legislatura de la Ciudad, según lo establecido en el artículo 80, inc. 8, de la misma.

Conforme lo previsto por esas normas se han celebrado dos convenios de transferencia progresiva de competencias penales de la justicia nacional al Poder Judicial de la Ciudad, suscriptos entre el Poder Ejecutivo Nacional y el jefe de Gobierno de la Ciudad.

El primero, celebrado el 7 de diciembre de 2000, fue aprobado por la Legislatura de la Ciudad el 31 de mayo de 2001 a través de la ley N° 597 y por el Congreso Nacional el 2 de julio de 2003 por ley N° 25.752. El segundo, celebrado el 1° de junio de 2004, fue aprobado por la Legislatura



local el 14 de diciembre de 2006 por la ley N° 2.257 y por el Congreso Nacional el 28 de marzo de 2008 por la ley N° 26.357.

En la actualidad se encuentra pendiente de aprobación por la Legislatura de la Ciudad la transferencia de diversas competencias cuyo traspaso fue aprobado por el Poder Legislativo Nacional por ley N° 26.702, sancionada el 7 de septiembre de 2011.

Cabe agregar, además, que las transferencias de competencias jurisdiccionales deben ser acompañadas de los “recursos pertinentes, según lo dispuesto por el artículo 75 inc. 2 de la Constitución Nacional, la cláusula decimotercera de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y la cláusula primera de la Ley N° 7 (título cuarto) de Organización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (disposiciones complementarias y transitorias)” (artículos 4 de la ley N° 25.752 y 3 de la ley N° 26.357, normas a las cuales complementa la ley N° 26.702).

Ello no impide que, como se ha hecho hasta el presente, se hayan asumido facultades propias sin dejar de reclamar los fondos que no se transmitieron y que le corresponden a la ciudad. Es que, de otra manera, se vería condicionado el ejercicio pleno de la autonomía de la ciudad por la norma constitucional al traspaso de recursos económicos por parte de la Nación. •

Organización y modelo

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA COMO CABEZA DEL PODER JUDICIAL

El autor de la presente nota recorre la historia y presencia de los Consejos de la Magistratura en otros países, y el modelo que inspiró a los constituyentes porteños de 1996.

POR JOSÉ SÁEZ CAPEL*

Los Consejos de la Magistratura en la organización de los distintos sistemas constitucionales han implicado un cambio en la prestación del sistema de justicia, logrando una mayor independencia interna de los jueces, para lo cual la creación de estos cuerpos de conformación heterogénea actúan como órganos de designación o precalificación de los magistrados a la vez que como administradores del Poder Judicial.

Ello es así porque esta estructura, más democrática, tiende a la horizontalización del Poder Judicial. Se trata de estructuras que tienen un órgano de gobierno separado del jurisdiccional.

El sistema de reclutamiento de magistrados en los Consejos tiene una consecuencia directa en cada país, y en nuestro particular caso federal, en cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de la independencia de la justicia ante los otros poderes, y también del sistema de aprendizaje de valores

e ideologías para el papel que el futuro juez va a desempeñar.

Naturalmente, hay órganos que realmente son engendros que no representan la pluralidad del quehacer jurídico, sino formas de institucionalizar contactos entre la burocracia judicial y el poder político que no pocas veces se constituyen en verdaderos comisarios políticos del Poder Judicial (SÁEZ CAPEL, J.: *Reflexiones sobre la justicia como poder, en el Estado Democrático de Derecho*, inédito).

Un modelo a tener en cuenta, es el propuesto por Eugenio Raúl Zaffaroni como diputado constituyente en el debate de la Comisión de Coincidencias Básicas de la Convención Constituyente de 1994, al que en un fallo reciente sobre el tema, refiriera y que conceptualmente ha desarrollado en *“Estructuras judiciales”* (Editorial Ediar. Buenos Aires, 1994). Me refiero al sistema italiano, cuyos magistrados han sido destacados por su actuación frente al fenómeno terrorista de las brigadas rojas, con jueces muertos por la mafia y la corrupción política.



La Constitución Italiana de 1947 afirmó la independencia del juez, sometido sólo a la ley, lo que resulta garantizado con la creación – idea de Piero Calamandrei – del Consejo Superior de la Magistratura, reglamentado por ley N° 195 de 1958, presidido por el Presidente de la República y compuesto por el presidente y el fiscal general de la Casación, veinte miembros elegidos por los magistrados ordinarios y otros diez elegidos en sesión conjunta de ambas cámaras del Parlamento, entre profesores universitarios de derecho y abogados con quince años de ejercicio. Ello hace que este Consejo tenga una composición mixta, mayoritariamente de magistrados y juristas.

Esta composición aparentemente endogámica, le ha dado a Italia, tal como señalé, interesantes resultados. Entre sus funciones se encuentran

las referidas al ingreso de la magistratura, destinos, traslados y remociones.

Dable es señalar que, en la 9ª Sesión Ordinaria de la Convención Constituyente porteña del 24 de agosto de 1996, el diputado Zaffaroni manifestó que el ensayo europeo trató de juntar las virtudes de ambos sistemas, y tras referirse a los poderes judiciales de Austria, Checoslovaquia y la República Española, los de entre guerras, hace lo propio con la Constitución francesa de 1947 y la italiana ya citada, que inspiran el Consejo de la Magistratura adoptada en la Constitución porteña.

“Que con esa iniciativa mantenemos la sólida distinción entre el tribunal que se encarga de los conflictos de poder del Estado, de los partidos políticos, de la justicia electoral y de la

declaración de inconstitucionalidad, por un lado y el que se encarga de la justicia técnica por el otro.” (Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996. – Diario de Sesiones. 14° Reunión. 9° Sesión Ordinaria. ACTAS. Tomo II. Edición del CPACF y del TSJ. Buenos Aires, 2004.)

Más adelante agregó que habían confeccionado un proyecto siguiendo ese espíritu y ese modelo, que no habían copiado sino intentado imitar para nuestras características. No es que en la comisión hubieran creído ser Alcides de Gásperi, Palmiro Togliatti o Pietro Nenni, que de hacerlo estarían muertos, sino que echaron las bases para una justicia despartidizada, una justicia que ninguno de nosotros pueda manotear, que establecía reglas de juego, como lo hicieron ellos en Italia hace casi setenta años. Y porque lo hicieron fue posible la *mani pulite*.

Pues bien, eso es lo que ellos pensaron al sancionar la norma básica de la Ciudad Autónoma, de la que debemos estar orgullosos, y además es lo que hace que nuestro Consejo de la Magistratura sea tan particular. Como manifesté, **el único en la República que es verdadera cabeza de un Poder Judicial.**

El Consejo General del Poder Judicial de España, modelo en el que se inspiraron nuestros constituyentes nacionales del '94, es muy parecido en su composición al modelo italiano, pero la ley orgánica regulatoria del 1° de julio 1985 recortó la independencia del Consejo en beneficio de los partidos políticos españoles, aunque la excusa haya sido que la corporación de jueces se componía fundamentalmente de magistrados formados durante el régimen de Franco y que ello imponía su democratización mediante la intervención del Parlamento. Al decir de Zaffaroni, con esta “sobrepotección democrática” no se contribuye a la independencia del mismo. Tal vez en ello residan los disímiles resultados que ambas instituciones dieron a sus respectivos países.

Esta institución, en el derecho peninsular, tiene su antecedente en la llamada Orden Judicial de los artículos 67 a 73 del Estatuto Albertino para el Piamonte (1848), en tanto que en la sanción de las leyes Siccardi (1851) y Rattazzi (1859) son consideradas como un momento especial

“Los convencionales constituyentes porteños de 1996, inspirados en los antecedentes italianos de postguerra, establecieron en el Título quinto, la regulación del Tribunal Superior de Justicia como un tribunal constitucional y por otro lado el Consejo de la Magistratura formando parte del Poder Judicial como cabeza del mismo”.

de la legislación piamontesa, cuando la primera adopta el sistema francés y el principio de inamovilidad de los jueces.

Unificado el reino de Italia, la legislación siguió la tendencia piamontesa. Para la época, no existen dudas que la persona más interesante respecto de los intentos de reforma de la administración de justicia es la del ministro Zanardelli, autor del Código Penal que lleva su nombre y aún hoy día está vigente en la República Turca y en la Ciudad Estado del Vaticano.

Por su parte el diputado Vittorio Emanuele Orlando formuló su propio proyecto, estableciendo así el Consiglio Superiore della Magistratura, mediante ley N° 511, de julio 14 de 1907.

Luego de la guerra y tal como más arriba expresara, el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, dio forma al artículo 107 y siguientes de la Constitución de 1947, sancionada el 22 de diciembre de ese año, para entrar en vigencia el primero de enero del siguiente

Entre nosotros, el gobierno independiente de la magistratura, ha quedado históricamente en manos de los Tribunales Superiores y aún hoy es así en todas las provincias que constitucionalmente reconocen este organismo, salvo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ello ocurre también en las otras tres provincias que no lo tienen en sus constituciones (Catamarca, Jujuy y Santa Fe). En tanto que, en las provincias de La Pampa, Neuquén, San

Juan y Tierra del Fuego, solo un miembro del Superior Tribunal y Justicia lo integra, sin que lo hagan los magistrados; al punto tal que, en esta última provincia, en las elecciones del Consejo los jueces votan para integrantes del organismo a los candidatos de las listas de los dos colegios de abogados.

Un caso particular es el de la provincia de Chubut, que está compuesto por tres magistrados (uno de ellos con categoría de camarista), cuatro abogados, un empleado no abogado del Poder Judicial y cinco ciudadanos no abogados, pero las únicas funciones que posee son las de selección de candidatos, por concurso público, que luego eleva a la Legislatura y funciones disciplinarias.

Los convencionales constituyentes porteños de 1996, inspirados en los antecedentes italianos de postguerra, establecieron en el título quinto, la regulación del Tribunal Superior de Justicia como un tribunal constitucional y por otro lado el Consejo de la Magistratura formando parte del Poder Judicial como cabeza del mismo.

Dable es apreciar, que en modo alguno es una copia del artículo 114 del texto nacional, como tampoco un mero órgano asesor como acontece en algunas provincias, ni un órgano extrapoder.

El artículo 107 de la Constitución local zanja tanto la discusión de la ubicación institucional del Consejo como del Ministerio Público, a los que coloca, sin lugar a dudas, dentro de la Justicia. Siendo por lo demás que entre los distintos organismos no existe una relación jerárquica de supremacía o subordinación, sino de coordinación de competencias. De esta forma el Tribunal Superior de Justicia dicta sus reglamentos internos, nombra y remueve a sus empleados, a la vez que proyecta y ejecuta su presupuesto y el Consejo de la Magistratura gobierna el resto del Poder Judicial.

A diferencia de la Constitución Nacional, la porteña es más explícita en cuanto a la composición del Consejo al disponer su integración con nueve miembros, que en número de tres pertenecerán en forma igualitaria a los tres estamentos: a) los representantes elegidos por la Legislatura, que no pueden ser legisladores con mandato vigente y se encuentran obligados a concurrir a informar al Cuerpo Legislativo a requerimiento de éste. b) los magistrados jueces que deben tener dos años

“El sistema de reclutamiento de magistrados en los Consejos tiene una consecuencia directa en cada país, y en nuestro particular caso federal, en cada una de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de la independencia de la justicia ante los otros poderes, y también del sistema de aprendizaje de valores e ideologías para el papel que el futuro juez va a desempeñar”.

de antigüedad como mínimo, en el ejercicio de la magistratura. C) los abogados deben tener por lo menos ocho años de graduados, poseer domicilio electoral en la ciudad y estar matriculados en la Ciudad de Buenos Aires.

Pero la diferencia del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CMCABA), con sus homólogos provinciales, es que se trata de un órgano permanente de selección de magistrados, gobierno y administración del Poder Judicial del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la función de asegurar la independencia, garantizar la eficaz prestación del servicio de administración de justicia, promover el óptimo nivel de sus integrantes y lograr la satisfacción de las demandas sociales sobre la función jurisdiccional del Estado.

No quiero concluir este trabajo sin recordar a los Constituyentes que pensaron y discutieron este tema, tan caro a la Justicia. Ellos fueron: Graciela Fernandez Mejjide, Jorge R. Enriquez, Jorge J. Castells, Jorge M. Argüello, Raúl Zaffaroni, Patricia Bullrich, Nora Guinzburg Y Nilda C. Garré.

A todos ellos gracias por haber pensado un sistema tan moderno y garantista para la justicia de los porteños. •

20 años después

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA AUTONOMÍA PORTEÑA

El actual Fiscal General Adjunto Dr. Rubén Pereyra analiza el status jurídico de nuestra ciudad luego de la reforma constitucional de 1994.

POR RUBÉN PEREYRA*

Introducción

Llegado el año 1994, las urgencias políticas para el Gobierno nacional se centraban en la posibilidad de obtener una reforma constitucional que permitiera la reelección del titular del Poder Ejecutivo de entonces, quién finalizaba su mandato el año siguiente. La acuciante necesidad había tratado de canalizarse el año anterior (1993) mediante un acuerdo político tendiente a instrumentar un plebiscito que autorizara la posibilidad de dictar una ley que declarara la necesidad de la reforma constitucional, cuyos principales artífices –además de los representantes del oficialismo– fueron el diputado nacional Durañona y Vedia, representante de la UCeDe, partido político aliado al oficialismo gobernante, y el senador Leopoldo Bravo, representante de la provincia de San Juan y perteneciente al partido provincial denominado bloquismo.

Sin embargo, un acuerdo sobreviniente entre los dos partidos políticos más representativos de entonces (Partido Justicialista, que ejercía el Gobierno nacional y Partido Radical), que se concretó tras una reunión del Presidente de la Nación y el líder de la oposición en la residencia presidencial, permitió celebrar un pacto que se denominó “Pacto de Olivos” –por el lugar de dicho encuentro (Olivos)– y que viabilizó la tan ansiada reforma constitucional.

Tras el mentado acuerdo se dictó la ley que declaraba la necesidad de la reforma identificada por el número 24309 y que contenía el texto completo del acuerdo al que se dio en llamar Núcleo de Coincidencias Básicas, en el que se volcaban –como objeto de la reforma a realizarse– los intereses de ambas partes. Así, respondiendo al interés esencial del oficialismo, se establecía la posibilidad de reelección presidencial, aunque reduciendo el período del mandato de seis a cuatro años; y como iniciativa de la oposición surgieron, la reforma del senado, incorporando un tercer senador por cada distrito electoral, la creación de diversos institutos como la Jefatura de Gabinete de ministros, la Defensoría del Pueblo de la Nación, el Consejo

* Fiscal General Adjunto en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Email: ra1pereyra@hotmail.com



“La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido recientemente veinte años de vida, plazo que coincide con la vigencia del texto constitucional reformado en el que se la instituyera, y aún se encuentra discutida y resistida por algunos sectores de la vida política e institucional”.

de la Magistratura, los decretos de necesidad y urgencia y la regulación de la acción de amparo, entre otros.

El “Pacto de Olivos” incluía también la modificación del status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, a la que se otorgaba la condición de autonomía como atributo propio de las unidades políticas que integran la confederación, y que respondía al interés de ambas partes.

La situación en los años anteriores a la reforma constitucional

Como se sabe, desde 1880 la Ciudad de Buenos Aires había sido declarada capital de la República Argentina¹ y en ella residían las autoridades nacionales. En cuanto a su organización administrativa, diversas fueron las normas que rigieron para la capital federal, desde el momento de su instauración, aunque en el año de la última

reforma de la constitución nacional regía la ley 19.987, con diversas modificaciones.

Por su parte, la Constitución Nacional, vigente por entonces, disponía que el presidente de la Nación sería el jefe inmediato y local de la Capital Federal.² En ejercicio de la mencionada jefatura el presidente tenía la competencia de designar al titular del ejecutivo municipal de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo cargo era el de intendente municipal.³ De tal suerte, este funcionario venía a constituirse en un delegado del presidente de la Nación en el manejo de los asuntos propios de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Hacia el año 1991, el Gobierno nacional se encontraba en manos del partido justicialista, siendo presidente de la república el Dr. Carlos S. Menem, en tanto que la oposición era encabezada por el partido radical, cuyo máximo referente era el ex presidente Dr. Raúl Alfonsín quién, tras la derrota electoral del candidato de

1. El 21 de septiembre de 1880 se sancionó la ley 1.029, por la cual se establecía que el municipio de la Ciudad de Buenos Aires sería la capital de la república, federalizándose su territorio.

2. Constitución Nacional, artículo 86, inciso 3).

3. Ley N° 19.987, artículo 27.

su partido en las elecciones del 14 de mayo de 1989, “resignara”⁴ su alto cargo.

Tras su renuncia se mantuvo como jefe del partido radical, aunque la nueva derrota electoral que sufriera su partido en las elecciones legislativas de 1991, lo determinaron a apartarse de la conducción del mismo, la que quedó en manos del senador Mario Losada. A pesar de las contingencias mencionadas, el Dr. Alfonsín continuó en la lid política siendo reelegido, en 1993, como presidente del Comité Nacional del partido Radical.

La referencia, al comienzo del párrafo anterior, al año 1991, lo fue en virtud de que, por entonces, el radicalismo y una parte de la oposición política, viendo frustrada su aspiración electoral en el orden nacional, comienzan a explorar la posibilidad de canalizar sus expectativas, a través de alcanzar la conducción del distrito Capital Federal, en el que –al contrario de lo que ocurría a nivel nacional– mantenía un alto nivel electoral. Se especulaba con propiciar una modificación normativa en cuya virtud se estableciera la elección directa del intendente de Buenos Aires, iniciando un derrotero que culminaría con la inclusión en la reforma constitucional de 1994 de la autonomía de la ciudad.⁵

Una reforma constitucional siempre se halla determinada por la valoración política, tanto de las circunstancias de su procedencia, cuanto de los alcances y condiciones de la reestructuración proyectada; por lo demás, se efectúa el análisis técnico de los contenidos a incorporar o modificar a fin de que el resultado no merezca objeciones. En cuanto concierne a la reforma

constitucional efectuada en 1994, la plataforma política necesaria para su instrumentación quedó plasmada con el acuerdo entre los dos partidos políticos mayoritarios, expresado en el denominado “Pacto de Olivos” cuyo contenido pasó a incorporarse en texto de la Ley 24309, bajo la denominación de “núcleo de coincidencias básicas”, uno de cuyos principales postulados –como se ha señalado precedentemente– fue el referido a la declaración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

La factibilidad técnica de dicha declaración fue efectuada por diversos doctrinarios, tanto del oficialismo cuanto de la oposición. Contó con el aval del entonces Ministro de Justicia de la Nación, Dr. Jorge Luis Maiorano, los juristas José Roberto Dromi, Rodolfo Barra, Enrique Paixao y Alberto García Lema, entre otros.

La autonomía de la ciudad podía exhibir, asimismo, un importante apoyo del destacado administrativista Miguel Marienhoff, quién en 1993 fue declarado “ciudadano ilustre” de la ciudad de Buenos Aires, por el entonces intendente municipal Dr. Saúl Bouer. En el acto realizado con motivo de tal distinción pronunció una conferencia que abordaba un tema de gran actualidad para el momento, cuál era la elección directa del intendente. Tal fue el título con el que el Dr. Marienhoff anunció la alocución que seguidamente desarrollaría y en la cual manifestó la insuficiencia de elegir en forma directa al intendente municipal, pronunciándose por la necesidad de que la Ciudad de Buenos Aires, en función de diversos parámetros –que desarrolló en su charla–, tuviera un estatuto jurídico novedoso, caracterizado por la autonomía.⁶

4. Con dicho verbo se expresó el entonces presidente Dr. Alfonsín al redactar su renuncia al cargo que ocupaba, y en su mensaje al país, transmitido por cadena nacional el 12 de junio de 1989, anunciando que se verificaría el 30 del mismo mes. Dijo entonces que resignaba su cargo de presidente de la Nación Argentina.

5. Quién ejercía el cargo de intendente de la ciudad en la primera etapa de la administración de Carlos Menem –Carlos Grosso– era, al mismo tiempo el presidente del partido justicialista de la ciudad de Buenos Aires, quién frente a la consigna de la oposición que proponía la elección directa del intendente, acuñó la expresión “sí; pero más”, con la cual sostenía la necesidad de que la ciudad alcanzara la condición de autonomía. Obviamente tal slogan tuvo una amplia repercusión política, por lo que ambos partidos mayoritarios tomaron esa iniciativa que habría de consagrarse posteriormente al momento de promover la reforma constitucional.

6. El acto se desarrolló en el salón dorado del edificio ex La Prensa, lindero al palacio municipal y fue presidido por el intendente Saúl Bouer, con la presencia del Ministro de Justicia de la Nación Dr. Maiorano. Se había preparado una transmisión especial por radio municipal y consistía en la lectura del decreto por el cual operaba el homenaje al jurista. Concluida la lectura de dicho acto administrativo, por parte del locutor oficial, el mismo cerró la transmisión radial y dio por finalizado el acto. Sin embargo –no sin gran sorpresa de todos los presentes, incluidas las autoridades antes mencionadas– el agasajado levantó la mano y solicitó la palabra ya que, según su expresión, correspondía que hiciera uso de la palabra el homenajeado. Ante el requerimiento se reabrió el acto y el Dr. Marienhoff disertó por algo más de una hora sobre el tema “elección directa del intendente”. Lamentablemente, por la forma en que se gestó la conferencia, no se tiene noticia de que hubiere registros de la misma.

“Nuestro máximo tribunal se ha expedido en un amplio número de causas acerca de la situación jurídica institucional de la Ciudad de Buenos Aires, pronunciándose en contra de la equiparación del *status* de la Ciudad de Buenos Aires al de las provincias del país. Históricamente la Corte niega a la Ciudad de Buenos Aires la calidad de provincia y, como consecuencia de dicha negativa, rechaza la posibilidad de incluirla en las prescripciones de las normas constitucionales que establecen la competencia originaria y exclusiva del tribunal, en las causas en que alguna provincia fuese parte”.

Contenido de la reforma constitucional de 1994

Las sesiones de la Asamblea constituyente se iniciaron el 25 de mayo de 1994 en las ciudades de Santa Fe y Paraná, llegándose el 24 de agosto de dicho año a concluir el trabajo reformador que, en cuanto concierne al tema de la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, quedó plasmado en el artículo 129 del nuevo texto constitucional, el que dice: *“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.”*

El texto transcrito revela varias deficiencias de técnica legislativa y errores conceptuales, que no resultan ajenos a la premura con que se trataron los contenidos de la reforma, en virtud del apremio político que presidió todo el proceso y que tuvo su máxima expresión en la omisión de un artículo que integraba el núcleo de coincidencias

básicas, llegando a poner en riesgo la totalidad de la enmienda.⁷

El primer error que se advierte es de carácter técnico jurídico ya que la autonomía no es un atributo del gobierno, sino de la unidad política Estado, uno de cuyos elementos, para un grupo de autores, es el gobierno.⁸ La autonomía es, pues, un atributo del estado y no de uno de sus elementos ya que no puede hablarse de que se tendrá un territorio autónomo o una población autónoma, lo que resulta un absoluto despropósito. En consecuencia, la afirmación *“tendrá un régimen de gobierno autónomo”*, encierra un error técnico que sólo admite interpretarse como que la ciudad de Buenos Aires, como

7. En la ley 24309 se establecía, en su artículo 2°, “inciso d), “Núcleo de coincidencias básicas”, apartado L. ESTABLECIMIENTO DE MAYORIAS ESPECIALES PARA LA SANCION DE LEYES QUE MODIFIQUEN EL REGIMEN ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLITICOS. Los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos actualmente vigente deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de cada una de las Cámaras. * Por agregado al artículo 68 de la Constitución Nacional.” A raíz de dicha redacción se lo designó como artículo 68 bis, inexplicablemente omitido, que finalmente fuera incorporado a la Constitución Nacional como artículo 77, mediante la ley 24430, aprobada el 10 de diciembre de 1994.

8. El Estado es una unidad política que se integra, esencialmente por tres elementos, a saber: poder, población y territorio. Para un grupo minoritario de autores de derecho político y constitucional existiría un cuarto elemento que es el gobierno, posición que no se comparte, por entender que el gobierno es una manifestación del poder y una modalidad de su ejercicio.

unidad política, y por imperio de la norma constitucional, ha sido investida de autonomía.

Por otra parte, tanto las afirmaciones subsiguientes de que poseerá facultades propias de legislación y jurisdicción, como que su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad, resultan ociosas, ya que no son otra cosa que emanación de la condición de autonomía que previamente se le reconoce.

Compartimos con Mario Justo López el concepto de autonomía, al señalar que el grado de competencia inmediatamente menor o inferior al que corresponde a la soberanía, es el propio de la autonomía, agregando que ese grado de competencia está caracterizado por la facultad de darse la propia ley. Para el autor mencionado, la autonomía implica, fundamentalmente, competencia legislativa, es decir, facultad de dictar normas generales, pero coordinadas con un orden jurídico superior que establece límites a dicha facultad.⁹ Así, el sentido actual de la palabra coincide con su etimología, del griego “autos”, por sí mismo y “nomos”, norma o ley.

Entre los autores españoles, Morell Ocaña, sostiene que *“la autonomía es ante todo, una cualidad del grupo social adquirida por el hecho mismo de su existencia. Cuando los griegos aludían al “nomos” se referían precisamente a ese primitivo acto de toma de tierra, fundación de una ciudad o colonización; era un acto constitutivo del que toman fuerza todas las regulaciones ulteriores, escritas o no escritas, a cargo de los órganos de la propia comunidad.”* Agrega el autor que el concepto de nomos no se agota en el producir normas exclusivamente, pues resalta otro significado importante como “vallado o cerco”, lo que representa en su propio significado natural “no poder ser atacado desde afuera” y tampoco “no poder salir hacia afuera”. El nomos aquí es tanto protección como límite.¹⁰

Autonomía plena

No había pasado mucho tiempo desde la sanción del nuevo texto constitucional, cuando

comenzaron a aparecer voces de diferentes sectores que pregonaban que las autonomía reconocida a la Ciudad de Buenos Aires, a través de la reforma no era sino una forma restringida de dicho atributo (grado de competencia, en el vocabulario de Mario Justo López). Se decía, entonces, que la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, no era plena, sino restringida, aunque no se expresaba con fundamentación suficiente en qué se basaba esa afirmación.

Cierto es que, en aquel momento, variadas fueron las voces que se alzaron para intentar explicar, con auténtico sentido restrictivo y abolicionista, la autonomía consagrada en el artículo 129 de la Constitución Nacional; predicando – para ello– su carácter restringido, en contraposición a las autonomías provinciales. Mas como no podía ser de otra manera, tal interpretación fue perdiendo sustento (del que ya carecía en su propio origen) dada la contundencia del concepto jurídico, por una parte y, por otra, en virtud de la fuerza expansiva de las instituciones.

Aquellas concepciones desconocían que de las diversas definiciones, así como de las elaboraciones doctrinarias de los diferentes autores – algunas de las cuales fueran mencionadas en el acápite precedente– no resulta que el concepto de autonomía, en cuanto atributo de los entes institucionales, aparezca como modulable, mensurable o cuantificable, de modo tal que pueda pregonarse la existencia de autonomía mínima o máxima, extendida o restringida, plena o limitada, etcétera. Por lo que expresan los diversos autores, la autonomía se tiene o no se tiene, esto es, se reconoce o no, y carece de graduaciones.

Esa nueva visión de la cuestión de la autonomía, según nuestro criterio, obedecía a intentar colocar a la Ciudad de Buenos Aires en una situación de inferioridad respecto de las provincias a las que se les atribuía el máximo grado de autonomía (en esa conceptualización particular de gradación de la misma) al que denominaban “autonomía plena”. Lo curioso es que esta concepción se había gestado en base a criterios exclusivamente doctrinarios, sin ningún fundamento constitucional, ya que en el texto anterior a la reforma de 1994 no aparecía, en absoluto, la palabra autonomía. Esto incluía su eventual aplicación a las provincias; baste cotejar la redacción de los artículos 5, 104 (actual 121), 105

9. Mario Justo López, “Manual de Derecho Político”, Kapelus, 1983, pág 298.

10. MORELL OCAÑA, Luis. “La Autonomía Local”. Ed. Tecnos. 1984 págs. 33/34.

“La jurisprudencia del alto tribunal incurre, en nuestra modesta opinión, en una posición extrema que tiene su origen en la interpretación textual y restrictiva de las normas constitucionales, omitiendo las consideraciones que se han realizado precedentemente y, aun, sin considerar lo señalado “supra” respecto de las prescripciones contenidas en los artículos 126 y 127 de la Constitución Nacional, en comparación con el contenido de los restantes artículos del mismo título”.

(actual 122 que mantiene su contenido anterior a la reforma), y el 106 (actual 123).

Paradójicamente (para quienes sostenían aquella postura ideológica), la incorporación del concepto de autonomía –con la reforma constitucional de 1994– se realiza para reconocer ese atributo a las universidades estatales (“... *la autonomía y autarquía de las universidades nacionales*”; en el artículo 75, inciso 19), al Ministerio Público (“...*autonomía funcional*...” la consagra el artículo 120); a los municipios (“... *asegurando la autonomía municipal*...”, en el artículo 123) y –por fin– a la Ciudad de Buenos Aires “...*tendrá un régimen de gobierno autónomo*...” (artículo 129 CN).¹¹ Adviértase que, en ningún momento –ni el texto constitucional preexistente, cuanto el resultante de la reforma de 1994– indican expresamente que las provincias posean autonomía.

Una de las declaraciones efectuadas en el nuevo texto constitucional a la que se acaba de hacer referencia es la que consagra la autonomía municipal; un concepto por cierto bastante controvertido, si se tiene en cuenta el carácter de entidades descentralizadas sobre base territorial con el que tradicionalmente se ha identificado a los municipios. Sin perjuicio de que nuestra postura sobre el punto resulta contraria a la posibilidad de que una autonomía pueda ejercerse en el ámbito de otra autonomía (este sería el caso

del municipio en relación con la provincia que integra) y que constituye un tema que excede el presente análisis, lo cierto es que lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución Nacional torna inoqua la discusión acerca del eventual alcance de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

En efecto, si la norma fundamental proclama la autonomía de los municipios, ¿cuál sería el sentido de discutir el carácter de ésta respecto de la Ciudad de Buenos Aires? No se advierte una respuesta sensata a tal interrogante –y, cabe aclararlo– tampoco se conoce que la hayan dado los detractores de la autonomía porteña. Más aún, si se tiene en cuenta que a la declaración efectuada en el artículo 123 respecto de los municipios, se la refiere a su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. A la Ciudad de Buenos Aires, en cambio, la Constitución Nacional le atribuye un régimen de gobierno autónomo, sin más aditamento.

Concordantemente señala Antonio M. Hernández que, “En el debate en la Convención Constituyente sobre el nuevo régimen para la ciudad, sostuvimos que se había establecido una autonomía plena y, al explicar sus contenidos, mencionamos el poder constituyente y a los aspectos políticos, legislativos, judiciales y administrativos.”¹²

11. Pereyra, Rubén A.: “La autonomía de la ciudad de Buenos Aires”, Revista del Notariado, N° 896, abril/junio 2009, págs. 109, 110.

12. Véase Hernández, Antonio M.: “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Depalma, 1997.

En cuanto concierne a la recepción local de la declaración efectuada en la Constitución Nacional, cabe destacar que el Estatuto Organizativo de la ciudad, también denominado constitución de la ciudad, recepta la declaración de autonomía contenida en la norma federal, estableciendo un mandato expreso en su artículo 6º.¹³

Una paradoja lamentable, en nuestra modesta opinión, es que los autores de tal declaración, tan significativa y trascendente para la consolidación del régimen autonómico local, esto es los estatuyentes de 1996, hayan sido los primeros en incumplir con el mandato que proclamaban.

En efecto, corresponde recordar que el artículo 5 de nuestra Constitución Nacional consagra lo que se ha dado en llamar doctrinariamente, la garantía federal.¹⁴ Mediante esta disposición constitucional se establecen las condiciones para que las unidades políticas locales (provincias en la redacción originaria del texto constitucional que no fuera objeto de modificación por la reforma de 1994) ejerzan en plenitud su autonomía. Una de dichas condiciones es la referida al régimen municipal, el que debe asegurarse en las constituciones locales, junto con la administración de justicia y la educación primaria. Pues este régimen no aparece como suficientemente asegurado en el texto del Estatuto Organizativo, donde se regula el sistema de comunas¹⁵ y que a pesar de ser definidas como órganos de gestión política y administrativa con competencia territorial (en el artículo 127 de dicho cuerpo normativo) tienen competencia muy acotadas establecidas por el artículo 128 y que distan bastante del concepto tradicional de municipio.

Corresponde advertir que el nombre de comunas no es nuevo para el régimen municipal,

13. Artículo 6.— “Las autoridades constituidas tienen mandato expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agoten en derecho las instancias políticas y judiciales para preservar la autonomía y para cuestionar cualquier norma que limite la establecida en los artículos 129 y concordantes de la Constitución Nacional”.

14. Artículo 5.— Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

15. Título Sexto: Comunas; artículos 127 a 131, ambos inclusive.

habida cuenta de que tales entidades existen en la previsiones normativas provinciales (por caso Córdoba, Entre Ríos, Santa Fe, San Luis, entre otros) aunque en todos los casos se trata de unidades de menor relevancia y competencias que los municipios.

La Ciudad de Buenos Aires no es una provincia

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, que nos determina a afirmar que la Ciudad de Buenos Aires ha sido investida por el texto constitucional de autonomía, en el más estricto sentido jurídico del término, lo que los abolicionistas denominan “autonomía plena”, no dudamos en afirmar —con la misma contundencia— que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia.

*Resulta inobjetable que la Ciudad de Buenos Aires, a partir de la reforma constitucional de 1994 ha sido instituida como un estado nuevo dentro de la confederación argentina cuyo estatuto jurídico —en virtud de la autonomía que consagra el mismo texto constitucional— es equivalente a las provincias, ello más allá de la denominación que se le asigne, un claro ejemplo de *nomen iuris*.*

Sin embargo, en nuestro criterio, esta circunstancia en nada la desmerece institucionalmente y, mucho menos, mengua las competencias y facultades resultantes del reconocimiento de un estatuto jurídico de amplio desarrollo en el marco de la ciencia política. Téngase presente que tanto se pregona la cualidad de autonomía, respecto de las “provincias” argentinas, cuanto de los “estados” de la República Federativa del Brasil, o de los Estados Unidos; como de los “cantones” de la Confederación Helvética.

El encuadramiento de esta realidad debe, por lo demás, contemplar la circunstancia de que, en la tradición político institucional de nuestro país, el nombre de provincia —asignado a las unidades que componen nuestra federación— posee una dimensión geográfica, geopolítica, histórica y ontológica particular que ha singularizado a dichas unidades.

En efecto, las tradicionales provincias argentinas se han constituido en torno a aldeas o urbes, cuya fundación determinó el surgimiento

“Si bien es cierto existen argumentos jurídicos bastantes para el reconocimiento de la institucionalidad que –la voluntad de los constituyentes– le asignara. Los mismos resultan secundarios frente a los que se vinculan con la postergación de genuinas aspiraciones de los ciudadanos porteños. El manejo del puerto de Buenos Aires, la programación, organización y control de los servicios de transporte público de pasajeros en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires; el control y organización de las principales actividades registrales del orden local como el Registro Público de Comercio, la Inspección General de Justicia, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro de Patentes y Marcas y el Registro de las Personas; para mencionar solo las principales áreas de competencia local, son algunos ejemplos de las aspiraciones que resulta necesario satisfacer”.

de núcleos de población que extendieron su influencia y gravitación a las zonas rurales circunvecinas, para alcanzar más tarde, y por efecto de su influencia socioeconómica y cultural, territorios más vastos en los que surgieron asentamientos menores en estrecha vinculación con los originarios. En este esquema, tanto el medio físico, como el factor climático, la configuración del territorio, la ubicación relativa de éste, la composición del suelo y las peculiares interrelaciones trabadas en el devenir histórico fueron configurando la esencia de esas entidades político institucionales que constituyen nuestras provincias.

Estas circunstancias permiten advertir que, en nuestro medio, existen motivos suficientes para preservar la denominación de “provincia” para aquellos entes que reúnen el conjunto de caracteres indicados, en particular los relacionados con los distintos factores típicamente geográficos (extensión, configuración, accidentes geográficos, el factor climático determinante, a su vez, del modo de vida, en general; las instituciones y las costumbres) que ejercen un poderoso

influjo en la configuración de sus comunidades y la actividad de sus habitantes.¹⁶

Lo expresado –al solo efecto de justificar el uso de la denominación “provincia” para los entes políticos que se ajustan a determinados parámetros– no importa admitir que éstos posean –por su esencia– atributos políticos que los diferencien del ente estatal al que se denomina ciudad, que exceda lo dispuesto en los artículos 121, 124 y 125 del texto constitucional. Si así se admitiera, resultaría menester extender ese criterio diferenciador a todos los preceptos normativos que integran el título segundo, y cuya consecuencia importaría desbaratar todo el esfuerzo abolicionista. Es que en dicha hipótesis y ante la existencia de dos entes de distinta denominación (provincia, ciudad autónoma), forzoso resultaría –como extensión de la interpretación diferenciadora– circunscribir estrictamente la previsión normativa al ente aludido.

Para expresarlo más sencillamente, si la interpretación de los artículos mencionados conduce

16. Conf. Pereyra, Rubén A.; op. Cit. Págs. 110, 111.

a establecer un tratamiento diferenciado entre los entes, del cual se inferiría detrimento para el segundo de ellos (Ciudad de Buenos Aires, como lo pretenden los detractores de su autonomía), tal diferencia de trato –y con ello de las facultades o competencias establecidas– debe mantenerse en los restantes preceptos constitucionales contenidos en los artículos que componen el título. Por lo tanto, y habida cuenta que las prohibiciones contenidas en los artículos 126 y 127 tan sólo se establecen respecto de las provincias, la Ciudad de Buenos Aires resultaría inmune a tales restricciones, lo que acarrearía una considerable extensión de sus facultades, en relación con aquéllas.

Por lo demás, y aún con las diferencias de denominación, ambos entes institucionales se hallan regulados en un mismo capítulo constitucional, el Título Segundo: Gobierno de Provincia, de la segunda parte de la Constitución Nacional. Esta identidad de ubicación normativa se complementa con un conjunto de normas que vienen a reforzar la paridad entre aquéllos, comenzando por el hecho de asignarse una igualitaria representación en el senado;¹⁷ la integración de la Cámara de Diputados de la Nación;¹⁸ la participación en la distribución de impuestos coparticipables;¹⁹ la intervención en la aprobación de transferencias de competencias, servicios o funciones;²⁰ la representación en la integración del organismo fiscal federal encargado del control y fiscalización de la coparticipación impositiva²¹ así como la posibilidad de ser objeto de intervención federal.²²

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Nuestro máximo tribunal se ha expedido en un amplio número de causas acerca de la situación jurídica institucional de la Ciudad de Buenos Aires, pronunciándose en contra de la equiparación del status de la Ciudad de Buenos Aires

al de las provincias del país. Históricamente la Corte niega a la Ciudad de Buenos Aires la calidad de provincia y, como consecuencia de dicha negativa, rechaza la posibilidad de incluirla en las prescripciones de las normas constitucionales que establecen la competencia originaria y exclusiva del tribunal, en las causas en que alguna provincia fuese parte.²³

La jurisprudencia del alto tribunal incurre, en nuestra modesta opinión, en una posición extrema que tiene su origen en la interpretación textual y restrictiva de las normas constitucionales, omitiendo las consideraciones que se han realizado precedentemente y, aún, sin considerar lo señalado “supra” respecto de las prescripciones contenidas en los artículos 126 y 127 de la Constitución Nacional, en comparación con el contenido de los restantes artículos del mismo Título.

Adviértase que la normativa constitucional siempre menciona a la Ciudad de Buenos Aires, cuando quiere incluirla en las disposiciones de su articulado. Ello es así cuando se refiere a la composición del Congreso Nacional, en el artículo 44, a la integración del Senado Nacional, en el artículo 54, y en todos los demás casos referidos en las notas 16, 17, 18, 19 y 20 del acápite precedente. Igual temperamento asume respecto de la posibilidad atribuida a las provincias de crear regiones para el desarrollo económico y social, establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y la posibilidad de celebrar convenios internacionales, resultantes de lo dispuesto en el artículo 124; donde se deja a salvo que la Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

Por su parte, en el artículo 125 se concede a las provincias diversas facultades vinculadas a su desarrollo económico y administrativo, señalando en su párrafo segundo, otras facultades que se extienden a la Ciudad de Buenos Aires.

En cambio en los artículos 126 y 127 se imponen categóricas prohibiciones a las competencias provinciales, aunque respecto de tales restricciones, ninguna mención se hace a la Ciudad de Buenos Aires. Ante esta ausencia caben dos interpretaciones, una de tipo literal y restrictiva, que llevaría a admitir que la ciudad puede

17. Conforme resulta de los artículos 44 y 54 C.N.

18. Conf. artículo 45 C.N.

19. Conf. artículo 75, inciso 2°, párrafo 3°.

20. Conf. artículo 75, inciso 2°, párrafo 5°.

21. Conf. artículo 75, inciso 2°, párrafo 6°.

22. Conf. artículo 75, inciso 31 y 99, inciso 20 C.N., en caso de receso del Congreso Nacional.

23. Conf. artículo 117 C.N.



ejercer todo ese conjunto de competencias que se excluyen a las provincias. Otra interpretación, a nuestro juicio la adecuada, parte de la equiparación de ambos entes institucionales y la correlativa sujeción de los mismos a idénticas restricciones.

Estas breves consideraciones permiten advertir que la correcta interpretación constitucional resulta la opuesta a lo sostenido en autos “Juan Bautista Cincunegui c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”,²⁴ y que constituye la esencia de las decisiones de la Corte. En nuestra opinión, no obsta a lo expresado precedentemente, la doctrina expuesta en reiteradas sentencias, donde la Corte ha proclamado que su competencia es “insusceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por ley o poder alguno”²⁵ ya que se trata de una exégesis sistemática y orgánica de los contenidos de la constitución en su conjunto,²⁶ y superando la atadura al contenido de una norma aislada, tal como la propia Corte lo ha sostenido.²⁷

La doctrina imperante de la interpretación sistemática propone una exégesis

coordinada, anticonflictiva, equilibrada y útil de la Constitución.²⁸ Se impone entonces, en salvaguarda de los preceptos constitucionales y de los principios que los sustentan, conjugar los artículos 116 y 117 y el reciente artículo 129 para concluir la admisión de la Ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria y exclusiva que aquellos reglan.

El 18 de diciembre de 2007 la Corte Suprema dictó el fallo en la causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ cumplimiento de contrato y cobro de pesos” (G. 2462. XLI). En el mismo se mantiene la doctrina de la Corte en el sentido de que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar en la instancia originaria de esa sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por persona o poder alguno (arts. 44, 45, 54, 75, incs. 2º, 30 y 31, 124, 125, 129 y cláusula transitoria séptima).(Considerando 2º del voto de la mayoría).

Agrega en el considerando 6º “Que esta Corte en su actual composición comparte la interpretación de los textos constitucionales llevada a

24. Fallos: 322:2856, voto de los Dres. Nazareno y Boggiano.

25. Fallos: 302:63 y sus citas; 308:2356; 310:1074; 311:872; 316:965 322:813 entre otros.

26. “Bernuchi”, Fallos: 289:200 y “Riego Ribas”, Fallos: 258:267.

27. “Brizuela”, Fallos: 296:432.

28. Ver SAGÜES, Néstor Pedro en “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo I pág. 61, 3ª edición actualizada y ampliada, Edit. Astrea, Buenos Aires 1999.

cabo en los reiterados precedentes citados en los considerandos 2º, 3º y 4º, que han negado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la condición de aforada a la competencia originaria reglada por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, por lo que los procesos en que sean parte una provincia y dicha ciudad no corresponden por la única condición de las personas al conocimiento del Tribunal en esta instancia.”

Sin embargo, lo novedoso de dicho fallo es que se perfila una postura acorde a cuanto venimos señalando en estas líneas, a través de la fundada disidencia de la jueza Carmen Argibay, a la que adhiere el juez Zaffaroni.

Señala la Dra. Argibay que el criterio riguroso en cuanto a la competencia originaria de la Corte se asienta en el presupuesto de que cualquier litigio que no responda a los mencionados expresamente en el artículo 117 de la Constitución Nacional debe ser fallado por otro tribunal que no sea la Corte Suprema, provincial o nacional. Pero, cuando, como en el caso, las dos últimas opciones también encuentran obstáculos constitucionales, el argumento basado en el “carácter restrictivo” de la competencia originaria, deja de ser concluyente.

Agrega, asimismo, que la circunstancia señalada conduce a la necesidad de revisar el argumento tradicional de la Corte, ya no en cuanto a la clasificación de la Ciudad de Buenos Aires en la categoría “provincia”, sino para examinar qué aspectos del régimen constitucional se verían alterados y en qué medida por la admisión de este tipo de pleitos en su competencia originaria.

En sustento de la decisión que habrá de propiciar señala la jueza que las razones que justifican su opinión sobre la improcedencia de seguir en este caso el criterio restrictivo tradicional no constituyen una innovación radical. Aclara que la Corte en el pasado se ha visto enfrentada a decisiones que la ponían frente a un dilema semejante, es decir: o bien apartarse de la rigidez con que habitualmente interpreta su competencia originaria, o bien convalidar una situación en la que resultaban avasalladas las prerrogativas constitucionales de alguna de las partes.

Concluye su voto señalando que dichas consideraciones, la conducen a la conclusión de que no hay menoscabo a la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, resulta más acorde

a sus fines, admitir, como se lo hizo en Fallos: 326:2479, que las causas en que son partes contrapuestas una provincia y la Ciudad de Buenos Aires corresponden a la competencia originaria de esta Corte.

Resulta auspicioso que del seno del más alto tribunal pueda surgir una doctrina que modifique su tradicional jurisprudencia, ya que la admisión de su competencia originaria respecto de la Ciudad de Buenos Aires, importaría un robustecimiento de su autonomía, cuya finalidad esencial consiste en reconocer a sus habitantes un conjunto de potestades que los identifica como ciudadanos con pleno ejercicio de sus derechos políticos e institucionales. Ello por cuanto a través de la jerarquización autonómica, se consagra el reconocimiento, en favor de más de dos millones (2.000.000) de vecinos (población muy superior a la de varias provincias y que, actualmente, sostienen en forma exclusiva con su propio esfuerzo el funcionamiento de la ciudad), de sus derechos para designar sus propias autoridades en forma directa, establecer las condiciones de prestación de sus servicios públicos, reglar el funcionamiento de los poderes del Estado, establecer la aplicación de sus tributos y controlar en forma directa e inmediata a sus funcionarios, entre otras varias facultades de las que se hallaban privados.

Conclusión

La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires ha cumplido recientemente veinte años de vida, plazo que coincide con la vigencia del texto constitucional reformado en el que se la instituyera, y aún se encuentra discutida y resistida por algunos sectores de la vida política e institucional.

Creemos que cuanto se ha expresado en el presente análisis –muy modesto y circunscripto, por cierto– permite advertir que no existe razón jurídica ni política y, mucho menos, institucional para que el estatuto de la ciudad difiera del que se asigna a las provincias. No compartimos alguna visión que indica que se habría preparado el camino para su provincialización ulterior, en caso de trasladarse la capital de la república, ya que ello importaría un menoscabo actual de la institución, con el consiguiente perjuicio para sus habitantes, convertidos en ciudadanos



de segunda categoría, dentro de una república democrática en la que prima la igualdad de derechos y obligaciones. Por otra parte, la reivindicación de ambas situaciones estaría sujeta a hechos contingentes e inciertos que, en modo alguno, pueden justificar el sometimiento de esas personas a la condición de “kelpers” dentro del propio territorio.

Si bien es cierto existen argumentos jurídicos bastantes para el reconocimiento de la institucionalidad que –la voluntad de los constituyentes– le asignara, los mismos resultan secundarios frente a los que se vinculan con la postergación de genuinas aspiraciones de los ciudadanos porteños. El manejo del puerto de Buenos Aires, la programación, organización y control de los servicios de transporte público de pasajeros en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires; el control y organización de las principales actividades registrales del orden local como el Registro Público de Comercio, la Inspección General de Justicia, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro de Patentes y Marcas y el Registro de las Personas; para mencionar solo las principales áreas de competencia local, son algunos ejemplos de las aspiraciones que resulta necesario satisfacer.

Y en ello, entendemos, nos encontramos comprometidos todos cuantos tenemos alguna responsabilidad en el resguardo de las instituciones, tanto en el ámbito local, cuanto nacional. Los funcionarios de la ciudad, en el fiel cumplimiento de la manda resultante del artículo 6 del Estatuto Organizativo local, promoviendo las adecuaciones normativas necesarias o reclamando la observancia estricta de los preceptos constitucionales; los funcionarios nacionales, honrando el sentido de las normas a cuyo servicio se encuentran dedicados; los integrantes del máximo tribunal de justicia, aplicando el derecho en su recto sentido, no distorsionando nada ni creando aquello para lo que carecen de competencia, sino interpretando rectamente y con criterio sistémico sus normas y, finalmente, los comentaristas, aportando lo que con lealtad entendemos resulta de una voluntad superior, resultante del sistema de convivencia política que hemos adoptado.

Confiamos que estas aspiraciones puedan concretarse con presteza y solicitud para que, respecto de la situación institucional de nuestro terruño no resulte válido aquello que pregonara la –también nuestra– música popular, afirmando que veinte años no es nada. •

Convención sobre Derechos del Niño

TRANSFORMAR NECESIDADES EN DERECHOS

Supervivencia, desarrollo y formación, afecto y alegría, en lugar de exclusión, olvido o mezquindad. Ese es nuestro compromiso.

POR DRA. YAEL BENDEL*

“Son las necesidades del niño las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida. Son estos reclamos de supervivencia, desarrollo y formación, de afecto y alegría, los que demandan derechos que conviertan los requerimientos en exigencias y realidades. El camino no es fácil; el derecho no puede vencer una lógica de exclusión, olvido y mezquindad. Las normas son sólo brújulas; se requieren el pensamiento y la mano del hombre vigilantes y activos para transformar las promesas en vivencias concretas, para que en el transcurrir de cada niño se refleje este deseo de una humanidad que se prolonga sin la violencia de la desigualdad, esto es, una humanidad más humana y solidaria”.

Cecilia Grosman, *El interés superior del niño.*

“... la promoción de los derechos humanos exige más, mucho más, que una legislación ‘ideal’”.

Claudia Fonseca y Andrea Cardarello, “Derechos de los más y menos humanos”, publicado en *Derechos Humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil. Estudios de Antropología Jurídica. Antropofagia, Buenos Aires, 2005.*



INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XX se han producido profundos procesos de declaraciones, reconocimientos, protección y defensa de los derechos de las niñas y niños, cuya máxima expresión se alcanzó con la aprobación en el año 1989 por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Fue ratificada por nuestro país en el año 1990 mediante la sanción de la Ley 23.849 que agregó una reserva en tres artículos que establecen las condiciones de vigencia de la Convención para nuestro derecho interno.

Claro está que con la reforma constitucional de 1994 se introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina. La incorporación de numerosos instrumentos internacionales al artículo 75 inciso 22 de la Constitución, ha instaurado dentro del ordenamiento jurídico nacional un sistema de protección de derechos.

Cada uno de los derechos contenidos en estos tratados complementan desde entonces aquellos que ya integraban la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Asimismo, es importante recordar que el inciso 23 del mismo art.75, establece que se encuentra entre las obligaciones del Poder Legislativo la de *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los **niños**, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*.

Esta reforma de la Constitución Nacional se considera una importante ampliación del sistema de protección de derechos y garantías de niñas y niños y, particularmente la Convención, agregó un gran aporte al amplio desarrollo de los derechos humanos en el Derecho Internacional.

Queda claro así que hay numerosos instrumentos internacionales que establecen las obligaciones de los Estados y su deber de proteger de manera especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

ANTECEDENTES

Como antecedente de la Convención sobre los Derechos del Niño, recordemos la firma el 20 de noviembre de 1959 por las Naciones Unidas de la Declaración de los Derechos del Niño. A través de ella se iniciaba la promoción a nivel mundial de los derechos de los niños y de las funciones a cargo de la escuela y de las familias. Pero dicha declaración no ha sido un instrumento jurídico vinculante y por lo tanto generador de obligaciones para los estados, sino una guía para abordar el tema.

Posteriormente, y teniendo como antecedente directo a la mencionada Declaración, en 1989 se logró contar con una Convención sobre los Derechos del Niño, que fue ratificada por Argentina junto a otros 57 países, en forma inmediata, y es hoy la convención con mayor número de ratificaciones estatales, asumiendo la responsabilidad de garantizar a las niñas y niños los derechos y principios por ella establecidos.

EL NUEVO PARADIGMA

La Convención modificó de manera sustancial la visión y percepción que a nivel mundial predominaba con relación a la infancia. Así, surgen claros replanteos acerca de las relaciones entre las personas adultas y las niñas y niños, y tiende a que se afiance el desarrollo del niño en el seno de la familia como medio natural para su maduración, desarrollo y crecimiento.

Los cambios y modificaciones que introduce la Convención se basan en el hecho de abandonar la perspectiva de mera tutela hacia los niños y niñas, entendiéndolos como si fueran objetos e incluso propiedad de sus padres, para reconocerlos principalmente como sujetos titulares de derechos y de las garantías que deben efectivizarse para el cumplimiento y satisfacción de esos derechos. Asimismo, y como aspecto a destacar para su aplicación en los distintos ordenamientos jurídicos, la Convención resulta ser el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación respecto de todo el resto de la normativa en materia de infancia.

Se trata de un tratado de derechos humanos que contiene el reconocimiento y la protección de los derechos civiles y políticos de los niños, niñas y adolescentes, como también sus derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, resguarda y establece la protección y promoción de los derechos de los niños con necesidades especiales.

A través del nuevo paradigma y de los principios rectores del mismo, que concibe a niñas y niños como “sujetos de derechos”, es decir, titulares de derechos que a su vez generan obligaciones que deben ser garantizadas, según corresponda, por la familia, la sociedad o el estado.

LA INFANCIA: UN MOMENTO ÚNICO EN LA VIDA

El preámbulo de la Convención sustenta primordialmente que *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”*. Sobre este aspecto, la doctrina más respetada ha explicado que **el estado de desarrollo en que se encuentran los niños no debe ser entendido como preparación de la adultez sino que se trata de un momento único en la vida de la persona, con características propias para cada una que debe respetarse y tratarse de acuerdo a la misma**. Es decir, ese estado de desarrollo no tiene contenido negativo alguno, y sí –en cambio– debe ser respetado cada grupo según las franjas etáreas establecidas en la Convención, siendo sujetos titulares de derechos, y deben crearse también las herramientas necesarias para que tales derechos se encuentren efectivizados.

Con la incorporación de este instrumento internacional al sistema jurídico nacional se generaron cambios sustanciales a nivel normativo, tanto en las demás ramas del derecho como en las jurisdicciones provinciales y en la Ciudad Autónoma. En todos los casos las normas se modificaron a fin de cumplir el paradigma de concebir a las niñas, niños y jóvenes como sujetos plenos de derechos y ya no como objetos de tutela y amparo.

CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN

Para comenzar a analizar brevemente el contenido del instrumento internacional en análisis, comienzo recordando que el mismo se rige por cuatro principios esenciales, que son los siguientes:

No discriminación: no se deben restringir, ni limitar derechos por razón de raza, color, género, idioma, religión, nacionalidad, origen social o étnico, o por opinión política o de otro tipo, ni por capacidades especiales. Se entiende que este principio abarca la obligación del Estado de realizar acciones preventivas que prohíban cualquier forma de discriminación y realizar en forma efectiva otras que modifiquen las situaciones de desigualdad que se generen entre los niños y niñas. (artículo 2°)

El interés superior del niño: la normativa, decisiones, procesos y las medidas que afecten a la infancia deben siempre y en todos los casos tener en cuenta primordialmente el interés superior del niño (artículo 3.1).

Vida, supervivencia, desarrollo y protección del niño: establece la obligación de realizar las acciones orientadas a que se haga efectiva la protección de los niños y niñas y a garantizar su pleno desarrollo físico, espiritual y social (artículo 6°).

Participación: Los niños tienen derecho a expresar sus opiniones en los asuntos que los afecten, y que sus manifestaciones sean respetadas y tenidas en cuenta (artículo 12°).

Los principios expuestos generan una interpretación de los derechos enunciados conforme a los mismos. Los derechos que en la Convención se reconocen no deben ser interpretados en forma aislada sino que conforman un conjunto con coherencia común. La violación, restricción, o alteración de alguno de ellos generará que el resto no sea debidamente respetado. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño (órgano de las Naciones Unidas) reconoce expresamente en su Observación General N° 5 sobre las medidas generales para la aplicación de la Convención: “*No hay ninguna división sencilla o digna de fuerza de los derechos humanos en general o de los derechos reconocidos por la Convención en particular, en esas dos categorías [derechos civiles y políticos y derechos*

económicos sociales y culturales]”. Y en este sentido destaca la “interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos”.

LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

Ahora bien, en América Latina la Convención se vivenció e interpretó de una manera muy particular respecto al resto del mundo, centrándose casi con exclusividad en un reduccionismo legal, ya que se vivió como prioritario el cambio normativo interno en los países cuya legislación tutelarista venía practicándose con plena vigencia desde hacía casi 100 años.

A partir de la Convención, América Latina efectuó una modificación interna de sus leyes de infancia, pero ese cambio debió ser acompañado por la modificación de prácticas muy arraigadas, que podían seguir generando vulneraciones de derechos, pero ahora con un nuevo discurso. Toda la región estuvo por décadas convencida de que el sólo cambio normativo implicaría “automáticamente” conductas garantistas y respetuosas de los derechos humanos propios de la infancia.

Desde esa creencia los Estados han ratificado masivamente la Convención, y para el sistema internacional de derechos humanos, resulta primordial que los Estados parte adecúen su normativa interna a los principios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo la aplicación de la Convención encontró caminos sinuosos a la hora de generar prácticas garantistas de los derechos de la infancia. Y todavía hoy sigue presentándose descoordinación entre los textos legales y la práctica concreta.

Muchas veces esto se genera por la interpretación que cada uno le otorga a los preceptos legales. En este orden de ideas, considero que el cambio de paradigma que significó pasar de la situación irregular a la protección integral y el reconocimiento pleno de la infancia ciudadana ha venido a instalar en el imaginario de algunos operadores sociales y jurídicos, el derecho del niño/a a decidir sobre aspectos que afectan su vida, aún por encima del derecho a su integridad física y a su propia vida.

El nuevo paradigma genera un sistema de corresponsabilidades en donde Estado, sociedad civil y familia se encuentran obligados a respetar y garantizar el pleno goce y ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Si bien el niño se encuentra en una situación de vulnerabilidad, ésta no es incompatible con el ejercicio de su autonomía, entendida como un concepto dinámico que se va transformando con su ejercicio en el paso del tiempo. Por ello, hablar de incapacidad absoluta o de autonomía plena resulta “tramposo”. Este nuevo paradigma debiera –a mi juicio– implicar la realización de acciones que no refuercen la vulnerabilidad de los niños, por no tratarlos como niños reales y en cambio asimilarlos a los adultos que no son aún.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio del interés superior del niño atraviesa, guía y orienta toda intervención en el marco de cualquier proceso donde se encuentren involucrados niñas/os y /o adolescentes. Considero que es preciso analizar brevemente dicho precepto interpretativo y opinar acerca de cuál y cómo debiera ser la actuación de los distintos operadores del sistema, como así también los responsables de que los derechos y garantías se encuentren efectivizados, resguardados y no restringidos ni vulnerados.

El patrón jurídico de la Convención es el “interés superior del niño” y apunta a dos propósitos principales: es una pauta para la decisión ante un conflicto de intereses y también establece un criterio para las actuaciones del Estado.

El artículo 3° de la Convención al establecer el interés superior del niño introduce un elemento reformista en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconociendo a dicho principio como la primera norma de *ius cogens* específica aplicable para niñas y niños.

Por la aplicación de este principio, las instituciones con competencia en temas de infancia deben llevar a cabo todas sus acciones y funciones basándose en el interés superior del niño.

Y recordando que en la Convención no hay jerarquía de derechos, sino que cada uno de los derechos establecidos responde al interés superior

del niño y ninguno de ellos debería verse afectado por una interpretación contraria al interés superior del niño.

La Observación General n° 14 del ya mencionado Comité de los Derechos del Niño afirma, respecto del interés superior del niño, que este es: **un derecho, un principio y una norma de procedimiento.**

Y agrega: “*La Convención también se refiere explícitamente al interés superior del niño en otras disposiciones, a saber: el artículo 9 (separación de los padres); el artículo 10 (reunión de la familia); el artículo 18 (obligaciones de los padres); el artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley). También se hace referencia al interés superior del niño en el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8)*”.

En la Observación General mencionada, el Comité resalta que el interés superior del niño se define a través de un triple concepto:

Un derecho sustantivo: el artículo 3.1 establece una obligación directa y puede invocarse ante los tribunales.

Un principio jurídico de interpretación: si una norma permite más de una interpretación, debe escogerse la que mejor encuentre satisfecho el interés superior del niño.

Una norma de procedimiento: siempre que se tomen decisiones que afecten la vida de niñas y niños “*el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o niños interesados*”.

Las normas de la Convención que se ocupan de precisar el interés superior del niño fueron cuestionadas por su imprecisión, porque podían llevar a acciones discrecionales por parte de los poderes del Estado, perdiéndose así el objetivo de proteger los derechos y satisfacer los intereses de los niños en cada caso concreto. Entiendo

que por ello debemos orientar nuestra labor cotidiana, tendiendo hacia una satisfacción plena y máxima de los derechos, teniendo como brújula el principio del superior interés.

La ausencia de una definición legal no puede llevarnos a pensar que se trata de un principio abierto y ausente de contenido, ni la falta de conceptualización puede significar que quedan afuera de su debido alcance el sinnúmero de situaciones que se presentan en cada caso particular.

La tarea de los que trabajamos en organismos con competencia en infancia es llevar a cabo acciones que específicamente tengan en cuenta la condición de niño y ese *plus* de derechos de los que es titular.

En tanto afirmamos el carácter difuso del principio del interés superior del niño, es mayor la responsabilidad que debemos asumir, ya que es frente a cada situación concreta y específica donde debemos vislumbrar cuál es la tarea necesaria para que el interés del niño se encuentre concreta y satisfactoriamente realizado.

EL DERECHO A SER OÍDO

Considero que no alcanza con la mera afirmación de respeto a la normativa, si no se la vincula con la edad y desarrollo de cada niño. En ese sentido es que debe estar orientado nuestro trabajo, velando por el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías de los chicos, siempre teniendo en cuenta que nuestra responsabilidad es conocerlos y analizar de cuál derecho se trata,

comenzando por darle realización verdadera al **derecho a ser escuchado**.

Tenemos en cuenta, que se nos generan aún más responsabilidades luego que ese derecho se efectiviza. Porque si escuchamos bien y atentamente lo que el niño manifiesta, su interés y grado de participación en cada uno de los procesos que le atañe, se generan –para nosotros, los efectores estatales del cumplimiento de las convenciones– nuevas obligaciones, no nos desliga o libera de las mismas, sino que por el contrario, nos desafía a su mayor efectivización.

MUCHO CAMBIÓ Y MUCHO FALTA CAMBIAR

Esos principios fundamentales que estableció la Convención por los Derechos del Niño, integrados al conjunto de los principios de los derechos humanos y la regla de la integralidad e indivisibilidad de los derechos son nuestra materia a trabajar día a día, para que la Convención que protege los derechos de los niños se vea reflejada en medidas concretas y produzca los cambios institucionales necesarios.

Veinticuatro años han transcurrido desde la ratificación argentina a la Convención de los Derechos del Niño. Mucho ha cambiado desde entonces, en la mentalidad profesional y la conciencia social. Pero falta aún mucho por construir y modificar, por capacitar y reflexionar hasta alcanzar los mejores estándares en la real efectivización de derechos que merecen nuestros niños, niñas y adolescentes, en nuestra ciudad y en el país. •



Clase magistral

INCIDENCIA ACTUAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

POR JUAN CARLOS HITTERS*

I. La reforma del año 1994. Generalidades

- A. Introducción
- B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos
 - 1) Generalidades
 - 2) Particularidades
- C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- D. Internacionalización de los Derechos Humanos

II. Particularidades de la Reforma de 1994. Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos

- A. Generalidades. La Constitución internacionalizada
- B. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22
- C. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados con posterioridad a la reforma de 1994

III. Los Derechos Humanos y los órganos interamericanos

- A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana
- B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

IV. Conclusiones. Un avance de la Reforma del año 1994 y el Control de Convencionalidad

I. La reforma del año 1994. Generalidades

A. Introducción

De conformidad con lo que edicta el artículo 30 de la Constitución Nacional que permite la reforma de dicha norma fundamental, el 29 de diciembre de 1993 se dictó la Ley 24.309 que justamente declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853 (que ya ha habido sido retocada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972). Allí se dispuso sobre la base de un núcleo de *coincidencias básicas* “rejuvenecer” varios preceptos del citado instrumento. Por ello el artículo 3° de la ley antes nombrada puso sobre el tapete el debate sobre diversos puntos, entre esos, habilitó (artículo 3, I) el campo de “*los institutos de integración y la jerarquía de los Tratados Internacionales*”. En la Segunda

* Convencional Constituyente y Vicepresidente Primero de la Comisión de Redacción (Reforma de la Constitución Nacional de 1994), Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) y Profesor Emérito (UNLP). Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.



Parte del Título Primero, Sección I°, el Capítulo 4° (Atribuciones del Congreso), el artículo 67 inciso 19 de la vieja Constitución, se transformó en el nuevo artículo 75 inciso 22; que enclavó entre las potestades de ambas Cámaras Legislativas la responsabilidad de aprobar o desechar tratados.²

Puntualizó que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes. Mas en paralelo enumeró una serie de instrumentos sobre ‘Derechos Humanos’ (aquí está uno de sus puntos vertebrales) otorgándole *jerarquía constitucional*, esto es, un escalón superior al de los Tratados “comunes”.

Pero además en su segunda parte dio el paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico el derecho internacional de los derechos humanos. Se le dio vigencia entonces por una vía constitucional privilegiada a los convenios y tratados sobre derechos humanos, fenómeno global que para el jurista Mauro Cappelletti ha sido uno de los movimientos mundiales más importantes en

el ámbito de la política internacional, de la última mitad del siglo pasado.

Si bien es cierto que la Constitución de 1853 (con sus modificaciones anteriores al año 1994) abordaba el tema de los tratados internacionales (artículos 27, 31, 67 inciso 19 y 86 inciso 14), la verdad es que no se ocupaba particularmente de estos especiales convenios relativos a los Derechos Humanos, cuya aparición se venía advirtiendo sin ambages desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la creación de las Naciones Unidas (1945) y posteriormente en la OEA (1948). Ello así sobre la base de distintos documentos universales y regionales.

La reforma de 1994 llegó por un gran consenso, pues el “Pacto de Olivos” fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1 y el 15 de diciembre de ese año donde se fijaron las pautas fundamentales, por un lado el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas y, por otro, el amplio alcance de los temas habilitados por el Congreso que fueron la base para lograr nuevos acuerdos en el ámbito de la Convención que permitieron la unanimidad para su aprobación.³

2. Señala la primera parte del artículo 75 inciso 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

3. García Lema, Alberto, *Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código*, en Revista La Ley, Buenos Aires, 2014-C, 2 de junio de 2014, pág. 1.

B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

1) Generalidades

Como adelantamos la Ley 24.309 (del 29 de diciembre de 1993) habilitó, entre otros puntos, el tratamiento de la “jerarquía de los tratados internacionales”, enumerando en forma expresa diez⁴ documentos supranacionales a los que se les dio –ya lo dijimos– jerarquía constitucional, permitiendo al Congreso aprobar –en el futuro– otros documentos de esta naturaleza y con la misma categoría, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En puridad de verdad y afinando los conceptos, cabe decir que en ese encuadre, el artículo 75 inciso 22 enumeró una serie de instrumentos que algunos de ellos no son tratados en sentido estricto, por ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que –como su nombre lo dice– son verdaderas ‘Declaraciones’ que originalmente solo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía.

2) Particularidades

Los tratados sobre derechos humanos que tuvieron un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU, y que han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal, como los regionales, conforman ciertas características que en alguna medida los diferencia de los clásicos.⁵ En efecto, estos tienen en mira un intercambio recíproco de beneficios, y en caso de incumplimiento hasta pueden quedar sin efecto o suspender parcialmente sus consecuencias, conforme al artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En

cambio, los referentes a las prerrogativas del hombre, enfocan al individuo como destinatario principal y no a los Estados. Otra de las particularidades de la institución analizada, que fue remarcada por la Corte Internacional de Justicia, cuando se refirió a la Convención sobre Genocidio, es que “los Estados contratantes no tienen intereses propios solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un instrumento de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”.⁶

Ese Tribunal dejó también puntualizada la dicotomía que existe entre las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, esto es con relación a los seres humanos, y las que nacen frente a otro estado. Con referencia a los primeros, agregó ese órgano jurisdiccional, que todos los gobiernos tienen interés legal en su protección pues se trata de obligaciones erga omnes. Las mismas “derivan por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo de actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana” (la bastardilla no resulta del texto original).⁷

Otra de las originalidades de las convenciones sobre derechos humanos –referidos en la Constitución de 1994– es que su ámbito de aplicación y alcance no están gobernados por el equilibrio recíproco entre las partes signatarias, ya que la finiquitación de un tratado por incumplimiento grave de uno de los adherentes, que opera en el derecho internacional clásico, no juega en el campo que nos ocupa. En este orden

4. En realidad fueron once porque englobó bajo un mismo acápite el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007–2011, T. I, Vol. 1, § 162 a 164, p. 416 y siguientes.

6. CIJ. Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis Consultatif: Recueil, 1951, pág. 23.

7. Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares), Fallo de 24 de julio de 1964, ídem Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Segunda Fase), Fallo de 5 de febrero de 1970. Ver también su *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951, CIJ, N°15)*.

“Tal cual vimos la Reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el derecho argentino ya que si bien el texto final se apartó en alguna medida de los Dictámenes de la Mayoría y de la Minoría, lo cierto es que su gran mérito ha sido por un lado incorporar a la Carta Magna la cuestión de los Tratados sobre Derechos Humanos, y por otro darle linaje constitucional”.

de pensamiento, el artículo 60.5 de la referida Convención de Viena, edicta que tales pautas tradicionales no son válidas con respecto “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.⁸

La Corte Interamericana no ha sido ajena a esta categorización que venimos haciendo, y remarcó desde hace tiempo y en varias oportunidades la notable diferencia que hay entre los tratados clásicos y los atinentes a las prerrogativas del hombre. En la Opinión Consultiva N° 2 (OC-2/82), dijo claramente que estos últimos no son multilaterales de tipo tradicional para beneficio de los Estados, “su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...”⁹

8. De La Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 543. Caso relativo a la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares) Fallo del 24 de julio de 1964, ídem Caso relativo a la Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Segunda Fase) Fallo del 5 de febrero de 1970. Ver también *Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951, CIJ, N°15)*.

9. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las Reservas sobre la entrada en

No olvidemos que en la siguiente Opinión Consultiva (OC-3/83), ese Tribunal se ocupó nuevamente de la temática que estamos abordando, perfilando una vez más las características propias de este tipo de tratados, apuntando que los principios que rigen el modelo clásico, con respecto a las reglas que gobiernan la reciprocidad en materia de reservas de los mismos, no tienen valimiento en el campo de los derechos humanos.¹⁰

El carácter especial de ellos ha sido reconocido también por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH);¹¹ y surge en paralelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo preámbulo, hace referencia a su propósito de “consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de

vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 Y 75). Serie A, Fallos y Opinión N°2, Párr. 29.

10. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 CADH), Serie A, Fallos y Opinión N°3, párr. 62. Sobre la interpretación de los Tratados se dijo también en ese pronunciamiento que juega el principio de la buena fe, y que se deben tener en cuenta criterios objetivos (párrs. 52-52).

11. CEDH. Cuando sostuvo que las obligaciones asumidas por las altas Partes Contratantes en la Convención Europea son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, de violaciones originadas por las Altas partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre ellas (Austria vs. Italy, Application N°788/60, European Yearbook of Human Rights, 1961, Vol. 4, pág. 140.

justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...”.¹²

Sintetizando, podemos reiterar que se aprecian notables diferencias ente los tradicionales tratados y los referentes a los derechos del hombre. En efecto, estos tienen un contenido que apunta a una garantía mínima cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En tal tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano, y los Estados no tienen un interés propio, ya que apuntan a mantener las prerrogativas del hombre. Por otra parte la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones *erga omnes*, y no se aplican las reglas generales sobre “reservas”, que imperan para los tratados clásicos.

Digamos que el *objeto y fin* de los documentos abordados en este apartado, son los derechos fundamentales del hombre, y *no quedan sin efecto* –como los otros– en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rangos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de sujeto de derecho internacional.

Por último, conviene reiterar que las constituciones modernas le dan a este tipo de convenciones un ponderable rango normativo. Adviértase que el artículo 46 de la Carta Magna de *Guatemala* dispone que los tratados sobre derechos humanos ratificados por ese país, tienen preeminencia sobre el derecho interno. A su vez el artículo 105 de la Constitución de *Perú*, de 1979, establecía que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Carta Fundamental”. Por su parte el artículo 95.1 de la Carta Suprema de *España* edicta que “la celebración de un tratado internacional que contenga disposiciones contrarias a la *Constitución exigirá la previa revisión constitucional*”.¹³

12. Opinión Consultiva OC–2/82 del 24 de setiembre de 1982 (cit.), párr. 30.

13. Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, IIDH, Madrid 1987. P. 92.

Como ya expresamos, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 –a la que venimos haciendo referencia–, le dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inciso 22) *jerarquía constitucional*,¹⁴ aclarando que los mismos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución (parte dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Como se advierte, de este modo se produjo una ‘agregación’ de normas y preceptos que coexisten –y deben conciliarse– con las libertades y derechos clásicos de la Primera Parte.¹⁵

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es, principalmente, una codificación del derecho consuetudinario (*lex lata*). Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como derecho nuevo, por ejemplo el artículo 46 sobre disposiciones de la legislación interna concernientes a la competencia para celebrar tratado; y otras son simplemente modificación del derecho internacional general existente, como el caso del sistema de reservas.

Este conjunto de preceptos se aplica sólo a los tratados celebrados por escrito y regidos por el derecho internacional. Ello sin perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 3 (OC–3/83, Restricciones a la Pena de Muerte), los criterios que determina este instrumento pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema de los derechos humanos.

Los parámetros relativos a la hermenéutica de los tratados constituyen una de las secciones de la Convención de Viena.¹⁶ Los cuatro artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto

14. Véase Hitters, Martínez, Tempesta, *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos Fundamentos de la Reforma de 1994*, en *El Derecho*, boletín de 31/10/94.

15. García Lema, Alberto, *Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código*, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2014–C, 2 de junio de 2014, pág. 4.

16. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, pág. 56.

de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia.¹⁷

C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La reforma del 1994, al atribuirle a estos Tratados un valor constitucional privilegiado en el orden normativo argentino, sirvió como una plataforma de lanzamiento para incorporar –con fuerza normativa– a nuestro ámbito el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ya tenía un desarrollo fundamental y progresivo en el campo internacional y regional.

Lo cierto es que con anterioridad a la reforma, nuestro país había ratificado, entre otros documentos, la Convención Americana Sobre los Derechos del Humano, nacida en el año 1969 (llamada Pacto de San José de Costa Rica), ratificada mediante la Ley 23.504 del año 1983. Este Tratado fundamental para el esquema interamericano –quizá el más trascendente– enumeró una serie de derechos protegidos (artículos 4 a 23) y en particular reguló dos cuerpos de protección, uno preexistente, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la CIDH); y el otro allí creado, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH). Esos dos organismos han generado una serie de pronunciamientos, especialmente la Corte, que le dieron tal altitud a la materia aquí estudiada al punto de haber

17. El artículo 31.1 impone el principio de la buena fe, que obviamente también opera en el campo negocial privado. Dice esa norma que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado con el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin”⁴³; el párrafo 2 dispone que a estos fines se considerará además del texto, el preámbulo y sus anexos. A su vez, párrafo 3 aclara que junto con el contexto se deberá considerar también: “a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la interpretación de sus disposiciones; b) toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Por último el apartado 4 del artículo 31, dispone que, “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. El artículo 32 permite acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el mismo.

generado decisiones impensables en los últimos 35 años, como por ejemplo la obligatoriedad de sus pronunciamientos en el derecho interno, que influyeron notoriamente en el país a tal punto que fueron la base argumental para que nuestra Corte Suprema Nacional decretara por ejemplo la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, etc.

En este orden de ideas vale reiterar¹⁸ que modernamente ha visto la luz lo que se ha dado en llamar el *Derecho Internacional de los derechos humanos*, como una rama del derecho internacional clásico, que tiene como objeto la *protección y promoción* de las libertades fundamentales del hombre. Se trata –según veremos– de una nueva disciplina que posee ciertas características que la diferencian de su rama ancestral, tales como la posibilidad de que el ser humano reclame per se ante los órganos metanacionales.¹⁹

Todo desde una perspectiva distinta, ya que los Tratados sobre Derechos Humanos se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí referidos –como anticipamos–, *el hombre es sujeto de derecho*, mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición.²⁰

Es dable remarcar las particularidades de la materia examinada, En efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado *sujeto del derecho internacional*. Como consecuencia de todo ello se ha producido una positivación de sus prerrogativas, en declaraciones, convenciones y tratados; y en paralelo –vale la pena reiterarlo– se ha logrado la promoción y protección de esas potestades inalienables a través de órganos especializados ya referidos creados a estos efectos.

La Carta de la ONU constituyó el primer intento serio y abarcador que se ocupó de la protección y de la promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional, puesto que para la Liga de las Naciones dicha temática era una

18. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, Vol. 1, p. 404.

19. Ibídem Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, Vol. 2, p. 646.

20. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, Vol. 2, p. 646.



cuestión de derecho interno en la cual no podría interferir ningún Estado. Tal tendencia se consolidó con los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 1966.

La plataforma compuesta por la Carta de la ONU, la Declaración Universal y los dos Pactos de la ONU de 1966,²¹ ha servido de basamento para la puesta en funcionamiento de otros documentos internacionales de gran importancia, como por ejemplo los incorporados por la Reforma Constitucional de 1994 (artículo 75 inciso 22).

En este orden de pensamiento no tenemos que perder de vista que la adopción de los Pactos de 1966 impuso la modalidad de los “informes

periódicos”, producidos por los distintos comités de expertos, justamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales.²²

Luego se fue avizorando una tendencia hacia la regionalización en este campo, primero en Europa occidental, y posteriormente en América y en África, que terminó por conformar este cuadro de situación que es siempre cambiante y progresivo.

D. Internacionalización de los Derechos Humanos

Vimos ya en forma sucinta los antecedentes remotos de los fenómenos de *internacionalización y de universalización* –que fueron la base, en

21. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobados el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI).

22. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, Vol. 1, § 121, p. 331.

este tema, de nuestra Reforma Constitucional—, y señalamos que en el área de los derechos humanos tuvieron su epicentro a partir de la Carta de la ONU. Desde entonces han ido tomando consistencia un conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales, que se denomina *Derecho internacional de los derechos humanos*, y que nacieron como consecuencia de la limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la humanidad. A causa de ello se ha mutado —por ejemplo— el concepto de Intervención, ya que los Informes (o pronunciamientos) de las entidades internacionales especializadas no son considerados como intromisión en los asuntos domésticos. El reconocimiento de los Estados del coto que significan los derechos del hombre es hoy en día una obligación internacional que deben asumir, respondiendo todo ello a la doctrina de la *mediatización* del derecho internacional (subsidiariedad), ya que —como antes puntualizamos— para cumplir con su función necesita de la colaboración de los gobiernos.

Por último convengamos en que esta oleada de *internacionalización*, no es hoy una fantasía, ya que ha llegado a un importante grado de efectividad,²³ por supuesto dentro de la relatividad que este tipo de protección puede proporcionar.

Sintetizando, podemos reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido una importantísima doble influencia en el derecho internacional de los derechos humanos²⁴ ya que, por un lado puso en marcha un control metanacional, que ha abierto las puertas al explosivo instituto del Control de Convencionalidad, y por otro incorporó un conjunto de derechos protegidos, que son *self executing*.

23. En nuestro ámbito continental la Corte IDH dejó en claro que: “el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorpora el principio reconocido en el *derecho internacional de los derechos humanos* de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos”, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2, 85 y 8 de la CADH, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, julio-diciembre 1987, N°6, pág. 79.

24. Sobre mi postura en esta temática puede verse la Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, páginas 2822, 2830, 2831, 2833, 3139 a 3149.

Habiéndose generado a partir de todo ello un nuevo derecho trasnacional *sustancial* (Tratados, *ius cogens* y jurisprudencia de la Corte IDH), y *procesal* (Estatutos y Reglamentos tanto de la Corte y de la Comisión), todo ello realizado por la reforma constitucional al darle a los Tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional

II. Particularidades de la Reforma de 1994. Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos

A. Generalidades. La Constitución internacionalizada

La Comisión de Integración y Tratados Internacionales de 50 miembros,²⁵ presidida por el Convencional Juan Pablo Cafiero,²⁶ se ocupó de esta problemática, tanto en el Dictamen de la Mayoría como el Dictamen de la Minoría.²⁷

En la Sesión 3ª Reunión 22A (del 2 de agosto de 1994) y en la Sesión 3º Reunión 23A (del 3 de agosto de 1994)²⁸, referidas al inciso I del artículo 3º de la ley 24309, al abordar el que sería el nuevo artículo 75 inciso 22 (antiguo artículo 67 inciso 19), el Dictamen de la Mayoría propuso el siguiente texto: “*Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados tienen jerarquía constitucional, y los derechos, libertades y garantías que consagran se presumen operativos. Sólo podrán ser denunciados con la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los derechos, libertades y garantías consagradas por esta Constitución, los Tratados Internacionales, la legislación y las demás disposiciones del*

25. Integrada por; Presidente Juan Pablo Cafiero, Vicepresidente Enrique De Vedia, Vicepresidente 1º Zelmira Mireya Regazzoli, Vicepresidente 2º Hugo Rodríguez Sañudo, Vicepresidente 3º Hilario Muruzabal, Vicepresidente 4º Ana María Pando, Secretarios Jorge Daniel Aena y Esteban Miguel Llamosas; quién escribe este artículo intervino como Miembro de dicha Comisión.

26. Véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, pág. 2828.

27. Véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, pág. 3841 y siguientes

28. Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, páginas 1815/2926 y 2927/2944 y 2947/3090.

derecho interno se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados. En todos los casos se aplicará la norma de tutela más favorable.²⁹

Aunque el texto final de la Convención no salió aprobado exactamente igual al sugerido por la Comisión de Tratados, lo cierto es que ésta propuso la jerarquía constitucional de los documentos sobre Derechos Humanos, sin enumerarlos.

También se enfatizó en la Comisión de marras que este tipo de instrumentos deberían *interpretarse* sobre la base del principio *pro homine* (ello se infiere del artículo 29 de la CADH), criterio que fuera adoptado por la Corte IDH, particularmente en sus últimos fallos donde se señaló que estos instrumentos supranacionales desde la perspectiva hermenéutica deben estar acordes con la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional interamericano,³⁰ en la medida en que el derecho interno no sea más favorecedor.³¹

Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, páginas 3094 a 3174.

B. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22

El artículo 75 inciso 22 elencó los siguientes documentos: 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;³² 2) Declaración Universal de Derechos Humanos;³³

29. Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, pág. 3842. Respecto del Dictamen de la Minoría véase pág. 3850 y siguientes.

30. Véase Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, y en especial el Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

31. Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, páginas 3094 a 3174.

32. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

33. Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de

3) Convención Americana sobre Derechos Humanos;³⁴ 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo;³⁵ 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;³⁶ 6) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;³⁷ 7) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;³⁸ 8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer;³⁹ 9) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁴⁰ y 10) Convención sobre los Derechos del Niño.⁴¹

C. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados con posterioridad a la reforma de 1994.

A posteriori se aprobaron los siguientes documentos, todos ellos con rango constitucional: 1) Convención Interamericana sobre Desaparición

diciembre de 1948.

34. Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por Ley 23.054. Sancionada: Marzo 1° de 1984. Promulgada: Marzo 19 de 1984.

35. Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

36. Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por Ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

37. Aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Ratificada por la República Argentina por el decreto-ley 6286/1956.

38. Suscripta en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 13 de julio de 1967. Ratificada por la República Argentina por Ley 17.722 (26 de abril de 1968).

39. Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada por Ley 23.179. Sancionada: Mayo 8 de 1985. Promulgada: Mayo 27 de 1985.

40. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.338. Sanción: 30/07/1986. Fecha de Promulgación: 19/08/1986.

41. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.849. Sancionada: Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990.

“La constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que luego alcanzaron esa condición, produjo importantes efectos en el derecho interno argentino. Ello así considerando el “diálogo” que se viene dando entre los órganos jurisdiccionales domésticos, y los cuerpos del sistema (la CIDH y la Corte IDH). Y esto no sólo en nuestro ámbito sino en todo el modelo del Pacto de San José de Costa Rica ya que los decisorios de los dos órganos citados han generado una verdadera casación interamericana, uniformando las pautas de interpretación para más de 500 millones de personas”.

Forzada de Personas,⁴² y 2) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.⁴³

III. Los Derechos Humanos y los órganos interamericanos

A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana

La constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que luego alcanzaron esa condición, produjo importantes efectos en el derecho interno argentino. Ello así considerando el “diálogo” que se viene dando entre los órganos jurisdiccionales domésticos, y los cuerpos del

sistema (la CIDH y la Corte IDH). Y esto no sólo en nuestro ámbito sino en todo el modelo del Pacto de San José de Costa Rica ya que los decisorios de los dos órganos citados han generado una verdadera casación interamericana, uniformando las pautas de interpretación para más de 500 millones de personas.

Se parte de la base que en principio ninguna actuación de cualquiera de los tres poderes del Estado puede resultar contraria a lo expresado en los Tratados internacionales sobre derechos humanos, y como consecuencia de ello los países deben respetar la jurisprudencia del Tribunal regional antes aludido (artículo 27 de la Convención de Roma sobre el Derecho de los Tratados), pues de lo contrario se origina la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas sino que su tarea *es la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia*,⁴⁴ ya que

42. Aprobada durante la 24a. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556. Jerarquía Constitucional por Ley 24.820. Sancionada el 30 de abril de 1997. Promulgada el 26 de mayo de 1997.

43. Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584. Jerarquía constitucional Ley 25778. Sancionada el 20 de agosto de 2003. Promulgada el 2 de septiembre de 2003.

44. Como bien apunta el Juez CAÑADO TRINDADE, no se trata en verdad de “revisar” las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con

como es por demás sabido, el derecho internacional es *subsidiario*, lo que significa que sólo actúa en la medida que las autoridades internas hayan violado un Tratado internacional (artículo 46.1.a de la CADH).

Por ello ha establecido –sin entrometerse en las jurisdicciones locales– que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada”.⁴⁵ En ese mismo sentido ha añadido que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”.⁴⁶

B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hemos querido adelantar a modo propedéutico que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en ‘inspeccionar’ –a través del control de Convencionalidad– si el Estado acata –o no– los Pactos internacionales; y por ende –repetimos–, *no se convierte en una ‘cuarta instancia’ que deja sin efecto las leyes domésticas.*

el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes. (GERMÁN, ALBAR y CAÑADO TRINDADE, ANTONIO, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p.584).

45. Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No.144, Párr.167

46. Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005., Serie C No. 13, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 121.

También importa considerar en este *racconto* sobre la influencia de la Reforma Constitucional de 1994 en el derecho interno, que los fallos que la Corte IDH dicta son obligatorios para los Estados que han sido parte en el pleito (artículos 62.3 y 68.1).

La duda aparece cuando se pretende saber si originan una especie de ‘doctrina legal’ de aplicación, digamos, ‘obligatoria’ para los países signatarios. Convengamos que esta problemática posee ciertas aristas rebeldes.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los derechos humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes.⁴⁷ Aunque lo cierto es que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, es decir *erga omnes*, para los países que no participaron en el pleito. Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Surge –a nuestro modo de ver–, de tal análisis –como plataforma general– que en principio existe por lo menos una *vincularidad moral y también jurídica de acatamiento* ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José, impone –como ya dijimos– la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José).

Visto este planteo desde la perspectiva internacional, la Corte IDH siempre ha considerado vinculantes sus fallos con respecto a los países participantes en el litigio internacional, empero no hace mucho ha venido sentando el postulado de que esa consecuencia también se extiende a los países adherentes a la Convención

47. GOZÁINI, OSVALDO, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en El papel de los Tribunales Superiores, Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello, Segunda Parte, BERIZONCE, ROBERTO; HITTERS, JUAN CARLOS Y OTEIZA, EDUARDO Coordinadores, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 307.

Americana sobre Derechos Humanos aunque no hayan participado en el litigio.

Hace ya algún tiempo la Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano y a partir de los casos: “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú”, especialmente en “La Cantuta” (entre otros),⁴⁸ había parado mientes en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos no sólo para el asunto concreto sino para todo el derecho interno de un país, aún fuera del asunto juzgado.⁴⁹

El Tribunal Constitucional peruano tomó nota de los efectos atrapantes de los decisorios de marras diciendo que: “... *La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...]. La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia*

48. Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta Vs. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162) y Tribunal Constitucional Vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71). Ídem Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104).

49. Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (cit.); La Cantuta Vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional Vs. Perú (cit.).

se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere”⁵⁰ [énfasis añadido].

En el caso “La Cantuta” había expresado que “... de las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia” (lo remarcado no pertenece al texto original).⁵¹

Por ende, vale la pena recordar que tanto en “Barrios Altos”, como en los casos “Tribunal Constitucional de Perú” y en “La Cantuta” ya referidos, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando –indirectamente– las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*.⁵²

Obsérvese cómo dicho Tribunal interamericano había “amplificado” notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de allí que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres

50. Tribunal Constitucional en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente N° 2730–06–PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13.

51. Caso La Cantuta Vs. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos vs. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragnar Erland c/Estado Nacional. Fallos 316:2176 (1993) y 326:3268 (2003), voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

52. Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado por ejemplo por la CSN en el caso “Simón” (Corte Suprema Nacional, “Simón, Julio H. y otros”, sent. 14-junio-2005, (LA LEY, 2005-C, 845), comentado por Gregorio Badeni).

poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.⁵³

Ya dijimos que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú) que tramiten en una nación determinada.

La duda aparece –lo expresamos con anterioridad–⁵⁴ cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de ‘doctrina legal’ para todos los casos similares, en cualquiera de los Estados signatarios del Pacto de San José.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los derechos humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1.1 y 2 de la CADH).⁵⁵

Empero, lo cierto es que –como ya quedó dicho–ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo –reiteramos–, para el caso concreto (art.62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana.

La Corte IDH en tiempos cercanos ha abordado nuevamente la problemática del efecto vinculante –*erga omnes*– de sus pronunciamientos. El 20 de marzo del año 2013, en la Supervisión

del Caso Gelman vs. Uruguay, donde a nuestro modo de ver dio un paso más, llegando a la conclusión de que sus fallos son también obligatorios para los Estados que ‘no fueron parte’, con lo que finalmente terminó por reducir al mínimo lo que se ha dado en llamar el “margen de apreciación nacional”.

En el asunto de marras el excelente Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot⁵⁶ explica este tema al votar en la Supervisión de Cumplimiento del expediente Gelman vs. Uruguay –ya nombrado–, reiterando lo dicho por sus colegas añadiendo –con profundidad– sus propias argumentaciones.

*Alude a la eficacia objetiva de la sentencia interamericana ‘como norma convencional interpretada’ con una vinculación indirecta ‘erga omnes’, esto es, como estándar interpretativo mínimo de la efectividad de la norma convencional,*⁵⁷ siguiendo en parte algunos basamentos del ex presidente del Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, para referirse al efecto de los fallos de la Corte en asuntos en los que el Estado no fue parte del pleito.

El Voto Razonado aludido pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica erga omnes que tiene la sentencia con respecto a todos los Estados que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa –dice– que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no sólo el principio convencional –que surge del Tratado–, sino la norma convencional interpretada, (res intepretata).⁵⁸ Esto es –valga la redundancia–, la hermenéutica que de la misma ha hecho la Corte IDH (art. 62.1 CADH) que resulta atrapante (arts. 1.1 y 2 CADH).

Además, el citado sufragio habla de la ‘efectividad mínima’ como piso de marcha del modelo, ya que del art. 29 del Pacto de San José señala

53. Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, cit., p. 1169

54. Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad*, cit., p. 1169

55. Gozaíni, Osvaldo, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en *El papel de los Tribunales Superiores*, Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello, Segunda Parte, Berizonce, Roberto; Hitters, Juan Carlos y Oteiza, Eduardo Coordinadores, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 307.

56. Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrs. 42 y 43.

57. Véase Hitters, Juan Carlos, *Un avance en el Control de Convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, en *La Ley*, Buenos Aires, 2013–C, 27 de mayo de 2013, pág. 1.

58. Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, Caso Gelman Vs. Uruguay, cit., párr. 43.

que si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir más eficaz) debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional.⁵⁹

Queda claro entonces que esos decisorios originan –en principio– efectos no solamente para el país condenado (vinculación ‘directa’, inter partes), sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación ‘relativa’, erga omnes), pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Salvo que no exista –ya lo dijimos– una interpretación local más favorable al ser humano en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH).

En suma, según este elevado criterio –que compartimos–, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: una de vinculación ‘directa’ –y obligatoria– para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de vinculación ‘relativa’ –erga omnes– para todos los miembros del modelo interamericano, que no participaron del proceso.

Es por ello que la norma interpretada en la decisión, no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, y que de serlo, tolera el control de

59. Para ello no debe omitirse que “El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del artículo 2º de la Convención Americana de ‘adoptar disposiciones de derecho interno’ sean ‘medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos’ los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales, libertad de expresión y acceso a la información, derecho del inculcado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, pena de muerte, fuero militar, derecho laboral, estabilidad e inamovilidad de jueces, y sobre leyes de amnistía. En esta última línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del *Caso Gelman*, expresamente se concluye en el Resolutivo 6 que ‘El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana’ y específicamente dentro de la motivación, se expresa: ‘En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados, ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac–Gregor Poisot, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, cit., párr. 46.

convencionalidad secundario (subsidiario)⁶⁰ por vía de la Corte IDH, que debe declararla ‘inaplicable’, es decir ‘inconvencional’.⁶¹

Con respecto al control de convencionalidad secundario en los Estados Unidos de México la Corte Interamericana, en el caso *Radilla Pacheco*,⁶² condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH,⁶³ ordenando reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300).⁶⁴ Y posteriormente, cuando llevó a cabo la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia,⁶⁵ insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas.⁶⁶ Tal apertura

60. Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac–Gregor Poisot, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, cit., párrs. 67 a 71.

61. Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac–Gregor Poisot, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, cit., párr. 67.

62. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

63. El señor Radilla Pacheco fue detenido y desaparecido el 25 de agosto de 1974 por un retén militar en el Estado de Guerrero. Se trataba de un ex presidente municipal de Atoyak de Álvarez, a quien se lo había involucrado en la guerrilla. Por ese caso se responsabilizó en el 2005 a un alto jefe del ejército que fue llevado a la justicia militar, y en el 2006 se dispuso el cierre del mismo.

64. Podemos citar, en concordancia con lo dicho: a) en el caso Rosendo Cantú y otra Vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), donde la Corte IDH, que había condenado a dicho país por la investigación insuficiente del delito de violación sexual, sostuvo que “...el Estado deberá conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación...”, añadiendo que ese cuerpo supranacional seguirá supervisando, y b) en el caso Fernández Ortega y otros Vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), también por violación sexual, donde la Corte IDH llegó a la misma conclusión. Otro asunto de índole similar lo tenemos en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de mayo de 2009), aquí el Estado pagó como indemnización más de 380.000 dólares (a cuenta) a los familiares de varias víctimas, que habitaban en el Chaco paraguayo, por violación de sus derechos fundamentales (por falta de atención estatal).

65. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2011.

66. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit.). Resolución de 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c), dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención



ha implicado que esa Nación reformara recientemente su propia Carta Magna Nacional⁶⁷, incluyendo en su artículo 1 la problemática de los Derechos Humanos.⁶⁸

Americana sobre Derechos Humanos (*punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22*)”

67. Véase el libro de los autores Ferrer Mac–Gregor, Eduardo, Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa México – Universidad Nacional Autónoma de México, año 2009; allí se estudia en profundidad el asunto de referencia.

68. En su artículo 1º dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su

A su vez la Suprema Corte de ese país al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” y de paso también la inspección difusa de “convencionalidad”,⁶⁹ siguiendo las pautas tenidas en cuenta en el voto Razonado del Juez *ad-hoc* Ferrer Mac-Gregor⁷⁰ en el caso Cabrera García y Montiel Flores.⁷¹

libertad y la protección de las leyes [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011).

69. De ello resulta –según lo entiendo– que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

70. Además de las modificaciones a la Carta Magna, en junio de 2011, se aprobó otra reforma Constitucional en materia de amparo, de gran importancia, donde se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos erga omnes, admitiendo los casos de interés legítimo, etc.

71. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

En el caso Radilla Pacheco el Pleno de ese Tribunal determinó en definitiva que los integrantes de las fuerzas armadas que mancillen las garantías individuales de la población *deben ser juzgados en el fuero común y no en el federal*; y por ende no podrá intervenir la justicia castrense. Vale la pena tener presente que como corolario de todo esto la Corte doméstica decidió que la sentencia interamericana aludida es obligatoria para el Estado mexicano.⁷² Lo cierto es que el Tribunal regional sigue supervisando el caso y en su pronunciamiento del 19 de mayo, dispuso no archivarlo por ahora.⁷³

Enfocada esta problemática desde el punto de vista del Derecho Interno Mexicano no será baladí remarcar que el fallo local –tomado por siete votos contra tres– autorizó esa inspección de Constitucionalidad y Convencionalidad por parte de cualquier juez (control difuso) para asegurar que los magistrados judiciales no contradigan el sentido de las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica. Conviene aclarar que para que una decisión del Tribunal en pleno sea obligatoria se requieren ocho votos por lo menos.⁷⁴

En suma, la Suprema Corte de dicho país el 14 de julio de 2011, al analizar el cumplimiento de la

72. El propio gobierno reconoció la responsabilidad internacional del Estado. A través de un mensaje emitido el 2 de agosto de 2011, el Secretario de la Gobernación dijo "...que ese pronunciamiento da muestra de la clara apertura y transparencia con la que hoy se conduce el gobierno de México...".

73. En el párr. 58.2, Resolutivo 1 y 2 decidió "...De conformidad con lo señalado en los Considerandos pertinentes de la presente Resolución, se encuentran pendientes de cumplimiento los siguientes puntos resolutive de la Sentencia: [...] Resuelve: 1. Requerir a los Estados Unidos Mexicanos que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, señalados en el punto declarativo segundo *supra*, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Solicitar a los Estados Unidos Mexicanos que, a más tardar el 29 de agosto de 2011, presenten un informe detallado sobre las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas que se encuentran pendientes de cumplimiento, en los términos establecidos en los Considerandos 7 a 56 de esta Resolución. Posteriormente, el Estado mexicano debe continuar presentando un informe de cumplimiento cada tres meses".

74. En efecto la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación menciona tal circunstancia. Con estos guarismos el pronunciamiento aludido tiene un gran valor como criterio orientador.

sentencia condenatoria de la Corte IDH (Radilla Pacheco), amplió la posibilidad de control por parte de los judicantes.⁷⁵

IV. Conclusiones. Un avance de la Reforma del año 1994 y el Control de Convencionalidad

La irrupción de los Tratados sobre Derechos Humanos ha producido una verdadera revolución tanto en el sistema europeo como en el interamericano puesto que la Corte regional con sede en Costa Rica en un desarrollo progresivo ha llegado a la conclusión de que ella debe efectuar aún de oficio⁷⁶ una inspección sobre las actividades de los tres poderes del Estado a los efectos de averiguar si en el ámbito doméstico se han violado los Tratados sobre Derechos Humanos. A tal punto que ha condenado a varios países, entre ellos al nuestro,⁷⁷ por infringir este postulado.

No nos debe pasar inadvertido que, como antes hemos puesto de relieve, el derecho internacional de los derechos humanos es de esencia subsidiaria por lo que la obligación primaria de los jueces y órganos del Estado es efectuar ellos mismos esta revisión de Convencionalidad (control primario) y en su caso descartar o inaplicar las normas internas que infrinjan los pactos internacionales. Y esta tarea no solamente deben llevarla a cabo los jueces sino también el Poder Ejecutivo y a la par el propio Parlamento, que

75. Resolución del 14 de julio de 2011. El engrose se publicó el 4 de octubre de ese año, en el Diario Oficial de la Federación.

76. Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, *supra* nota 3, párr. 124. Véase Gialdino, Rolando, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en La Ley, Buenos Aires, 2008–C, p. 1295. Conf. Albar, German y Cançado Trindade, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p.584.

77. Véase Corte IDH, Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97; Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, entre otros.

tiene el deber de no dictar preceptos violatorios de los Tratados.⁷⁸

Tal cual vimos la Reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el derecho argentino ya que si bien el texto final se apartó en alguna medida de los Dictámenes de la Mayoría y de la Minoría, lo cierto es que su gran mérito ha sido por un lado incorporar a la Carta Magna la cuestión de los Tratados sobre Derechos Humanos, y por otro darle linaje constitucional.

En efecto, el artículo 75 inciso 22 –tal cual lo adelantamos– enumera once documentos y les otorga jerarquía constitucional privilegiada, y en su parte final permite la anexión de nuevos instrumentos de esta naturaleza, imponiendo a las Cámaras Legislativas una Mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara.

El artículo 31 de la Carta Magna anterior aludía a los Tratados en general, a su vez el artículo 27 disponía que los mismos debían estar en conformidad con los principios del Derecho Público establecidos en la Constitución. Pese a que tales normas que están vigentes (pertenecientes a la Primera Parte de dicha norma fundamental) luego de la reforma de 1994 han sido reinterpretadas de alguna manera, en concordancia con el artículo 75 inciso 22 actual y con el 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que no permite invocar ninguna regla nacional para incumplir un Tratado.

La actual redacción modifica sustancialmente el sistema de fuentes del orden público argentino, ya que –a través del artículo 75 inciso 22– se incorpora un conjunto de reglas convencionales internacionales que permean en los andariveles del antiguo modelo,⁷⁹ y de esa forma entran en el torrente jurígeno argentino. Podemos hablar sin ambages de ‘*Tratados constitucionalizados*’, o de la ‘*Constitución internacionalizada*’.

La Reforma les da identificación propia y una jerarquía suprema. Por ello a partir de entonces

nuestro país quedó en mejor posición para poner en marcha en el campo doméstico todo el desarrollo previo sobre la protección de los Derechos Humanos que se había gestado en el ámbito europeo y en particular en el interamericano. En este último sector obligando a los organismos jurisdiccionales a permear la valiosísima jurisprudencia emitida por la Corte IDH y también por la Comisión IDH.⁸⁰

A ello se fue acoplando el formidable instrumento del control de convencionalidad, que permitió –e impuso– a los organismos del Estado llevar a cabo una ‘inspección’ comparativa entre los Tratados y las normas domésticas a los fines de darle prioridad al derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH.⁸¹

80. El ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez (en *La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un ius commune*, en *Ius Constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela, Coordinadores, UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 688, México, 2014, pág. 486), siguiendo a Abramovich, (en Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Courtis, Compiladores, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2007, pág. 421), destaca las bondades de la Reforma Argentina: “incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de los derechos humanos, impuso cambios en la administración de justicia, determinó la necesidad de repensar la organización federal, favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de esos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado”.

81. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó esta doctrina –entre otros– en el caso “Videla”. Allí señaló en que “...Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y

78. Véase Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, cit., párr. 46, 59, 95. Ídem Hitters, Juan Carlos, *Un avance en el Control de Convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana*, ob. cit.

79. Pizzolo, Calogero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, en La Ley, Buenos Aires, 2006–D, pág. 1023.

Este contralor –como ya lo pusimos de relieve– debe ser hecho primero por los órganos domésticos (control primario) y luego en caso de que permanezca la inconventionalidad, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control secundario). Aunque conviene aclarar que si bien este Tribunal no anula ninguna regla interna, al achacarle la inconventionalidad, obliga al país a tomar medidas para evitar una condena internacional (artículos 1.1 y 2 de la CADH).

Conviene repetir que el ámbito del control de convencionalidad se ha ido ampliando progresivamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues esta tarea no solo corresponde a los judicantes –como antes se decía–, sino a “*todas las autoridades públicas y en todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueves y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*”.⁸²

Para finalizar no será baladí reiterar que el artículo 75 inciso 22 y los posteriores Tratados sobre Derechos Humanos a los que nos hemos ido plegando, han producido una valiosa ‘dilatación’ de la tutela del hombre que se han reafirmado a través del control de convencionalidad. Podemos hablar de “*Constitución Internacionalizada*”.

Cambios trascendentales en el modelo continental

La constitucionalización de los Derechos Humanos y la interpretación de los órganos interamericanos ha generado cambios trascendentales en el modelo continental, como por ejemplo la modificación de la Carta Magna de Chile a raíz de la sentencia del caso Olmedo Bustos⁸³ sobre la libertad de expresión (artículo 13 CADH).

Recientemente la reforma de la Constitución Mexicana como consecuencia del fallo de la

Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco*.⁸⁴ Allí se condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, el Tribunal mandó a reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300). Y posteriormente, cuando llevó a cabo la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia,⁸⁵ insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas.⁸⁶ Tal apertura ha implicado que esa Nación reformara recientemente su propia Carta Magna Nacional,⁸⁷ incluyendo en su artículo 1º la problemática de los Derechos Humanos. A su vez la Suprema Corte de ese país al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” –que antes era concentrado– y de paso también la inspección difusa de “convencionalidad”.⁸⁸

procedencia de este tipo de acciones...” (CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. V.281. XLV. 31 de agosto de 2010).

82. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, (cit). Véase Hitters, Juan Carlos, *Un avance en el Control de Convencionalidad*. (cit.).

83. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

84. Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

85. Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2011.

86. Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit.). Resolución de 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c), dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22*)”

87. Véase el libro de los autores Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Porrúa México – Universidad Nacional Autónoma de México, año 2009; allí se estudia en profundidad el asunto de referencia.

88. De ello resulta –según lo entiendo– que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.

Centro de Formación Judicial

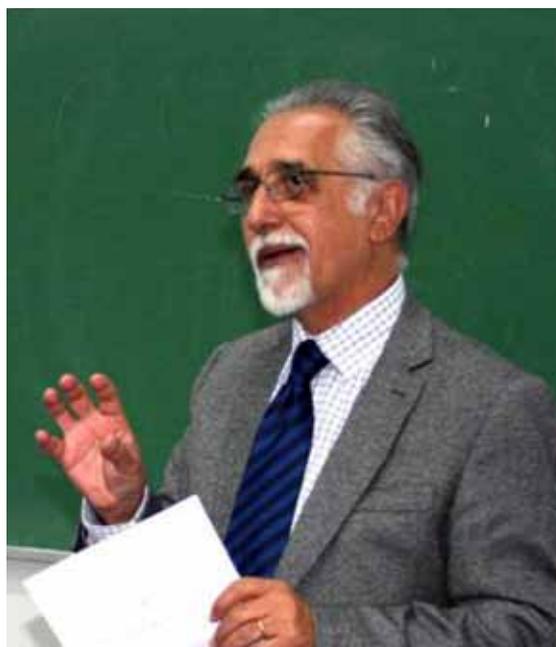
EL DEBER DE ACTUALIZARSE

Eduardo Molina Quiroga afirmó que “el profesional que no se actualiza es viejo antes de los 50”

El titular del Centro de Información Judicial del Consejo de la Magistratura porteña puso de relieve en la entrevista exclusiva a PensarJusBaires que el siglo XXI trajo cambios de paradigmas, nuevos derechos, avances científicos y tecnológicos que plantean nuevos desafíos jurídicos. Durante el diálogo entablado, se dijo lo siguiente:

pensarJUSBAIRES: Habida cuenta de cómo se ha ido transformando el derecho, no sólo por el paso del tiempo sino porque la revolución tecnológica y digital, la globalización y todas los nuevos descubrimientos científicos y metodologías han cambiado tanto las relaciones entre las personas como los vínculos sociales, el derecho se ve obligado a acompañar de alguna manera –y está acompañando– a estas transformaciones. ¿Cómo imagina que debería formarse a los juristas para este siglo XXI en el marco de esa transformación vertiginosa?

Molina Quiroga: Hay cambios, pero creo que no todo ha caído. Hay algunos principios que aún hoy son como boyas para no perder de vista. En primer término, los tratados de derechos humanos –hoy dentro de la Constitución– y la creciente constitucionalización del derecho privado son los ejes que van cambiando los enfoques de un jurista o los que un magistrado puede y debe tener respecto de los conflictos que enfrenta. Pondría dos o tres ejemplos muy elementales: problemas de impacto ambiental, que hoy



inciden no sólo en un megaproyecto sino incluso en conflictos entre vecinos o en la aplicación del Código de Planeamiento al autorizar o no una construcción, etc. Esto no lo teníamos en cuenta cuando analizábamos zonificaciones o autorizaciones para la construcción anteriormente, porque además hoy es una cláusula constitucional: la del artículo 42. O también el derecho de acceso a la información, tanto en el ámbito público como en las relaciones de consumo; ése es otro derecho constitucional cuando antes decíamos: “nadie puede invocar su propia torpeza”, y ahora no, cada día se pone más en evidencia en las relaciones marcadas por las nuevas tecnologías, que hay asimetría informativa.

pensarJUSBAIRES: ¿En esta última cuestión es donde se advierte mayores cambios?

Molina Quiroga: Sí. Es decir, no es cierto que las partes sean iguales en materia de contratación o de asunción de obligaciones porque en la medida que se incorporan servicios con más valor agregado y más tecnología el usuario está siempre en una relación de inferioridad, independientemente de su capacidad económica. Nosotros nos formamos en la facultad cuando el paradigma más fuerte era el de la desigualdad económica. Esto tuvo alguna influencia en los inicios del derecho del consumidor. Hoy, lo que marca la diferencia no es que en algunos casos sea la diferencia económica, sino

fundamentalmente la posición dominante que implica saber el “cómo se hace”, el *know how* –como dirían los gringos–. En tercer lugar, me parece que hay una nueva visión del ser humano: el hombre deja de ser una concepción semántica y forma parte de un complejo mayor que ya ni siquiera es binario. No hay que ser muy evolucionado para entender que ese binario ya no contiene –si uno lo ve desde la perspectiva fenotípica– a todas las especies de seres humanos que existen. La ley de identidad de género, por ejemplo, es uno de los temas o el matrimonio igualitario, etc. Acabo de leer un fallo del 26 de Mayo, donde la Cámara Civil admite que es inconstitucional excluir a la familia de hecho de la protección del bien de familia; algo que toda la vida fue un tema muy cuestionado porque cuando se hablaba de familia sólo era la familia “legítima”. Otro de los temas que también dio un giro copernicano es el de la discapacidad. Hemos trabajado – desde alguna sensibilidad particular– con una idea siempre muy tutelar, y hoy la idea es la igualdad real de oportunidades para la integración; y ya no más considerarlos “pobrecitos”...

pensar JUSBAIRES: El nuevo paradigma se expandió porque hay una convención de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Molina Quiroga: Claro, y además al ser específica ha tipificado las conductas que deben ser asumidas por los estados. Se me olvidaba reconocer los nuevos paradigmas que introdujo la Convención de los Derechos del Niño, al afirmar al niño como sujeto de derecho, el derecho a ser oído, su capacidad progresiva, la responsabilidad parental que sustituye la Patria Potestad, por ejemplo. Hay otros temas –menos expandidos– como los Derechos de los Animales, y que está en el debate. Sin embargo, desde que existen las redes sociales, hay peticiones al respecto que han generado un debate abierto. Esto obliga a los jueces y a los abogados a tener una formación cada vez más compleja y diversa que la que nosotros recibimos. Mayoritariamente en nuestra generación nos hemos formado en el conocimiento de la ley y de los casos de la jurisprudencia, como dos fuentes: una vinculante y la otra semivinculante en la medida que haya o no sentenciado con la obligatoriedad de los plenarios o facultades casatorias. Pero, difícilmente nos comprometíamos antaño con los conocimientos –salvo por curiosidad– de cuestiones de psicología,

“... el jurista del siglo XXI, en primer lugar, debería tener una mentalidad muy abierta y utilizar la terminología informática y con muchos “clusters” abiertos para estar dispuestos a recibir información y a combinar.”

medicina, informática, ingeniería, genética, etc. Hoy la mayoría de los conflictos que se presentan muestran, por un lado una profunda confusión sobre muchas de las nuevas cuestiones que se plantean. Por ejemplo, un reciente fallo del Tribunal de Justicia Europeo dice que Google debe aceptar los pedidos de exclusión que haga cualquier persona, de los datos a los que se acceda vía Google.

pensar JUSBAIRES: Lo llaman derecho al olvido, ¿no?

Molina Quiroga: Sí, es derecho al olvido en Internet. Es un tema que se viene discutiendo en la Unión Europea hace por lo menos cinco años, y que se mezcla con la responsabilidad de los buscadores como ha ocurrido en el caso de las modelos, etc. Uno trata de decir que son situaciones distintas, que tienen un punto de conexión que es Internet, y otro punto de conexión que es Google, y que entonces se trata de problemáticas que distintas aunque podrían terminar confluyendo pero no desde la perspectiva que hoy se las está planteando. Cuando vemos todos los nuevos desafíos que plantea la ley de derechos del paciente también se percibe la complejidad: no son sólo los históricos reclamos en relación a la apertura de la profesión médica y de las instituciones hospitalarias, sino también todos los conflictos que ya tienen tratamiento en varias legislaciones nacionales vinculadas con las historias clínicas informatizadas, por ejemplo, o el derecho al acceso a las historias clínicas, es decir, quién o quiénes pueden tener acceso a ellas, cuando hasta no hace mucho eso era un secreto. El jurista del siglo XXI deberá tener una mentalidad muy abierta al utilizar la terminología

“... si de algo pecamos los docentes, por lo menos los de abogacía en la mayoría de las universidades, es que en lugar de construir conocimientos solo transferimos información. Ésta transferencia de información tiene una limitación, que es que nadie puede, como dice el 3210 del Código Civil, nadie puede transferir más de lo que tiene, en este caso de lo que sabe.”

informática y con muchos “clusters” abiertos para estar dispuestos a recibir información y a combinar. Lorenzetti enfatiza siempre que a pesar de que han aumentado las especialidades, hoy el jurista y el juez tienen que integrar todo el derecho. Ya no hay más compartimentos estancos porque de lo contrario se corre el riesgo de fallar mal si se es juez o quedarse fuera del mercado del trabajo profesional en el otro caso.

pensarJUSBAIRES: Partiendo de los avances de la ciencia, de la tecnología y de la legislación que, de última, es el resultado de la apertura de la conciencia social y política, lo que estás planteando es un árbol muy amplio. Y –contradictoriamente– el nivel de formación con el que se llega al oficio de jurista, está muy lejos o no tiene nada que ver con el paradigma de diversidad/complejidad del mundo con el que se encontrará. Entonces: ¿cómo formamos a los abogados? Y también ¿cómo éstos a su vez crecen en permanente acumulación continua? Porque el mundo cambia mucho más ligero que nuestra capacidad de actualizarnos, y un profesional que no se actualiza en forma permanente queda viejo antes de los 50 años.

Molina Quiroga: Así es. Esto inevitablemente tiene que ver con nuevas posibilidades. Por ejemplo, la carrera de especialización en Derecho Informático, las nuevas generaciones –los llamados nativos digitales– nacieron manejando los códigos de las máquinas computadoras; más aún, lo hacen a una velocidad que asombra, aunque estoy hace casi 30 años metido en esto, no

los alcanzo. Ellos tienen una destreza, un entrenamiento muy superior al que uno pudo haber alcanzado aún habiendo pasado horas sentado tratando de ser un buen navegante y manejar bien la máquina. Hay muchos jóvenes que, además de los contenidos curriculares, están requiriéndonos una actualización importante. De algo pecamos los docentes, por lo menos los de abogacía, es que en lugar de construir conocimientos solo transferimos información. Ésta transferencia de información tiene una limitación, y es que nadie puede, como dice el 3210 del Código Civil, nadie puede transferir más de lo que tiene, en este caso de lo que sabe. Este modelo impide la construcción de un conocimiento con sentido crítico en términos generales, aunque hay muchos colegas que intentan experimentar, y buscan nuevas formas. No es fácil, particularmente en el grado, lograr altos niveles de participación. Paradójicamente, estos jóvenes que están hiperinformados, saturados, ven las estructuras locales de información como quien va al cine, no como quien va a una reunión a discutir. Nosotros éramos más cuestionadores en otra época. Quizá con menos información y con más temeridad que conocimiento, era difícil que aceptáramos pacíficamente todo lo que el docente decía.

pensarJUSBAIRES: Además hay otra cosa: el acervo que cada generación dejó a la siguiente es menor que el acervo que esta generación le está pasando a la que viene. Está multiplicado el conocimiento, con nuevos paradigmas y nuevas investigaciones. Un joven tiene que absorber todo lo anterior y lo que día a día aparece como cosa nueva, actual. Es mucho más que lo que nos tocó a nosotros.

Molina Quiroga: Coincido. Advierto, como docente de grado, la dificultad de articular. Los chicos llegan con una gran cantidad de información, posiblemente superior a la que uno tenía, pero cada materia es un compartimento estanco. Además, las expectativas que tienen estos chicos chocan contra las dificultades para insertarse en el mercado laboral. Muchos de los jóvenes universitarios en realidad dicen “yo quiero recibirme”, y después se refieren al mercado del trabajo como algo que les parece terriblemente hostil y selectivo. Es ahí cuando se dan cuenta que con el título no alcanza y que necesitan hacer uno, dos, tres o cinco posgrados para presentar una carpeta de CV y ser tenidos en cuenta. Este es un

desafío que mucha gente tiene en claro, pero todavía no encuentran como resolverlo.

pensarJUSBAIRES: *Cuál es el resultado de su experiencia de quince años en la capacitación judicial?*

Molina Quiroga: Hemos tenido una evolución, digamos que buena, porque hemos crecido en cantidad y en diversidad. También hubo frustraciones y decepciones. Lo iniciamos en base a un núcleo de contenidos que tuvo, en principio, mucha relación con las nuevas leyes que había aprobado la Legislatura de la Ciudad Autónoma. Estoy hablando de los años 1999, 2000, 2001, cuando las normas eran aún desconocidas y contenían ciertas originalidades. Entonces no había mucha literatura ni se habían difundido el Código Contencioso Administrativo y Tributario, ni el Código Contravencional y de Faltas. Se puede decir que ésa fue una etapa de sensibilización. Y de hecho, sobre ella los jueces recién designados fueron armando doctrina y jurisprudencia. Tampoco ha habido grandes desarrollos doctrinarios al respecto y escasas publicaciones. Hay que advertir la particularidad, las originalidades que tiene una ciudad-Estado, como Buenos Aires.

pensarJUSBAIRES: *¿Cómo caracterizaría usted el territorio de la ciudad de Buenos Aires?*

Molina Quiroga: Uno de los temas que no existe en la currícula de las universidades, ni siquiera en las de Derecho Ambiental tiene que ver con el planeamiento urbano, u otros temas de planificación. La Ciudad de Buenos Aires no es viable sin integrarse al Área Metropolitana porque la que existe es una división artificial. Es una falacia creer que termina en la General Paz, sea desde el punto de vista del servicio público, de la salud, de la educación, o de la seguridad.

pensarJUSBAIRES: *¿Hay estadísticas de crecimiento en el Centro?*

Molina Quiroga: En términos de actividad o de inscriptos hemos ido pasando de una oferta de cinco, seis, ocho cursos anuales a trece programas marcos que van desde el entrenamiento en relaciones interpersonales, o sea, recursos humanos, hasta la dogmática que se nos fue ocurriendo, abordada con diferente enfoque y que tuvo una cantidad muy alta de asistentes. No obstante, sigue siendo baja, y eso no es un secreto, la asistencia de los jueces a este tipo de actividades.

Es un problema comprensible. El sistema de concurso, en un efecto no deseado, hace que el magistrado con alguna aspiración a llegar a juez de primera instancia, camarista o el paso posible, ya sea en la parte judicial o en el ministerio público, sabe que va a ser mucho más valorado por un jurado la cantidad de títulos de posgrado o de publicaciones realizadas que lo que puede hacer su experiencia de gestión. Observaciones parecidas pude advertir por mi participación en la Red Federal de Escuelas Judiciales.

pensarJUSBAIRES: *Cómo funciona la Red Federal de Escuelas Judiciales?*

Molina Quiroga: La Red Federal de Escuelas Judiciales agrupa a todas las escuelas del Poder Judicial. En este momento tiene una estructura de instituto y agrupa a aquéllas que funcionan en el ámbito de la Junta Federal de Justicia (JUFEJUS). Esto empezó como intercambio de experiencias, ya se han realizado 12 o 13 congresos nacionales de capacitación donde concurren todos los directores de escuelas y muchas veces, gente que integra esas juntas judiciales: La estructura depende de quién esté a cargo de la JUFEJUS. En el único encuentro que se hizo en la ciudad de Buenos Aires, organizado por la Facultad de Derecho UBA, el reclamo fue porque no se comparten más las experiencias, incluso las actividades, aprovechando la informática. Ahora se están haciendo cursos por videoconferencia, además de los sistemas presenciales y semipresenciales. Con el tiempo se podrá hacer en red. •



ENTREVISTA

80.000 ABOGADOS ACTIVOS INTEGRAN EL COLEGIO PÚBLICO PORTEÑO

El presidente del Colegio Público de Abogados porteño, Dr. José Roberto López, estimó que por año se suman 4.000 nuevos matriculados a la entidad y que en la “continuidad” que implica su gestión desde abril pasado ya se logró implementar un sistema que agiliza las tareas de los abogados y se aspira a obtener la sanción de la ley de honorarios para la Ciudad de Buenos Aires.

pensarJUSBAIRES: ¿Cuáles fueron sus propuestas para el Colegio Público al iniciar la gestión en abril de este año?

López: Lo que valorizo en primer lugar es la continuidad de la gestión. Creo que eso está relacionado con el éxito de la gestión. Yo voy a terminar tareas, servicios y trabajos ya aprobados por el Consejo Directivo, y espero que cuando yo termine la continuidad siga. Eso permite terminar cuestiones de inmuebles, mejorar los servicios; permite la relación con los otros colegios de abogados de la Argentina. Y ahora estamos abriéndonos al mundo, porque éste es uno de los colegios más importantes del mundo. Creo que en cantidad de integrantes debemos ocupar el tercero o cuarto lugar. El Colegio de Abogados de Madrid tiene 50.000 profesionales, nosotros tenemos activos 80.000, y en total 101.000. Se incorporan aproximadamente 4.000 nuevos abogados anualmente. En la Capital queremos conseguir la sanción de una ley de honorarios, que ya está en la legislatura en trámite legislativo por la que se mejora mucho, en forma total, los modos de regulación de honorarios. En este momento la ley vigente realmente es un desastre porque –creo que somos el único sector dentro

de la República Argentina- aquí todavía se sigue con el sistema que había implantado Domingo Cavallo. Los honorarios, en estos momentos, los jueces no los regulan, está prohibido; no hay actualizaciones, así es que generalmente las regulaciones son exiguas. En esto adoptamos métodos muy parecidos a los de la provincia de Buenos Aires, donde la regulación se hace por módulos, se van ajustando conforme el salario de un juez de Primera Instancia o de Cámara. Confiamos en que esta nueva ley se obtenga bastante rápido. En este momento está radicado el proyecto en la Comisión de Legislación Laboral y Justicia.

pensarJUSBAIRES: ¿Cómo es la relación con el Poder Judicial?

López: Es muy buena. En estos momentos instalamos en el Colegio, mediante un acuerdo que se hizo con el Consejo de la Magistratura, un mostrador de recepción de escritos judiciales tipo Mesa de Entrada; ya está instalada en la planta baja de este edificio y estamos esperando que el Consejo de la Magistratura designe al personal.



pensarJUSBAIRES: ¿Y esos escritos después se distribuyen en los juzgados?

López: Efectivamente. En principio se recibirán escritos que tengan que ver con lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. La Procuración funciona en un edificio de la calle Uruguay y se va a evitar que los profesionales tengan que ir a las distintas sedes. La idea es que en un comienzo se reciban escritos de “mero trámite”, que tengan un plazo, y el profesional tenga la confianza suficiente para evitar inconvenientes. Es decir, no se van a recibir demandas, tampoco documentación importante, en un comienzo. Mediante prueba y error veremos cómo se va llevando un proceso muy delicado. Por la experiencia que tenemos de trajar en tribunales, la idea es que no se reciba documentación sensible en un comienzo.

pensarJUSBAIRES: ¿Hay otros trámites que también se hacen aquí mismo?

López: Sí. Están funcionando también, por un acuerdo que hicimos con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, los trámites de conciliación laboral. Eso está funcionando bien. Los abogados, dentro de la sede del Colegio, pueden

suscribir acuerdos de carácter laboral. Evitan ir al Seclo.

pensarJUSBAIRES: ¿El objetivo político profesional está dirigido a mejorar el funcionamiento de la justicia, para facilitarle a la ciudadanía los trámites o a los abogados, a capacitar? ¿Cómo sería el árbol de las políticas planteadas?

López: Nosotros, desde el año 2006 cuando llegamos, vimos que no había nada. Dirigimos los servicios, fundamentalmente, hacia el interés de los profesionales. Ellos aquí pueden obtener el registro de conducir, hacer trámites con el Registro de la Propiedad e Inmuebles, con el Registro Automotor, el Renar, sacar documento de identidad, etc. Es decir, en lugar de trasladarse a las distintas sedes pueden venir aquí y hacer un montón de trámites, ahorrándose mucho tiempo. Estamos hablando de varias horas. Organizar esto nos llevó dos gestiones. Cubiertas la mayoría de esas necesidades, encaramos en los últimos períodos la vinculación con la estructura del Poder Judicial. Esa es una segunda etapa de nuestra gestión. ¿En qué medida?: conversar con los presidentes de las distintas cámaras, ayudarlos con lo que es la notificación electrónica que cambió tanto el sistema. Junto



con la Suprema Corte de Justicia habilitamos cursos para que la gente aprenda a utilizarlo y validar su clave, porque ahora se va a manejar todo así. El expediente electrónico todavía no está vigente, pero se va a llegar porque yo creo que hay una idea política muy fuerte de la Corte de llegar a eso en el plazo lo más breve posible. Con nuestra continuidad hemos logrado dar un salto de calidad para trabajar en conjunto con la Justicia.

pensarJUSBAIRES: ¿Hay algún proyecto desde el Colegio para apoyar jurídicamente a la comunidad?.

López: Tenemos un programa que llamamos Propaque, que dispone de abogados que puedan auxiliar a las víctimas de delito, siempre que sean insolventes, que no tengan recursos de ninguna naturaleza. Tenemos además una idea sobre el sistema de patronato, que a nuestro juicio

no funciona y hay que hablarlo aquí en la ciudad. Consiste en capacitar a un grupo de abogados para que puedan cumplir, sin engrosar la planta permanente, con una locación de servicio sobre la vigilancia de la prisión domiciliaria, el control de la Probation -que no existe-, el seguimiento de la persona cuando sale de cumplir una pena y ver si se puede reinsertar o no en la sociedad. En este momento el Poder Judicial no cumple con estos requisitos. Se viene discutiendo sobre la reforma del Código Penal cuando, en realidad, no se cumple con el control de la ejecución de la pena. Creo que hay tres juzgados, nada más, dedicados a esto.

pensarJUSBAIRES: Es decir que falta todo lo que es prevención y reinserción.

López: Exactamente. Y se discute a veces el cambio de la ley. Podemos tener la mejor ley del mundo pero está escrita, nada más. En la

realidad no cumple la función que tiene que cumplir.

pensarJUSBAIRES: ¿Qué otras ideas tiene para agilizar la operatividad profesional?

López: Otra de las ideas es tener una conexión directa entre la Mesa de Entrada del Juzgado y un sistema dentro del Colegio para la consulta de expedientes. De esa forma evitamos que los abogados tengan que ir a Tribunales para copiar un auto y se produzcan aglomeraciones. Que el abogado vaya a los tribunales cuando sea una cuestión específica. Estamos hablando de lo laboral y lo contenciosos administrativo; penal, no. Estamos ayudando en todo lo que se puede. Respecto de la capacitación, tenemos permanentemente cursos de actualización para los letrados. También contamos con una Escuela de Postgrado. Y dentro de poco vamos a habilitar más computadoras en un edificio cercano para los abogados que no tienen máquinas, o para la consulta. Son exclusivas para la profesión y no para uso personal. Aunque creemos que en Comodoro Py deberíamos pedir wi-fi.

pensarJUSBAIRES: ¿Se armó una currícula de actualización permanente, de profundización? Me refiero a lo que sería una Escuela de Abogados.

López: No. Tenemos la Escuela de Postgrado que funciona en la calle Junín, donde se realiza una actualización más profunda. Aquí, en las comisiones y en los cursos todo está más dirigido hacia temas concretos, quizás de información básica, especialmente para los recién egresados de la facultad que vienen con falencias importantes.

pensarJUSBAIRES: Me interesa lo de la prevención ¿Con las cárceles, como es la relación?

López -- Tenemos plena relación. Hay un convenio con el Servicio Penitenciario. Mejoramos las instalaciones del penal de Ezeiza. Tenemos una relación permanente. Hay una combi del Colegio que hace el trayecto con las cárceles. Estamos trabajando permanentemente en eso. Sabemos que se puede mejorar. Hemos hablado con el ministro de Justicia Julio Alak, varias veces. En la prevención no podemos hacer demasiado, pero en lo que es la ejecución penal estamos trabajando en algo muy grande que va a traer mayor seguridad.

“El Colegio de Abogados de Madrid tiene 50.000 profesionales, nosotros tenemos activos 80.000, y en total 101.000. Se incorporan aproximadamente 4.000 nuevos abogados anualmente. En la Capital queremos conseguir la sanción de una ley de honorarios, que ya está en la legislatura en trámite legislativo por la que se mejora mucho, en forma total, los modos de regulación de honorarios”.

pensarJUSBAIRES: ¿El Tribunal de Disciplina que depende de ustedes está teniendo mucha demanda?

López: Ahí tenemos hecho un trabajo muy importante. El tribunal actúa generalmente por denuncias que nos derivan los juzgados. Nosotros consideramos que la sanción disciplinaria es dependiente del Colegio Público por ley y se aplican sanciones importantes. No permitimos que se desnaturalice la profesión. Las sanciones se publican en el Boletín oficial. En cada reunión del Consejo Directivo, dentro del orden del día, se dan a conocer las sanciones.

pensarJUSBAIRES: ¿Cómo llega al conocimiento del Colegio Público el déficit que tiene el sistema?

López: Nosotros tenemos entrevistas periódicas con los jueces, con los presidentes de las distintas cámaras, con la Corte, con los peritos intercambiamos opiniones. Tenemos las denuncias de los abogados que van a los juzgados en distintos edificios, o de nosotros mismos. La semana pasada fui al Juzgado de Talcahuano 490; a las diez de la mañana había una cola para el ascensor que llegaba hasta la calle Lavalle. Hago la cola. Funcionaba un solo ascensor. Pregunto: ¿cuánto hace que no funciona? Dos semanas. Cuando volví al Colegio hice una nota al responsable. Por la noche el ascensor estaba arreglado. •

SUPLEMENTO ESPECIAL

pensarJUSBAIRES Nº 2. NOV. 2014

La Constituyente de 1994 y los Derechos Humanos

LOS MEJORES DISCURSOS DE LA CONVENCIÓN



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

**JUS
BAI
RES**
EDITORIAL