

Contenido

pensarJUSBAIRES

AÑO II. Nº 3 | MAR. 2015

EDITORIAL: VALORIZAR AL PENSAMIENTO JURÍDICO PORTEÑO	3
ALICIA PIERINI	
OLMOS: DOS LÍNEAS ATRAVIESAN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL	4
JUAN MANUEL OLMOS	
CORTI: LA DIFUSIÓN DE LA CULTURA DE DERECHOS ES UNA FUNCIÓN INSTITUCIONAL QUE INVOLUCRA A TODO EL PODER JUDICIAL	6
HORACIO CORTI	
LA AUTONOMÍA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y LA VISIÓN DE SU TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA	8
JULIO CONTE-GRAND	
FERREYRA: ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	22
RAÚL GUSTAVO FERREYRA	
TRANSFERIR COMPETENCIAS ES CONSTRUIR AUTONOMÍA Y JUSTICIA.....	32
JULIO DE GIOVANNI	
MOYA: HAY NUEVOS PARADIGMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS	38
MARÍA TERESA DEL ROSARIO MOYA	
TRAVIESO: DERECHO, VIDENTES Y VISIONARIOS.....	46
JUAN ANTONIO TRAVIESO	
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONDENÓ A LA ARGENTINA POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	52
CIDDHH	
NIKKEN: “LOS PRESUPUESTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS”	56
PEDRO NIKKEN	
FOTOREPORTAJE: MEMORIA PARA QUE NO SE REPITA. A DIEZ AÑOS DE LA TRAGEDIA DE CROMAGNON	63
MARÍA EUGENIA REDONDO	

pensarJUSBAIRES

AÑO II. Nº 3 | MAR. 2015

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.jusbaire.gov.ar

www.pensar.jusbaire.gov.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

SECRETARIA

Marcela Basterra

CONSEJEROS

Ricardo Félix Baldomar

Juan Sebastián De Stéfano

Juan Pablo Godoy Vélez

Carlos Esteban Mas Vélez

Agustina Olivero Majdalani

José Sáez Capel

ADMINISTRADOR GENERAL

Alejandro Rabinovich



VALORIZAR AL PENSAMIENTO JURÍDICO PORTEÑO

pensarJUSBAIRES *es una publicación del Poder Judicial de la Ciudad que se nutre primordialmente del pensamiento escrito de nuestros juristas porteños y también de discursos pronunciados en ocasiones públicas.*

Este número se inicia con las exposiciones realizadas por los Dres. Juan Manuel Olmos y Horacio Corti al presentar en diciembre último el segundo número de **pensar**JUSBAIRES y su Suplemento dedicado a los mejores discursos sobre Derechos Humanos durante la Reforma Constituyente de 1994. Ambos disertantes expusieron ideas e interesantes contenidos que reproducimos en las páginas que siguen.

En ese mismo evento, hemos destacado la confluencia positiva del derecho y la política, el imprescindible análisis del contexto que otorga sentido o influye en la creación normativa y la actualización jurídica permanente que demandan los temas que nos ocupan, reiterando nuestra opción preferencial por los derechos humanos.

En esa línea se encuadran las elaboraciones que nos brindan eminentes juristas –a los que agradecemos su colaboración– como Raúl Gustavo Ferreyra, Julio Conte-Grand, María Teresa Moya, Julio de Giovanni y Juan Antonio Travieso que prestigian estas páginas y nos esclarecen sobre temas constitucionales y sobre el desarrollo de la autonomía porteña. **Ellos jerarquizan nuestra publicación y la consolidan como medio gráfico no coyuntural sino de colección.**

Los argentinos hemos alcanzado una democracia con derechos humanos, que nos enorgullece, aunque aún quede mucho por hacer. Cuando observamos el crecimiento de la conciencia colectiva en materia de derechos humanos, vemos que se ha constituido en el principal punto de coincidencia masiva tanto para el sistema institucional como para las mayorías populares.

Por eso también en cada **pensar**JUSBAIRES sus lectores siempre encontrarán algún fallo u

opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o de la Corte Suprema de Justicia Nacional relativa a los derechos humanos, marcando el rumbo para su exigibilidad, obligación de garantía, principios y doctrinas vigentes, hermenéutica o recomendaciones reparatorias, así como textos académicos de jueces interamericanos de sólido valor jurídico como el del Dr. Pedro Nikken.

En el mismo sentido incorporamos, sintetizado, un fallo importante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que nos duele porque condenó a nuestro país por un caso provincial de vulneración de derechos de una niña y su familia, pero rescatamos por su pertinencia a efectos de corregir un procedimiento judicial tutelar que resultó contrario a los principios convencionales sobre derechos del niño.

Finalmente, en las fotografías de la última marcha por los chicos de *Cromagnon* expresamos la memoria de nuestra ciudad que hace una década perdió 194 jóvenes en una tragedia que no debió haber ocurrido.

Tal como hicimos en otras oportunidades, invitamos a toda la familia judicial y colegas abogados a opinar, sugerir ideas o enviarnos colaboraciones sobre temas jurídicos.

Ya está la web “www.pensar.jusbaires.gob.ar” en el ciberespacio, desde donde también pueden contactarnos.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

OLMOS: DOS LÍNEAS ATRAVIESAN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Al finalizar el año en el que se evocó la Reforma Constitucional de 1994 y su repercusión e incidencia dos décadas después, el presidente del Consejo de la Magistratura Porteña, Dr. Juan Manuel Olmos, destacó la importancia estratégica de haber incluido con jerarquía constitucional a las principales Convenciones de Derechos Humanos.

Lo expresó con las siguientes palabras:

Es imprescindible que las nuevas generaciones de argentinos conozcan y comprendan el proceso histórico que las ha precedido. Cuando doy clases en el Ciclo Básico de la UBA estímulo a mis alumnos a que analicen el desarrollo de la construcción constitucional de nuestro país, máxime a los que están cursando para ingresar a la carrera de abogacía.

Ese análisis comienza por observar cómo, a lo largo de nuestra historia, podemos detectar dos corrientes, o líneas, en el desarrollo institucional. Una corriente virtuosa durante la cual se incorporan derechos, acompañando los hechos sociales e hitos históricos que en cada etapa fueron moldeando el conjunto de derechos y garantías que consolidan el actual estado democrático.

Se ha llegado hasta aquí, hay que reconocerlo, porque mucha gente –durante largos años– ha luchado y sufrido para alcanzar esta construcción actual; no olvidemos que generaciones enteras entregaron su vida en la conquista del Estado de derecho del que hoy gozamos.

También menciono a mis alumnos, como parte de esa línea virtuosa, que el punto de arranque en el reconocimiento de derechos se ubica en la Asamblea del año XIII, y que continúa en las sucesivas asambleas constitucionales, fundamentalmente la de 1853 y sus reformas posteriores. Todas ellas marcaron las etapas institucionales

que durante el s. XIX, dieron nacimiento y forma a nuestra Carta Fundamental.

Al llegar al siglo XX, reivindicamos la Ley Sáenz Peña como un hecho histórico de incorporación de derechos políticos plenos para una parte importante de la sociedad, que se completará, décadas más tarde, con la ley del voto femenino.

Señalamos también que se ampliaron los derechos para todos los habitantes de la República Argentina, precisamente en 1949, con aquella Constitución que no muchos enseñan en la facultad, y no muchos consignan en los textos o discursos sobre derecho constitucional. Sin embargo fue un hito importantísimo para esa época que un texto constitucional incorporara los derechos sociales, poniendo la decisión y el eje en la justicia social como un máximo valor para la sociedad argentina. Aunque muchos lo olvidan, nosotros lo incorporamos en nuestro trabajo docente y de esa forma echamos luz sobre ese momento histórico.

Finalmente destacamos la Convención de 1994, que dio lugar a la reforma constitucional con mayor consenso político, incorporó los nuevos derechos y garantías, y dotó de jerarquía constitucional a los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos, al incluirlos en el art. 75, inciso 22 de nuestra Constitución.

En paralelo a esta corriente virtuosa de incorporación de derechos políticos, sociales y culturales y económicos, acompañó al proceso



constructivo institucional –a lo largo de nuestra historia- una línea viciosa, destructiva. Durante esta última se interrumpió reiteradamente el desarrollo de la corriente virtuosa, quebrando el andamiaje institucional que legitimaba la sociedad argentina.

Así ocurrió en 1930, cuando se derrocó al presidente Hipólito Yrigoyen, con la doctrina de facto de la Corte, la suspensión de los derechos políticos y el comienzo de la década infame. Fue la primera interrupción grave a la construcción virtuosa que con mucho sufrimiento, batallas y guerras civiles, el país había alcanzado, logrando un piso de derechos políticos.

Luego, en 1955, no solo hubo violación a los derechos políticos sino que también de los derechos sociales, y de todos los beneficios de ese tipo que se habían conquistado desde 1945. Ese golpe de Estado fue muy violento, precedido del bombardeo a la población civil del 16 de junio; no solo interrumpió la línea de ascenso en los derechos políticos, sino que además negó y anuló las conquistas sociales, los derechos laborales, de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura, es decir, todo lo que se había conseguido en los diez años anteriores.

Y llegamos finalmente a la peor etapa de vulneración de los derechos en la Argentina, que se prolonga desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983. Ha sido ése un tiempo negro para nuestro pueblo, durante el cual se violaron sistemáticamente los derechos humanos, fueran estos políticos, sociales, económicos,

o culturales. Y todas las garantías. Si hay un momento en la historia argentina, de violación sistemática y prolongada de derechos y garantías, esos fueron los años que van de 1976 a 1983.

Así ha transcurrido nuestra historia, surcada por estas dos líneas.

Hoy, al publicar algunos de los mejores discursos de la Convención Constituyente de 1994, referidos a los Derechos Humanos, estamos poniendo en valor el último hito de nuestra historia constitucional. Ustedes verán, cuando lean sus textos, que hemos respetado la pluralidad política y sus páginas contienen las ideas y palabras de los diferentes convencionales que participaron en los debates.

El punto alcanzado en la construcción de nuestro Estado de derecho le ha dado al país, y a nuestra democracia, un estándar jurídico de avanzada del que no hay marcha atrás. Por eso estamos recordando y publicando los discursos que dieron pie a la incorporación constitucional de los derechos humanos, para que todos aquellos que no fueron parte de esos debates tengan la oportunidad de conocerlos.

Es también una forma de contribuir, modestamente, al fortalecimiento de la línea virtuosa que nos merecemos todos los argentinos.

Nota: síntesis del discurso pronunciado el 2-12-2014 al presentarse en la Legislatura porteña el número 2 de **pensar JUSBAIRES** y su suplemento “La Constituyente de 1994 y los Derechos Humanos”.

AL PRESENTAR PENSARJUSBAIRES 2

CORTI: LA DIFUSIÓN DE LA CULTURA DE DERECHOS ES UNA FUNCIÓN INSTITUCIONAL QUE INVOLUCRA A TODO EL PODER JUDICIAL

El Defensor General del Poder Judicial de la CABA Dr. Horacio Corti en la presentación del último número de PensarJusBaires piensa en un Poder Judicial con relación directa con la sociedad.

Sus palabras se transcriben a continuación:

1. Creo que colectivamente estamos generando una política pública cuyo eje es la difusión de la cultura de los derechos. El derecho se desarrolla no solo a través de los jueces en el momento de juzgar, sino también por medio de la actuación de los defensores, asesores tutelares y de fiscales en el momento de ejercer cada uno su función particular. Vale decir que la difusión de la cultura de derechos es una función institucional que involucra al conjunto del Poder Judicial.

El Poder Judicial porteño no espera que un vecino venga a plantear un problema o a exigir el cumplimiento de un servicio, sino que sus miembros van hacia la ciudad, salen de su escritorio y tratan de estar en contacto con la realidad efectiva. Ello así, porque no vivimos en un espacio abstracto, sino en un lugar real.

Uno de los grandes problemas tradicionales del Poder Judicial es su enclaustramiento, una forma de vida a su vez basada en privilegios institucionales. **Necesitamos tener una nueva forma de pensar el Poder Judicial para que permita una relación directa con la gente.** Y para estar en esa relación cotidiana se requiere hacer más políticas institucionales hacia afuera.

2. Me dio mucha satisfacción el suplemento con los mejores discursos de la Convención Constituyente de 1994. Destaco y agradezco que esté en sus páginas presente uno de los grandes juristas de la Argentina: Héctor Masnatta. Además de haber sido un maestro personal, creo que él merece un reconocimiento por parte de toda la comunidad jurídica y de la comunidad judicial en particular.

Masnatta, además de haber sido convencional constituyente, ha tenido una gran trayectoria como estudioso primero del derecho civil (en particular en la materia contractual) y luego del derecho público. Como es sabido, también fue miembro de la Corte Suprema entre los años 1973 y 1976, hasta que fuera sacado de su cargo, como tantos otros, por la dictadura cívico-militar.



3. Uno de los aspectos más significativos de la reforma constitucional de 1994 fue la de haber dado solución al tradicional debate acerca de la jerarquía normativa de los tratados internacionales. Como es sabido se generó una nueva y clara estructura jerárquica de los tratados. Sin embargo, lo que se ha producido tiene mayor profundidad, fundamentalmente en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que implica una apertura del derecho nacional al derecho internacional de los derechos humanos. Más precisamente, una apertura no solo a los textos de los tratados individualmente tomados, sino a una práctica colectiva internacional sobre la interpretación de los tratados constitucionalizados.

Como bien dijo la Corte al interpretar el artículo 75, los tratados se incorporan en las condiciones de su vigencia, expresión genérica que significa: en las condiciones en que tales tratados son entendidos por los organismos internacionales de aplicación.

Esto implica una enorme apertura del derecho interno a una inmensa elaboración interpretativa que hacen comités, cortes, órganos consultivos, etc., caracterizada por una enorme riqueza conceptual acerca de cómo entender cada uno de los términos, instituciones y conceptos que están contenidos en los tratados internacionales.

4. Me gustaría hacer un señalamiento más. La reforma constitucional de 1994, así como sucedió con la reforma de 1949, ha adquirido la

significación que conocemos porque previamente hubo procesos históricos y políticos que hicieron posible, por ejemplo, la expansión de derechos en tales reformas contenidas. Decisiones de ese tipo son posibles, no solo por acción de abogados, juristas, jueces o de la cultura jurídica en general, sino por la acción colectiva que hacen los pueblos y las sociedades por sí mismos.

Lo que hizo posible que nosotros hoy tengamos un pensamiento y una práctica de los derechos humanos fue justamente que ellos fueron el eje de la lucha política y de la movilización popular en contra de la dictadura política cívico-militar.

Hubo personas concretas en un lugar concreto que con esa presencia física le dieron en ese momento una energía política a los derechos humanos.

Y si nosotros hoy podemos tomar decisiones como jueces, defensores, fiscales o asesores tutelares, otros como constituyentes y otros como legisladores, es porque existió previamente esa energía política en un lugar concreto de la sociedad que le dio sustancia colectiva y real a los derechos humanos.

Antes de la imaginación e inteligencia jurídica individual se encuentra la práctica política colectiva de los pueblos.

Nota: desgrabación editada del discurso del 2-12-2014 en la Legislatura al presentarse la revista PensarJusBaires nro.2 y su Suplemento "La Constituyente de 1994 y los Derechos Humanos".

AUTONOMÍA PORTEÑA

LA AUTONOMIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y LA VISIÓN DE SU TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

La singularidad de la Ciudad y su autonomía deben analizarse a la luz de su origen, desarrollo y de las sentencias del Superior Tribunal.

JULIO CONTE-GRAND*

1. Casi veinte años de autonomía

Se han cumplido veinte años de la última reforma de la Constitución Nacional y nos encontramos a las puertas de los veinte de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

La versión modificada de la Carta Magna nacional mantuvo la matriz jurídico-institucional de la Constitución histórica y de sus antecedentes patrios más importantes, preservando los aspectos estructurales de la organización nacional: forma democrática de gobierno mediante representación del pueblo; sistema republicano con división de poderes, publicidad de los actos de gobierno y limitación de los mandatos, en lo esencial; y organización federal.

No obstante, debe admitirse que, más allá de ello, los cambios introducidos le han dado un nuevo perfil.

Un aspecto destacable ha sido la modificación del *status* de la Ciudad de Buenos Aires, ahora autónoma, forjado en la nueva normativa constitucional

En cuanto a la naturaleza de ese nuevo *status* parecería que todo ha sido dicho: municipio federado, municipio federal y autónomo, municipio sin provincia, ciudad-estado, ciudad autónoma, ciudad constitucional federada, distrito administrativo autónomo, estado municipal, *tertium genus*.

Es relevante señalar que cualquier análisis del *status* de la Ciudad de Buenos Aires al que se acceda viene correctamente precedido de un examen de su origen y evolución histórica.

Y esto no se hace con intención de alarde erudito sino porque esa reseña acompaña la del origen y evolución de las provincias y la del Estado nacional, para, en función de su análisis vinculado, determinar grados compatibles de autonomía.

El dato histórico se constituye en un instrumento hermenéutico. La Ciudad de Buenos Aires es una jurisdicción históricamente no provincial con representantes en el Senado de la Nación.

* Abogado (UBA) - Procurador General de la CABA. Profesor de grado y posgrado en las Universidades: Pontificia Católica Argentina, Austral, Nuestra Señora de la Asunción de la República de Paraguay y en el Colegio de Escribanos de la CABA. Autor de trabajos y coautor de libros. Fue condecorado por Su Santidad Juan Pablo II, con la Orden de San Gregorio Magno



2. Aspectos singulares de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Sin desconocer el interés que puede generar discernir y definir dicha naturaleza jurídica, parece práctico orientar –al menos en parte- el esfuerzo intelectual a reflexionar acerca de los caminos que se han transitado y deben transitarse para concretar y fortalecer la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, aspecto consustancial al nuevo carácter institucional determinado en 1994.

El concepto de autonomía se vincula estrechamente a la aptitud de poseer competencias propias –aunque algunas sean concurrentes y otras exclusivas- y contar con recursos que le permitan desenvolver dichas competencias.

En particular, las competencias de la Ciudad pueden ser originarias, en razón de que las poseía ya la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, o derivar del proceso de transferencias determinado a partir de la reforma constitucional de 1994.

Ello en base al modelo instituido, que, en lo atinente a la transferencia de esas competencias, es de una lógica incuestionable en cuanto a los pasos a cumplir : acuerdo entre las partes, aprobación por los órganos facultados en cada jurisdicción,

transferencia de los recursos e implementación final del traspaso de competencias.

Este procedimiento, más sustancial que adjetivo, se debe asumir como axiomático ya que resguarda no solo los textos constitucionales, el nacional y el local, sino también los derechos involucrados, que poseen raíces históricas y políticas ineludibles.

El mecanismo adoptado por los respectivos constituyentes, privilegia la vinculación armónica entre Nación y Ciudad, consecuente con los principios que animan la articulación de los integrantes de todo cuerpo social que se precie de tal.

La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires exige, en su análisis, un esfuerzo intelectual que excede la sola consideración de la relación entre la Ciudad y la Nación.

Ello en la medida en que es imposible ignorar que todo cuanto incumbe a la Ciudad de Buenos Aires se proyecta a la provincia de Buenos Aires, en particular a lo que tiene que ver con los territorios bonaerenses limítrofes, constitutivos de un área, la metropolitana, que asume fisonomía y funcionamiento real propios, y, asimismo a otras provincias e, incluso, a países distintos de la República Argentina.

Vale a este fin ponderar la cantidad de personas que trabajan en la Ciudad de Buenos Aires y no tienen domicilio en esta; dato que debe sumarse a los que informan acerca de los porcentuales correspondientes a usuarios de hospitales del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires, o de escuelas y colegios con sede en esta Ciudad, u otras prestaciones singulares a cargo del sector público o privado de la Ciudad. También a la correlación, descompensada, que existe entre la incidencia que tiene la actividad de esta jurisdicción en el Producto Bruto Interno nacional y el ingreso que se le asigna por coparticipación tributaria. Todo esto entre muchos otros elementos que concurren en el mismo sentido.

Estas referencias estadísticas concretas no pueden ser ignoradas al tiempo de definir la ansiada autonomía, pues no se trata de alcanzar una autonomía pírrica. Un escenario en el que la Ciudad, las Provincias y la Nación se desentiendan unas de otras es algo tan perverso como inviable.

Otro aspecto que bien se ha destacado es el de las particularidades geográficas y urbanísticas. La Ciudad de Buenos Aires tiene una situación geográfica y un diseño urbanístico propio, incompatible con el de una provincia argentina. Desde esa perspectiva se encuentra en rigor integrado a lo que se denomina área metropolitana como distrito urbano, cosmopolita, multicultural y de especial perfil socioeconómico.

Debe agregarse otro elemento que podemos llamar “funcional operativo”, aunque la denominación es insuficiente. Me refiero a la participación de la Ciudad de Buenos Aires en la estructura económica argentina, en lo atinente a la prestación de servicios, producción de bienes y consumo. La Ciudad de Buenos Aires genera una poderosa concentración de la actividad social que atrae a quienes habitan en otros lugares del país y en el exterior.

De resultados de estas apreciaciones conjuntas se concluye en una afirmación que puede considerarse de perogrullo, pero importante, **la Ciudad de Buenos Aires tiene una fisonomía singular.**

El reconocimiento del actual carácter institucional de la Ciudad arranca ya con la ley 24.309 que declara la necesidad de la reforma constitucional. En ella se alude a un “status constitucional especial” de la Ciudad de Buenos

Aires, y de “autonomías propias de legislación y jurisdicción”.

Términos que recibe el texto constitucional en su artículo 129 que, es preciso destacar, se encuentra ubicado en el Título de “los Gobiernos de Provincia”.

Se propugna y dispone entonces la autonomía de la Ciudad.

3. ¿De qué autonomía hablamos?

La cuestión nos enfrenta, en primer término lógico, a la definición del concepto de autonomía.

Es clásico el análisis del tema de la autonomía a partir de un desarrollo comparativo con la idea de autarquía, sobre la que no volveré y que solo dejo mencionada por ser sin dudas útil.

Otro modo de examinar la autonomía jurídica es mediante clasificaciones, entre las cuales deseo rescatar la que distingue entre autonomía: a) por el origen del poder; b) por el tipo (calidad) o *quantum* del poder.

La Corte Suprema ha realizado un análisis escrupuloso de los aspectos cualitativos de los entes autónomos de base territorial en el precedente “Rivademar c/ Municipalidad de Rosario”, del 21 de marzo de 1989.

Otra clasificación es la que distingue la autonomía originaria y la derivada. Esta última sería, según se afirma, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es sabido, no obstante, que doctrina muy calificada niega la existencia de autonomía derivada.

Desde un ángulo la autonomía se vincula con la mayor disposición, en forma propia, de facultades o poderes respecto de una parte de la realidad. Por eso el debate sobre la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires habitualmente se relaciona con los poderes de la Ciudad.

Estos poderes, de acuerdo a la matriz histórica, política, jurídica e institucional sugerida, resultan de un mecanismo de delegación, en torno al cual existen dos posturas gruesas:

- 1. Criterio reivindicatorio.** Art. 1 Constitución CABA (“... La Ciudad ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal”).

“Tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires, son entes autónomos que integran, en pie de igualdad, el Estado federal. Más allá de la discusión sobre el alcance de la autonomía porteña, lo cierto es que ninguno de estos Estados locales prevalece por sobre los demás, sino que cada uno de ellos ejerce las potestades reconocidas en los arts. 121 a 129 CN dentro de su propio ámbito territorial, sin invadir el de los demás”.

2. El status actual surge de la disposición de la Constitución Nacional de 1994, siendo sobreviniente al reparto original de competencias entre lo nacional y lo local. Art.2 Ley 24.588 (Ley de Garantía de los intereses del Estado Nacional): “Sin perjuicio de las competencias de los artículos siguientes, la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al Gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires ...”

Algunos aspectos de la autonomía conforme ese ángulo de apreciación son los atinentes a competencias judiciales, transporte, Registro Público de Comercio, Registro de la Propiedad Inmueble, otros Registros, el puerto, entre otros.

Un capítulo especial en este sentido lo representa la cuestión del reclamo de la CABA de acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía originaria. Competencia originaria que, vale recordarlo, no es susceptible de reglamentación conforme lo indicara la CSJN desde antiguo (caso “Sojo” 1887).

La Corte ha negado el acceso directo y originario a la CABA en múltiples precedentes: “Tierra del Fuego”, “Cincunegui” (18.11.1999), “DGI” (16.5.2000).

La línea jurisprudencial parece afianzada, sin perjuicio de alguna crítica muy sólida que experimentara en sus inicios (por ejemplo, Bidart Campos sugería la necesidad de distinguir entre Ciudad de Buenos Aires Capital Federal y Buenos Aires Ciudad Autónoma), pero no me atrevería a decir que es definitiva, incluso con la actual composición del Alto Tribunal, ya que la consolidación del proceso de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires puede abrir otra

doctrina judicial, ciertamente no en el corto plazo.

4. La autonomía en la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Intertanto el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, cabeza del Poder Judicial en la jurisdicción, ha ido generando una doctrina judicial en materia de autonomía que rescata, sin dudas, los aspectos centrales de la cuestión.

Estas son algunos de los principios establecidos por el Alto Tribunal local.

4.1. Acerca de los alcances de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Respecto de la autonomía como categoría jurídica, el Tribunal ha afirmado que “es preciso tener en cuenta que la asignación de ‘autonomía’ a un sujeto, órgano o ente puede tener alcances muy diferentes pues la palabra suele utilizarse con varios significados (Santi Romano: ob. cit., p. 254; Cassese, Sabino: *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Garzanti, Milán, 1995, pp. 178 y ss.; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 386 y ss.). / La función que cumple la asignación de autonomía, cualquiera sea su alcance, es permitir la gestión del interés asignado al sujeto, órgano o ente”. Sentencia del 22 de octubre de 1999, en autos “Ministerio Público c/ Consejo de la Magistratura” (Expte. 70/99).

La posición fue ratificada en el fallo dictado el 16 de julio de 2002, en autos “Express Rent a Car S.A. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. n° 1222/01), en donde los Dres. Guillermo A. Muñoz, Julio B. J. Maier y Ana M. Conde, remitiéndose al precedente anterior, dijeron:

“ ... Por ello, la organización administrativa diseñada por la Ley n° 591, la vía para acceder a la intervención judicial y el procedimiento en ambas esferas, encuadran en las potestades locales que emergen de la autonomía reconocida por la Constitución nacional, y no encuentran restricciones ni en la ley n° 24.449 ni en la Ley n° 24.588. Por el contrario, con singular reconocimiento a la competencia local en este tópico la ley n° 24.449, en su art. 69 expresa: “Art.69: El procedimiento para aplicar esta ley es el que establece en cada jurisdicción la autoridad competente.”

Agregando que :

“Por lo demás, en la interpretación sugerida por la parte actora, la Nación conserva todo el poder no delegado en la Ciudad por la ley de garantía de los intereses federales en ese territorio. De acuerdo con esta línea de argumentación, todo lo que no delega la ley —mencionada en la Constitución Nacional (CN), 129—, presente o futura, en la Ciudad, no es competencia legislativa local, criterio potenciado por la idea de que aquello que se ha delegado, puede ser, en el futuro, revocado por asunción también legislativa (principio devolutivo)”. “Esta interpretación, sin embargo, es insostenible, ya que conduce a vaciar completamente de contenido la atribución constitucional de autonomía a la Ciudad, según la cláusula constitucional. En efecto, si las facultades de la Ciudad dependieran de la delegación expresa, materia por materia, efectuada por el Congreso Nacional, dicha interpretación dejaría a merced de las autoridades federales la determinación de la noción de “autonomía”, establecida en la Constitución, privándola completamente de sentido, pues constituiría un concepto “vacío” (norma en blanco, cuyo contenido lo llena o completa otra norma, esta vez, de rango inferior). No es eso lo que expresa el art. 2 de la Ley n° 24.588: la norma dispone que “la

Nación conserva todo el poder no atribuido por la *Constitución* al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires”, de modo que no es la “ley de garantía de intereses de la Nación” la que ha efectuado la delegación de facultades, sino, por lo contrario, lo ha hecho la propia Constitución”.

4.2. La autonomía es dada por el constituyente federal, no puede resignarse y tiene similar jerarquía a la de las provincias.

Así lo indicó la Dra. **Alicia E. C. Ruiz** en su voto, en pronunciamiento del 2 de mayo de 2007 en autos “Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/ acción meramente declarativa” (Expte. n° 3944/05):

“ ... la doctrina que se ocupa del derecho público provincial considera que los tratados interprovinciales no pueden violar las constituciones provinciales pues de lo contrario se estaría ejerciendo el poder constituyente; que el art. 27 de la CN sirve de guía hermenéutica, por vía analógica, para la interpretación de tratados interprovinciales y que debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista federal, el principio unitivo es la provincia como protagonista principal, siendo la región una alternativa que no puede ser considerada como una entidad distinta de las provincias que la componen (conf. Castorina de Tarquini, María Celia; *La Provincia y las Provincias*; en AA.VV; *Derecho Público Provincial*; t. 1; Depalma; 1999; pág. 232 y ss.).

Es así que el art. 124 de la CN prescribe que ‘[l]as provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades *para el cumplimiento de sus fines* (...)’ [el énfasis me pertenece]. De este texto se desprende que las regiones son medios para cumplir con los fines provinciales; dicho de otro modo, la provincia —como concepto político y jurídico— resulta el elemento subordinante del concepto región, y este solo se explica y justifica a partir de la provincia como elemento sustantivo del sistema federal. Lo dicho aquí, en relación a

las provincias, puede extenderse a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuya autonomía no es preexistente a la organización constitucional pero tiene similar jerarquía ya que fue instituida por el constituyente federal”.

Añadiendo en la oportunidad que: “En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el tema todavía es más delicado pues **su autonomía no es preexistente al Estado Nacional sino que le viene dada por el propio poder constituyente federal**. De esta forma una alteración de la autonomía de la Ciudad, al crear un ente con funciones supraestatales –como intenta hacer ver CEAMSE– iría derechamente en contra del artículo 129 de la CN. La Ciudad no puede resignar la autonomía que se le ha dado”.

La analogía entre la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la de las provincias, ya había sido destacada por el Tribunal Superior de Justicia en precedente recordado en el parágrafo anterior (“Express Rent a Car S.A. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”), en estos términos:

“Es evidente que la recta interpretación del alcance de la autonomía que el art. 129 de la Constitución ha atribuido a la Ciudad supone acudir, por analogía, a la autonomía de las provincias, constatando las materias que estas no han delegado. Por excepción, y dada la necesidad de preservar ciertos intereses mientras la Ciudad de Buenos Aires mantenga el carácter de sede del Gobierno Federal, la Constitución ha asignado a la Nación la facultad de señalar ciertos intereses a ser

protegidos en el territorio de la Ciudad, transitoriamente, mientras la Ciudad continúe siendo la capital de la República. Es claro que la regla sentada por la Constitución es la autonomía, y la excepción es la retención por parte de la Nación de ciertas materias que afectan sus intereses. Esta retención debe ser efectuada en forma expresa –de allí la necesidad de una ley especial destinada a ese efecto–. Para poner a prueba este aserto se puede suprimir, hipotéticamente, el carácter de capital de la República de la Ciudad, esto es, pensar en el momento en el cual la Ciudad de Buenos Aires, por ley del Congreso de la Nación (CN, 3), deje de ser, eventualmente, la sede del Gobierno Federal y se designe a otra ciudad para cumplir ese papel: no cabe duda en afirmar que, en ese momento, la “autonomía” de la Ciudad será análoga a la de cualquier provincia argentina, a semejanza de lo que ocurre con las ciudades-estados de países también federales y más allá de ciertos particularismos lingüísticos en el modo de designar las cosas. Esta es, además, la interpretación que ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Juan Octavio Gauna”, del 7 de mayo de 1997. Allí, la Corte federal expresó que: “(P)or expreso mandato constitucional, la Ley n° 24.588 declara de modo especial la tutela de los intereses federales, por el hecho de conservar el Congreso de la Nación poderes legislativos residuales sobre la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación. En efecto, el art. 75 inc. 30 de la CN puntualiza que el Poder Legislativo Federal dicta una “legislación exclusiva” sobre el territorio capitalino, pero la

“El que no se haya hecho efectivo el traspaso de las competencias de la Justicia Nacional a la de la Ciudad no puede ser un argumento válido para negar la competencia de esta en cuestiones comprendidas dentro de su esfera de autonomía y de jurisdicción. Si admitimos tal argumento, aceptaríamos también que el Gobierno federal avasalle la autonomía local por el simple expediente de no cumplir con ese traslado, lo que es inadmisibles desde el punto de vista jurídico”.

cláusula transitoria séptima del texto constitucional aclara que esas atribuciones legislativas las ejerce sobre la Ciudad de Buenos Aires en tanto sea capital, en la medida en que las conserve con arreglo al art. 129, esto es en cuanto las retenga de acuerdo a la ley de resguardo de los intereses federales” (considerando 8 del voto de mayoría). La propia estructura de la Ley n° 24.588 confirma este criterio: si se lee su articulado, se advertirá que no se trata de una norma en la que se detallan pormenorizadamente las materias delegadas a la Ciudad, sino, a la inversa, de una disposición que señala qué materias se ha reservado la Nación. En este sentido, los arts. 7, 8, 9 y 10 pormenorizan expresamente las materias que la Nación ha querido conservar —materias que corresponden por regla a las provincias y que, de otro modo, hubiesen pasado a la Ciudad—. Las materias que la Ley n° 24.588 no menciona son innumerables (imposibles de detallar en sentido propio); con un ejemplo: de seguirse la interpretación de la parte actora, como la ley no menciona expresamente la regulación del estacionamiento de vehículos en la vía pública, esta sería una materia reservada por la Nación. Parece evidente que se trata de una interpretación errónea”.

Esta doctrina es confirmada, entre otros, en el fallo dictado en fecha 13 de junio de 2014 en autos “GCBA y otros s/ otros procesos incidentales s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. n° 9988/13).

Dijo en la oportunidad la Dra. **Ana M. Conde**:

“Tanto las provincias como la Ciudad de Buenos Aires, son entes autónomos que integran, en pie de igualdad, el Estado Federal. Más allá de la discusión sobre el alcance de la autonomía porteña, lo cierto es que ninguno de estos Estados locales prevalece por sobre los demás, sino que cada uno de ellos ejerce las potestades reconocidas en los arts. 121 a 129 CN dentro de su propio ámbito territorial, sin invadir el de los demás”.

4.3. Vinculación del concepto de autonomía con la organización del Poder Judicial y demás cuestiones relativas a la jurisdicción y la competencia.

En pronunciamiento del 18 de febrero de 1999, en autos “Pinedo Federico y otros c/ Ciudad de Bs. As. S/ Amparo” (Expte. N° 8/99 SAO), el Tribunal Superior de Justicia manifestó su preocupación “*respecto a la necesidad de preservar la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, y resguardar las competencias que la Constitución local le confiere*”, aclarando que la cuestión que se examinaba en la causa no representaba un supuesto de afectación de la autonomía, en tanto:

“a) El tránsito de la situación anterior a la reforma de la Constitución Nacional a la actual autonomía supone un complejo proceso de concreciones sucesivas. El problema no es nuevo. Tampoco lo son las soluciones arbitradas para resolverlo. La federalización de la Ciudad de Buenos Aires fue el resultado de un lento y difícil proceso que comenzó a esbozarse en 1826 y culminó con la Ley de federalización de 1880 y la de organización de los tribunales de la Capital Federal de 1881. En aquel entonces, la Ley 1029 (art. 7) dispuso que mientras el Congreso no organizara la administración de justicia en la capital federal, continuarían ejerciéndola los juzgados y tribunales provinciales.

Si, en su momento, esos hechos no afectaron la federalización, difícilmente los actuales pongan ahora en riesgo la autonomía. b) La organización del Poder Judicial llamado a ejercer la jurisdicción atribuida por la Constitución de esta Ciudad y la Ley 7 aún no concluyó. En casos semejantes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que la vigencia de una norma procesal se halla supeditada a la efectiva instalación y funcionamiento de los órganos judiciales que están encargados de ejercer la competencia. Hasta que ello ocurra, las causas deben continuar su tramitación ante los tribunales en los cuales están radicadas (Fallos 312:8; Acordada 45/96; Acordada 75/96). Solo con posterioridad a la efectiva instalación y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales que la autonomía impone, será necesaria una

“En este sentido, tal como destacan mis colegas, dado que esta controversia remite a una cuestión propia del derecho público local, es resorte exclusivo de esta jurisdicción conocer en asuntos de esta naturaleza aunque eventualmente se invoquen o se apliquen de manera subsidiaria disposiciones del derecho común o principios generales del derecho (conf. CSJN in re: “Fiorito, Omar Horacio y otro c/ Buchbinder, Marcos y otros s/ daños y perjuicios”, Registro del Alto tribunal: Competencia n° 118. XLIII, sentencia del 11 de marzo de 2008, entre otros).”.

ordenada distribución de los asuntos en trámite que coordine el principio de aplicación inmediata de las leyes de competencia con los principios de la “perpetuatio jurisdictionis”, del juez natural y de radicación, valorando, además, la capacidad operativa de los tribunales comprometidos para no vulnerar la dimensión temporal del debido proceso y de la defensa en juicio”.

El Tribunal volvió sobre el tema al resolver el 9 de agosto de 2006 la causa “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. n° 4172/05), como derivación del análisis de los límites de la competencia del máximo tribunal local.

Leemos en el voto de la Dra. **Ana M. Conde** en autos:

“Con dicho fundamento y hasta tanto no quede constituida la justicia local, este Tribunal asumió, en forma excepcional, competencia para intervenir como Tribunal de Superintendencia. Ello por cuanto los jueces de la Ciudad tenemos el mandato constitucional expreso, permanente e irrenunciable del Pueblo de la Ciudad, para que en su nombre y representación agotemos 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 (art. 6 CCBA). Por esta razón y teniendo en cuenta que al día de la fecha la Ciudad cuenta con un Poder

Judicial diezmado, con escasas competencias jurisdiccionales a pesar de lo que ordena en forma absolutamente clara el art. 129 CN, y —en lo que nos interesa— sin una Justicia en lo Civil que pueda desempeñarse como Tribunal de Superintendencia del Notariado, es necesario que este Tribunal Superior de Justicia ocupe dicho rol en forma transitoria, y de esta manera lograr que la Ciudad pueda ejercer el poder de policía y asumir una función —el control del notariado local— que le es propia. En conclusión, si bien la competencia de este Tribunal está taxativamente delimitada por el art. 113 CCBA, esta norma debe ser interpretada armónicamente con el resto del texto constitucional —específicamente con el art. 6 de la Carta Magna local—, y de forma compatible y promotora del proceso de consolidación institucional —en lo que nos interesa, el armado de la Justicia local—. Es que el Tribunal Superior de Justicia es consciente del sensible rol institucional que ocupa, y debe realizar las acciones necesarias para favorecer el afianzamiento de la autonomía local, obviamente sin exceder las facultades que le son propias. Sin embargo, es cierto que es tiempo que la situación precaria existente en la materia de superintendencia del notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se revierta, cobrando vigencia el diseño constitucional previsto por los representantes del pueblo en el año 1994 (art. 129 C.N.). Cuando ello se concrete, lo que como juez del superior tribunal de justicia de esta Ciudad aspiro que ocurra en un

lapso breve, cesarán las causas que motivan la actuación excepcional de este Tribunal”.

En el mismo fallo, el Dr. **José O. Casás**, sostuvo:

“Tal como lo señala en su voto mi colega la doctora Ana María Conde, toda interpretación que se formule de la competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad debe realizarse de modo armónico con el resto de la Carta Magna local y, específicamente, con su art. 6º que, en términos ineludibles, predica: 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 CN”.

Al dictarse sentencia el 11 de diciembre de 2003 en autos “Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Laguna, Guillermo Mario c/ GCBA y otro s/ daños y perjuicios (excepto resp. médica)” (Expte. n° 2330/03), en su voto, la Dra. **Ana M. Conde** afirmó:

“La razón de que la transferencia de los jueces nacionales de los fueros ordinarios al Poder Judicial local no se haya verificado y que se encuentre suspendida en la actualidad, argumento postulado por el Procurador General de la Nación, no resulta atendible para determinar la incompetencia de la justicia local. Efectivamente, la circunstancia de que el traspaso de la justicia ordinaria al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, como estructura institucional, se encuentre pendiente, no es lo mismo que sostener que los jueces locales –frente a un caso concreto planteado ante sus estrados, que encuadra dentro de la definición de causa contencioso-administrativa prevista en la ley 189– no tienen competencia para resolver litigios en los cuales se debe aplicar la ley común. Dicha competencia la detentan en función de lo dispuesto en los arts. 129 CN y 106 CCBA, más allá de lo dispuesto por la Ley 24.588 en cuanto a la competencia de los fueros ordinarios de la Capital Federal, que no modifica ni puede modificar una atribución conferida a la

Ciudad de Buenos Aires por el constituyente nacional. El que no se haya hecho efectivo el traspaso de las competencias de la Justicia Nacional a la de la Ciudad no puede ser un argumento válido para negar la competencia de esta en cuestiones comprendidas dentro de su esfera de autonomía y de jurisdicción. Si admitimos tal argumento, aceptaríamos también que el Gobierno federal avasalle la autonomía local por el simple expediente de no cumplir con ese traslado, lo que es inadmisibles desde el punto de vista jurídico”.

En fallo del 27 de agosto de 2009, dictado en autos “Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/ inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–’” (Expte. n° 6397/09), interpretando el art. 8 de la Ley 24.588 a partir del análisis de la eventual competencia del fuero local en la investigación de un delito, los Dres. **Ana M. Conde**, **José O. Casás** y **Luis F. Lozano**, en conjunto, manifestaron:

“En tal sentido, si bien el uso de fórmulas sacramentales no es exigible cuando el Congreso legisla, no puede presumirse un interés federal ilimitado en relación con el ámbito regulado por el art. 8 de la Ley n° 24.588. Para que dicho precepto legal opere como un límite a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad deberían estar en juego delitos que comprometan, de acuerdo a una decisión expresa del legislador, algún interés federal o aquellos otros delitos cuyo juzgamiento se reservó mediante esa norma”.

En el sentido que se viene exponiendo se pronunció el Tribunal en fecha 13 de junio de 2014 en autos “GCBA y otros s/ otros procesos incidentales s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. n° 9988/13), ya citado, al resolver una cuestión de conflicto de competencias.

En opinión de la Dra. **Ana M. Conde**:

“... el plexo normativo que brinda una solución al presente conflicto no es el CPCC de la Prov. de Bs.As. ni el CCAyT de la Ciudad de Bs.As. –normas que fijan criterios de asignación de competencia entre los distintos fueros y tribunales dentro de cada jurisdicción, y por ende no rigen conflictos

interjurisdiccionales como el presente—, sino la Constitución Nacional, más precisamente su art. 129, que consagró expresamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Dicha autonomía, en el plano institucional, consiste en la potestad de darse sus propias instituciones —entre las que se encuentra el Poder Judicial— y regirse por ellas (conf. arts. 5 y 122 CN). Ello implica, entre otras cosas, que el Estado porteño solamente puede ser demandado ante los tribunales del Poder Judicial de la Ciudad, o bien de la Nación —en caso que se constate algunos de los supuestos de competencia federal—. Lo que no puede ocurrir es que la Ciudad sea demandada ante los tribunales ordinarios de otra provincia, porque ello implicaría colocar a la Ciudad en una situación de inferioridad y/o subordinación respecto de las demás provincias. En otras palabras, en la causa se pretende atribuir responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados —entre otras causales— de la invocada “falta de servicio” en que habría incurrido un órgano del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, lo que constituye una materia de derecho público regulada por el derecho administrativo local y, por ende, es del resorte exclusivo del Estado porteño conocer en dicha temática, aunque se invoquen o apliquen de manera subsidiaria disposiciones de derecho común o principios generales del derecho [conf. doctrina de la CSJN en “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios” (sentencia del 21/03/2006, Fallos 329:759)].

Concluyendo más adelante que *“por aplicación del art. 129 CN (y cc.) y de la doctrina sentada por la CSJN en la causa “Barreto”, la intervención en el proceso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —en carácter de demandado— obliga a que este proceso se sustancie y resuelva ante los tribunales judiciales porteños, máxime teniendo en cuenta que la causa versa sobre una materia de derecho público local — pues se ventila la presunta “falta de servicio” de órganos estatales—”*.

En el mismo caso el Dr. **Luis F. Lozano** observó que *“el fundamento de orden constitucional que lleva a idéntica atribución de competencia*

a los jueces de la Ciudad, es que la CABA tiene poder jurisdiccional propio que la Constitución Nacional reconoce (conf. art. 129)”. Aclarando asimismo que:

“Llevar al GCBA a litigar ante jueces de la Provincia de Buenos Aires atenta contra la autonomía institucional que la CN le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires. De ese modo se estaría violando la regla según la cual un estado soberano no puede someterse a los tribunales de otro estado, solamente a uno que esté por sobre ambos. Se estaría anulando uno de los aspectos centrales de la autonomía política que tienen todos los estados que forman parte de un estado federal (conf. CSJN, voto en disidencia de la Dra. Argibay, adhesión del Dr. Zaffaroni en la sentencia dictada en los autos “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Tierra del fuego, Provincia de s/ cumplimiento de contrato y cobro de pesos”, del 18/12/07). En ese entendimiento, en el que se equiparan las comunidades políticas que organizan los gobiernos de provincia y el gobierno autónomo de Buenos Aires, no parece posible que alguna de ellas tuviere mayores poderes que las restantes, ello rompería el principio de la soberanía del pueblo al nivel nacional. En definitiva, lo que se busca es que las potestades que el art. 129 le reconoce a la CABA como propias no sean alienadas por un acto que proviene de personas que están todas sometidas a la Constitución Nacional”.

La tesis, en esa oportunidad, fue respaldada en el voto del Dr. **José O. Casas**, quien afirmó:

“En este sentido, tal como destacan mis colegas, dado que esta controversia remite a una cuestión propia del derecho público local, es resorte exclusivo de esta jurisdicción conocer en asuntos de esta naturaleza aunque eventualmente se invoquen o se apliquen de manera subsidiaria disposiciones del derecho común o principios generales del derecho (conf. CSJN *in re*: “Fiorito, Omar Horacio y otro c/ Buchbinder, Marcos y otros s/ daños y perjuicios”, Registro del Alto tribunal: Competencia n° 118. XLIII, sentencia del 11 de marzo de 2008, entre otros).

De lo contrario, se podría en vilo la autonomía de la Ciudad, consagrada en el art. 129,

párrafos 1º y 2º, de la CN —en particular, la prerrogativa jurisdiccional que le asiste— y reconocida en la Ley n° 24.588, que en su art. 8, 2º párrafo, establece: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia (...) contencioso-administrativa (...)”, y se resentiría el sistema federal adoptado por nuestra CN que asegura el respeto de las autonomías locales”.

Ejerciendo su competencia como Tribunal de Superintendencia del Notariado, en autos “Fiscalía Criminal de Instrucción n° 4. Escribano Trono, Blanca María Marcelina s/ solicita en causa n° 14908 carat.: “Trono, Blanca María M. y otros s/ defraudación”; y su acumulado expte. n° 4654/06 “Colegio de Escribanos. Escribano Trono, Blanca María Marcelina s/ inspección complementaria protocolo año 2004 e integral protocolo año 2005” (Expte. n° 4413/05), fallo del 25 de junio de 2007, se recordó que *“el ordenamiento que estatuye las leyes reguladoras de la función notarial es de orden local y las sentencias que lo aplican son irrevisables en la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley n° 48 (Fallos: 274:350; 281:140). El respeto de las autonomías locales requiere que se reserve a los jueces de la jurisdicción las causas que versan, como en el caso, sobre aspectos propios de la jurisdicción local (Fallos: 292:625)”*.

4.4. La autonomía da sustento a la facultad de organizar las propias instituciones.

En fecha 27 de febrero de 2008 en autos “Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Metrovías S.A. c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos’” (Expte. n° 5449/07), en voto de la Dra. Ana M. Conde, el Tribunal reivindicó la facultad de la Ciudad de Buenos Aires de disponer respecto de la organización de sus propias instituciones, como consecuencia del principio de autonomía.

Se dijo entonces que “tanto la ley especial (Ley 210) como las leyes generales (Leyes 7 y 189) le confieren competencia a la Justicia Contencioso Administrativa local para entender en aquellas causas en las que se cuestionan decisiones del Ente Único Regulador de Servicios Públicos, y ello es conteste con la forma de estado federal

consagrada en la CN (art. 1 CN) y el respeto a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 CN), disposiciones en virtud de las cuales aquellos actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía. Añadiendo que “luego de la firma del contrato de concesión (el 25/11/1993), fueron dictadas la reforma de la CN (en 1994) y la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en 1996), que operaron un cambio fundamental en el esquema federal, con la consagración de la autonomía porteña”, y que “ello significó conferirle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la facultad de organizar sus propias instituciones, y en tal sentido creó su Poder Judicial y le precisó el ámbito de su competencia, entre la que se encuentra entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos”.

4.5. La operatividad plena del principio de autonomía se verifica en materia de potestades tributarias.

El Tribunal ha manifestado en sucesivos precedentes que las potestades tributarias de la Ciudad de Buenos Aires son consecuencia del principio de autonomía.

En autos “Jockey Club Argentino s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘GCBA c/ Jockey Club Argentino s/ ejecución fiscal – otros’” (Expte. n° 4590/06), fallo del 13 de septiembre de 2006, voto de la Ana María Conde se ha observado : *“En efecto, en virtud de la autonomía de la que gozan las provincias (arts. 121 y ss. CN) y la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 CN), que también se traslada al aspecto tributario, cada jurisdicción local puede ejercer su poder de imposición gravando los hechos impositivos que ocurren dentro de sus límites territoriales, sin alterar —obviamente— las limitaciones y distribución de facultades que realiza la CN”*.

En la misma oportunidad el Dr. **Luis. F. Lozano** rescató el alcance de *“la autonomía del estado Ciudad de Buenos Aires, con*

competencia propia en materia de legislación tributaria (art. 129, Constitución de la Nación) y la vigencia en el derecho argentino del principio de territorialidad de las leyes”.

En la misma línea, sostuvo la Dra. **Ana M. Conde** en autos “Administración General de Puertos c/ GCBA s/ recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114 Cod. Fisc.) s/ recurso de apelación ordinario concedido” y sus acumulados expte. n° 5372/07 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Administración General de Puertos c/ GCBA s/ recurso de apel. jud. c/ decis. DGR (art. 114 Cod. Fisc.)’” y expte. n° 5250/07 “GCBA s/ queja por recurso de apelación ord. denegado en: ‘Administración General de Puertos S.A. c/ GCBA s/ recurso de apelación judicial c/ decis. DGR (art. 114 Cod. Fisc.)’” Expte. n° 5374/07), fallo del 20 de febrero de 2008 :

“Se desprende del régimen autónomo consagrado en el art. 129 CN, y de las potestades legislativas en materia fiscal y tributaria reconocidas a la Legislatura porteña en los arts. 80 inc. 2° y 81 inc. 9 CCABA, que la Ciudad de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto a las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el artículo 75, inc. 2°, de la Constitución Nacional. Aún cuando se intentara adoptar una postura restrictiva de la autonomía, ella no encontraría —en este punto— sustento ni en la Ley 24.588, que en

su art. 8 reconoce expresamente el ejercicio por los órganos del gobierno local de las facultades tributarias a las que alude, ni en la propia tradición histórica, ya que anteriormente a la reforma constitucional de 1994 el Congreso Nacional, en uso de sus antiguas facultades como legislador local, había regulado la prescripción de las acciones y poderes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para determinar y exigir el pago de los impuestos y demás contribuciones integrantes de su sistema rentístico, mediante la Ley 19.498. Y dentro del ejercicio de las potestades tributarias autónomas es lógico que la normativa local pueda regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad, entre otros factores”.

En fallo del 2 de octubre de 2008, dictado en autos “Aguas Argentinas SA c/ GCBA sobre otros procesos incidentales s/ recurso de apelación ordinario concedido” y su acumulado expte. n° 5811/08 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Aguas Argentinas SA c/ GCBA sobre otros procesos incidentales’” (Expte. n° 5432/07), la Dra. **Alicia E. C. Ruiz** afirmó : “Por fin, tal como lo advierte el demandado, la impugnación de un tributo local debe ser resuelta por los tribunales de la jurisdicción del gravamen que se cuestiona. Se trata del ejercicio legítimo de las competencias que corresponden a los tribunales de la Ciudad por aplicación del principio de autonomía. La sentencia atacada que, como ya se ha mostrado, carece de

“En este proceso está discutida la facultad de la Ciudad de ejercer su poder de policía sobre el predio donde funciona el Hipódromo de Palermo. Cabe aclarar que, en este caso, la Ciudad no intentó controlar la existencia o validez de permisos expedidos por autoridades locales para explotar juegos de azar o recibir apuestas, objeto del contrato de concesión nacional. El Gobierno local tampoco pretendía analizar cuestiones referidas a presuntos incumplimientos del contrato de concesión. Como explicaré a continuación, estas son las razones básicas para convalidar la competencia local en la causa”.

fundamentos válidos para desplazar la competencia a la justicia nacional, afecta injustificadamente la autonomía porteña consagrada en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

En la misma oportunidad, en su voto, el Dr. **Eduardo Angel Russo** afirmó: “De conformidad con estas citas de nuestro más alto tribunal surgen claramente las potestades públicas respecto de la percepción de los tributos y la prevalencia de la competencia y jurisdicción local para entender en los conflictos que se susciten en su consecuencia. Esta conclusión resulta aplicable a Ciudad ya que se tratan en el caso de impuestos locales en uso de sus prerrogativas de legislación y jurisdicción otorgadas por el artículo 129 de nuestra Carta Magna (ver mi voto in re “GCBA contra Ferrocarriles Argentinos Bme. Mitre sobre Ej. Fisc. - radicación de vehículos”), Expte. EJM 61722 / 0, Sala II CCyT, sentencia del 26/08/2003”.

4.6. Las potestades atinentes al poder de policía encuentran respaldo en el principio de autonomía.

Así lo ha reafirmado el Tribunal Superior de Justicia en el pronunciamiento de fecha 10 de junio de 2009, en autos “Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Hipódromo Argentino de Palermo SA s/ inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección’ (Expte. n° 6258/08).

Leemos en el voto del Dr. **Julio B. J. Maier**:

“En este proceso está discutida la facultad de la Ciudad de ejercer su poder de policía sobre el predio donde funciona el Hipódromo de Palermo. Cabe aclarar que, en este caso, la Ciudad no intentó controlar la existencia o validez de permisos expedidos por autoridades locales para explotar juegos de azar o recibir apuestas, objeto del contrato de concesión nacional. El Gobierno local tampoco pretendía analizar cuestiones referidas a presuntos incumplimientos del contrato de concesión. Como explicaré a continuación, estas son las razones básicas para convalidar la competencia local en la causa”.

“El art. 129 de la CN establece los límites a la autonomía de la Ciudad, en los siguientes términos: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación” (art. 129, primer párrafo, CN). Es decir, esta norma solo limita especialmente la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales que cumplen tareas de gobierno en este mismo territorio”.

“El recurrente parece entender que dicha regla —leída en conjunto con el art. 75, inc. 30, que regula el ejercicio del poder de policía sobre los establecimientos de utilidad pública nacional— recortó las facultades de control locales sobre el predio que explota hasta anularlas casi por completo. De allí que propone —conforme su interpretación del art. 6 de la ley nacional n° 24.588— que la Ciudad celebre convenios con Lotería Nacional SE para poder inspeccionar el predio (ibueno sería que el GCBA tuviera que convenir con un organismo nacional cada vez que desea inspeccionar un predio!)”.

“La facultad de las autoridades locales de ejercer el poder de policía en materia de salubridad, seguridad y moralidad fue admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 301:1053, y sus citas, y cf. “Unión Transitoria S.A. y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 1268/01, sentencia del 17/09/02, en Constitución y Justicia, Fallos TSJ, t. I, ps. 355 y ss.; t. II, ps. 329 y siguientes). Se ejerce, además, en todo el territorio de su jurisdicción, incluso en los establecimientos de utilidad nacional situados en las provincias y municipios (art. 75, inc. 30, CN). Por el carácter local de las potestades de regulación, fiscalización y sanción en materia de salubridad, seguridad, etc., y porque esas potestades correspondían a la ex Municipalidad de Buenos Aires, el poder de policía y la actividad administrativa de policía involucrados en este caso

no corresponden al ámbito de intereses del Estado nacional en el territorio de la Ciudad, preservados por la Ley n° 24.588. Una interpretación distinta debería aceptar que el art. 129 de la CN adjudicó al Gobierno central una competencia de la que antes carecía como autoridad federal (ver “Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Asociación Vecinal Belgrano ‘C’ Manuel Belgrano y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo”, expte. n° 1201/01, sentencia del 10/09/03 en Constitución y Justicia, Fallos TSJ, t. V, ps. 551 y siguientes”).

“Sin poder de policía no tendría sentido la autonomía prevista en el art. 129, CN. Una interpretación que asigne al Estado nacional el control sobre el cumplimiento de reglas de salubridad, higiene, seguridad, edificación, etc. sobre el predio —control que, por otra parte, llevaría a cabo un cuerpo de inspectores que realmente ignoro si existe en el Estado nacional— no es admisible. Sobre el predio en cuestión existen facultades concurrentes entre la Ciudad y el Estado federal: el GCBA sobre las condiciones de seguridad del predio, entre otras, y el Estado nacional, en su carácter de concedente de la explotación, sobre el cumplimiento del contrato de concesión. De otro modo —esto es, si el GCBA no pudiera ejercer el poder de policía sobre el hipódromo— podríamos llegar al absurdo de permitir que HAPSA construya sobre el predio sin contemplar las reglas de edificación locales, o autorizar actividades riesgosas prohibidas en la Ciudad (depósito de residuos peligrosos, actividades industriales contaminantes, etcétera). Este es, entonces, el motivo principal por el que propongo rechazar el recurso de inconstitucionalidad”.

4.7. La autonomía requiere Registros propios. Un ejemplo de “limitación castrante”.

Lo ha destacado el Tribunal Superior en autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “GCBA c/ Sr. Propietario

s/ ejecución fiscal” (Expte. n° 3374/04), fallo del 18 de mayo de 2005.

En su voto, el Dr. **José O. Casás** ha manifestado que: “—a diferencia de lo que ocurre con las veintitrés provincias argentinas—, se ha retenido inexplicablemente fuera de nuestra jurisdicción, por la limitación castrante del art. 10 de la Ley n° 24.588, el Registro de la Propiedad Inmueble local, con un palmario menoscabo a la autonomía que se le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires, a texto expreso, por el art. 129 de la CN; más aún, cuando resulta manifiesto que en nada se comprometerían los intereses nacionales de procederse a una adecuada localización de tal Registro en el ente público territorial local. En estas circunstancias, esta información crítica —titularidades de dominio—, imprescindible desde el punto de vista fiscal, se hace depender de la actuación de un tercero —el Estado nacional—, en detrimento incuestionable de la celeridad de actuación y percepción ágil de una de las principales fuentes de renta pública de nuestra jurisdicción”.

5. Conclusiones.

La justicia de la Ciudad de Buenos Aires, a partir —fundamentalmente— de los fallos de su máximo Tribunal, se ha pronunciado categóricamente a favor de la defensa de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

La lectura de los precedentes que informan la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia, confirman la trascendencia institucional del principio de autonomía, en referencia concreta al status de la Ciudad de Buenos Aires.

Un principio que en rigor excede los intereses de la Ciudad de Buenos Aires y se constituye en un instrumento idóneo para la articulación de las jurisdicciones —Nación, provincias y Ciudad de Buenos Aires—, y el tránsito hacia el pleno desarrollo institucional de la República.

CLASE MAGISTRAL

FERREYRA: ELEMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Con el título de “Breve manifiesto sobre el Estado constitucional” el catedrático de la UBA expuso al ser distinguido como “Doctor Honoris Causa” por el Centro de Ensino Superior de São Gotardo (Minas Gerais-Brasil)*

RAÚL GUSTAVO FERREYRA

I. Apertura

Antes de ahora he emprendido una investigación y una reflexión sobre el Estado constitucional en América del Sur. Quizás exista una “matemática del espíritu, cuyas leyes terribles no son tan inviolables como las que rigen las combinaciones de los números y de las líneas”.¹ Aunque el Derecho que emerge de las constituciones, ciertamente, no habita en la precisión de ninguna de las matemáticas ni en las espirituales ni en las no espirituales.

La tarea, por tanto, ha sido terminada, con madurez creciente e imperfecciones fruto genuino de la ambigüedad, policromía y vaguedad del Derecho, que se transmite al Derecho constitucional. El texto se encuentra en prensa y será publicado en 2015 y llevará por título *Manifiesto sobre el Estado constitucional. Raíces y razones de la mancomunidad estatal*. Una pieza extensa, de más de 150 páginas.

Dado el homenaje que me brinda el *Centro de Ensino Superior de São Gotardo, Estado de Minas Gerais, República Federativa del Brasil*, he decidido adelantar estas letras que componen la *Lectio*, en señal de fraterna colaboración

científica. Juzgo interesante adelantar las ideas de la contribución indicada en el párrafo anterior; especialmente “ajustadas” para esta eminente ocasión, aun a sabiendas de que se corra algún riesgo, quizá por no estar en el marco del texto completo. Entonces llamo a esta contribución “Breve...”, que incluye, naturalmente, las ideaciones principales recogidas en la versión *in extenso*. No pretendo su “soberanía”; me contentaré con una adecuada “autonomía”.

II. Afirmación capital

La tesis pura de este “Breve manifiesto” es la siguiente: **llámase “Estado constitucional”² a todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y población) y dos elementos constituyentes no naturales (poder y Constitución); uno de estos últimos es el “artificio fundamental”, la suma regla suprema del orden estatal, cuya estabilidad y perdurabilidad se intenta establecer con hegemonía suficiente. En el Estado constitucional todo el Derecho del Estado debe ser Derecho genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo.**

* *Lectio doctoralis* pronunciada el 21 de noviembre de 2014 con motivo de la recepción del doctorado honoris causa por el Centro de Ensino Superior de São Gotardo, Minas Gerais, Brasil. Contribución dedicada al maestro Profesor Doctor Paulo Bonavides.



El ámbito de reflexión y de escritura se encuentra en la Argentina y dentro del marco de ordenación prescrito por el sistema de su “Constitución federal”, pero con vocación para desarrollar, genuinamente, inferencias que, más temprano que tarde, sean susceptibles de tipificar aspectos sobre la “identidad” del constitucionalismo en América del Sur. **La concepción de la Constitución como cuarto elemento del Estado significa un “programa”,³** aunque su comprensión teórica y su consecuente concreción empírica, en este momento, no se orienten de modo directo hacia una laboriosa edificación de una “identidad constitucional sudamericana”, cuyo

peso relevante o criterio rector residiese, eventualmente, en el discurso público originado por el Derecho de la Constitución.

III. La Constitución, cuarto elemento del Estado

La Constitución no es un ente mundano aislado. Puede aislarse para su estudio dogmático; es decir, comprender, desde una perspectiva interna, su entidad y describir sus propiedades. Sin embargo, ella desempeña su tarea, con mayor o menor eficacia, con mayores o menos logros, dentro del ente estatal. Por consiguiente,

también existe un enfoque externo: el propio modo en que la Constitución se da, se presenta, se relaciona, en fin, reglamenta y fundamenta al mundo de los elementos del Estado; o el Estado a secas. Porque construir constitucionalmente al Estado no es tarea sencilla. Por eso, las orientaciones conceptuales sobre “organizarlo u ordenarlo” –siempre con rol fundamental– no son una mera cuestión de fe o de vocabulario: siempre se encuentran abiertas a delimitación y discusión crítica.

Los elementos del Estado siguen siendo el territorio, la población y el poder; sin embargo, tratándose de la arquitectura del poder y el deslinde entre autoridad y ciudadanía, con semejante sustantividad, la Constitución se incorpora como cuarto y nuevo elemento al sistema. La concepción de la Constitución como cuarto elemento significa un programa que se presenta –en la Argentina y, eventualmente, para América del Sur en pos de un nuevo modelo de integración real– y se intenta desarrollar paso a paso, porque no pretende privar de “fuerza expresiva” a la elemental trilogía de constituyentes del Estado.⁴

En particular, el Estado argentino se encuentra fundamentado constitucionalmente por la suma regla más antigua de las sudamericanas que gozan de vigencia. Al igual que todos los Estados de América del Sur, la Argentina “ordena” su vida “estatal” por intermedio de una Constitución. En el caso de la Argentina, el artificio fue inventado en 1853 e impuesto desde entonces. La Constitución nació a mediados del siglo XIX en el marco de un débil, fragmentado y casi inexistente contractualismo comunitario; sin embargo, transcurridos más de 160 años, sus determinaciones abstractas, abiertas y concisas, amén de sus reformas, la han convertido en un bien comunitario indispensable (mejor dicho: “un bien jurídico de naturaleza colectiva”)⁵ para que cada individuo pueda diseñar el plan de vida que le plazca y desarrollarlo, reformarlo, con total libertad, sin interferencias. En principio, no existe otro “Estado” que no se encuentre “constituido” por la respectiva “Constitución”. ¡No debería existir vida estatal fuera de la “Constitución”, pero existe! Aunque también se yergue un derecho estatal fuera de la Constitución, aquí no hay espacio para su detallado tratamiento.⁶

IV. Las reglas constitucionales

Elegir al artificio constitucional como fundamento del Estado constituye una determinación política. Se adopta con antelación a la arquitectura estatal y se funde con sus fines. Por dicha razón, al desenvolverse la elección señalada se “opera” entre la decisión política y la propia arquitectura del sistema “una relación circular” que rige “toda la construcción” futura.⁷

“Fundamento” se utiliza en varios sentidos y en múltiples contextos. Por amor a la claridad conceptual, entre la variopinta gama de significados, indico, a continuación, los elegidos. Así, “fundamento” en tanto “raíz” y “fundamento” en tanto “razón” son los senderos escogidos, en coincidencia con algunas de las alternativas lexicográficas. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su raíz, porque toda la construcción jurídica de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada, soportada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la Constitución, o cuya validación esta autoriza. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su razón, porque la validez jurídica de todo el Derecho de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar explicada, justificada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la Constitución, o cuya validación esta autoriza.

La fundamentación constitucional del Estado se cumple o puede cumplirse por intermedio de cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción.

Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva, o reglas de realización relativa. Además, se asume en este texto que no existen diferencias ontológicas o estructurales entre los principios y las reglas que emanan de las normas constitucionales; las desemejanzas entre las unas y los otros son más bien de estilo, pese a que desde el punto de vista de la literatura jurídica, en general, se prefiere “regla”. Bien entendido: que en toda obra literaria son esenciales el estilo y las ideas.⁸

Entonces, estos cuatro principios o reglas que emanan de la Constitución pueden ser descritos como de terminación inacabada, porque por su

intermedio se pretende fundamentar la regulación del Estado o la limitación de su inherente poder.

En su etapa de fundamentación estatal cada uno de estos principios o reglas constitucionales se desenvuelve activamente, ya sea para configurar una raíz, o ya sea para justificar una razón. Son “materiales estructurales”, “pilares”, o mejor, “elementos de la arquitectura del interior del Estado” emplazados positivamente, puestos en la Constitución. Sin embargo, para mantener incólume el rigor analítico, se prefiere agruparlos en dos órdenes, exactamente parejos a los “fundamentos constitucionales”. Más específicamente, pues, la regla sobre la variación o cambio y la regla sobre la subordinación caen dentro del marco de los fundamentos constitucionales, observados como raíz. En cambio, la regla sobre la distinción y la regla sobre la acción se corresponden, o mejor dicho, son la manifestación de los fundamentos constitucionales, apreciados, en este caso, como razón o justificación para el ejercicio de la fuerza estatal. Estos principios o reglas que surgen constitucionalmente observan el siguiente contenido.

IV.1. Primera regla: sobre la subordinación

Una de las definiciones fijadas por el Diccionario de la Real Academia Española sobre “subordinación” – “Sujeción a la orden, mando o dominio de alguien” – deja constancia semántica precisa de cuanto se discute. En efecto, en el “Estado constitucional”, la subordinación del ente a la ordenación fundamental determinada por la Constitución liga con decisión intransigente el propio concepto de Estado.

La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la Constitución dispone, (supremacía normativa; relación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos –DIDH–; control de constitucionalidad y rigurosa juridicidad) persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos sobre la determinación del campo dominado por el Derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas.

Los ciudadanos y los servidores públicos deben realizar el Derecho de la Constitución.

La normatividad de los desarrollos de cada uno de los despliegues de la regla sobre la subordinación del Estado al Derecho constitucional debería hallarse, en general, fuera de discusión. No corresponde juzgar a la regla ni a sus despliegues específicos como mera exhortación ni baños de moralidad. Con los alcances de sus prescripciones jurídicas, inevitablemente, hacen presuponer o representar que la certeza en el mundo estatal –pasado, presente y sobre todo porvenir– queda afianzada, se encuentra ligada, en fin, subordinada a una regla artificial: la Constitución, que no tiene nada de orden metafísico. **La certeza siempre es “...certeza de alguien respecto de algo”;⁹ en nuestro caso, nada más y nada menos que del hombre sobre el orden jurídico que fundamenta al Estado.**

IV.2. Segunda regla: sobre la variación

La Constitución contiene una certidumbre: que su escritura metódica solo podrá ser expandida, contraída o revisada, por el propio proceso detallado en su texto. Autoriza un solo lenguaje posible, por intermedio de un modelo autorreferente. El propio proceso de su cambio formaliza, sin temores, que la Constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como epístolas inútiles.

De este modo, el artificio constitucional arraiga y afianza la estructura del Estado, al permitir el cambio de la regla suprema, que no es la copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la Constitución. Me refiero al proceso real que cada orden jurídico regula y establece con sus propios matices, pero que en todos ellos participan los ciudadanos al elegir sus representantes y, en modo eventual, aprobar las normas elaboradas por el órgano constituyente, como así también la determinación de los órganos constitucionales y constituyentes determinados, de manera respectiva, para proceder a la variación normativa. Justificadamente, pues, la reforma configura un fundamento notable que sustenta la certeza en la edificación continua del orden jurídico del Estado.

La Constitución es una entidad mundana; no debe ser ídolo de ilustración ni ser juzgada como

el producto inalcanzable de personas sabias o no sabias, que en su mayoría han muerto. No obstante, cualquier variación debe seguir, detalladamente, el protocolo establecido en la propia letra constitucional. Fuera de la canalización dispuesta en la Constitución, no hay cambio autorizado.

La autoridad creada por la Constitución no debe disponer cambios fuera del proceso político y jurídico prescrito en la suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los hombres. Arraigar, entonces, el cambio constitucional a un proceso clave e indisponible consagrado, en modo autorreferente, también confiere certeza en las relaciones humanas.

IV.3. Tercera regla: sobre la distinción de funciones

Para construir un edificio es necesario que un arquitecto diseñe los planos; luego, que los obreros y los técnicos se ocupen materialmente de la edificación. Para escribir una novela o un mero relato resulta menester conocer la gramática o tener presente, acaso, que quienes lean el texto deben compartir el código escrito por el autor. Para construir y mantener jurídicamente a esa personalidad colectiva que se apoda “Estado”, inevitablemente, unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas, ya sea por leal convicción, o por otro motivo que influya y determine el estado de dominación. **El poder es el primer elemento no natural del Estado. Poder entendido como competencia atribuida a órganos del Estado en los que reside la capacidad para mandar o la facultad para dar órdenes, generar permisos o instalar prohibiciones.** El poder es una cuestión fundamental en el Derecho de la Constitución que ordena al Estado, con otra orientación, desde luego, pero con igual importancia que la libertad, que es la otra cuestión o materia fundamental.

La división de los poderes estatales tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas. Se trata de impedir la concentración de los poderes. El

fraccionamiento del poder del Estado constituye un formidable escudo de protección para la libertad de los habitantes.

En términos constitucionales, el poder se distingue en “constituyente” y “constituidos”: **Derecho constituyente y Derecho constituido.** La Constitución es producida y concretada en los “momentos constituyentes”; el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el Congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente, por el Poder Judicial.

La división horizontal del poder tiene lugar en la casa republicana: departamentos precisos que se encargan de la producción o realización del Derecho. La atribución de competencias comporta la existencia de zonas de reserva o, mejor dicho, potestades específicamente descritas, que no deben ni pueden ser invadidas por otro órgano, so pena de sanción. Ciertamente: **existen ámbitos de competencias concurrentes, por ejemplo la formación de la ley, que es un acto entre el órgano Congreso y el órgano Ejecutivo;** pero, aun en dicho caso, cada órgano tiene una competencia propiamente asignada e indelegable. Todos los Estados de América del Sur adoptan el modelo republicano, sin equivocaciones. En el caso de la Argentina, se trata de un modelo tripartito, con un órgano extrapoder –el ministerio público– desde 1994.

La división vertical del poder tiene lugar ya sea por la vía del federalismo o del unitarismo; Brasil y la Argentina, por ejemplo, son modelos auténticamente federales, si acaso nos guiamos por la letra constitucional. En la Argentina, el grado de descentralización alcanza al Estado federal, también a 24 entes federados y, luego, a los municipios.

La división del poder, en el Estado constitucional, constituye la regla organizativa fundamental. Al mismo tiempo, se ha observado que si la premisa antropológica es la “dignidad humana”,¹⁰ su consecuencia organizativa debe ser la democracia. Desde que no existe democracia sin división del poder, entonces, la vinculación es evidente. En los términos postulados, la regla sobre la división del poder justifica la existencia del Estado constitucional.

IV.4. Cuarta regla: sobre la acción. Derechos fundamentales

Hay constituciones que, en tanto fundamento de “soporte” y de “validez” de los sistemas jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos.

Además, y aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad, donde se les concibe no solo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, formal y no materialmente, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal.

Esta proposición implica la comprensión global de las complejidades que muestran las realidades configuradas por esos órdenes. No apareja el abandono de la proposición que señala que la actividad dogmática jurídica consiste en describir el estado de cosas que el Derecho configura y determina. Naturalmente, esta demarcación o determinación jamás puede ser completa.

Resulta casi imposible que la Constitución pueda determinar todas las orientaciones de su realización. **En el Estado constitucional, la eliminación radical del ámbito de la discrecionalidad es insuperable; la discrecionalidad es un rasgo dominante de la especie humana.**

La Constitución federal de la Argentina, por caso (básicamente: Primera Parte, Capítulo Primero: “Declaraciones, Derechos y Garantías”; Capítulo Segundo: “Nuevos Derechos y Garantías”, y en la Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, Capítulo Cuarto: “Atribuciones del Congreso”, art. 75, inc. 22),¹¹ contiene una descripción del estado de cosas mencionado en los apartados anteriores, es decir, un estado de cosas deseado por el legislador constituyente sobre los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, pues, constituyen reglas o líneas significativas para la acción estatal y ciudadana.

En el cuerpo de la Constitución federal encuentran reglamentación los siguientes: derecho a

la vida, derecho de libertad, derecho de igualdad, derechos políticos, derecho de propiedad y función social, derechos sociales, derechos de incidencia colectiva y el contrato generacional ambiental; a esta composición de ocho voces se unen los “derechos no enumerados”; con igual jerarquía constitucional, al “noneto” de derechos descrito se vinculan, desde luego, los derechos cuya nomenclatura yace en los trece instrumentos que gozan de la mayor estatura jurídica en la Argentina. Unos (el “noneto” descrito en la Constitución federal) y los otros (descritos en los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia) congloban un nuevo sistema, el sistema de la Constitución federal de la Argentina. En su conjunto, intentan justificar el accionar del Estado y el de los ciudadanos entre sí.

V. Fundamentación constitucional del Estado

Uno. Los animales se encuentran en el mundo; probablemente sean “felices mientras tengan salud y suficiente comida”.¹² El hombre, en forma bien diferenciada y distinguida de aquellos, pretende la comprensión y segura observación mundana. El hombre, con la guía de su razón siempre imperfecta y el respaldo en su experiencia siempre susceptible de verificación, intenta ejercer y desarrollar cierto tipo de dominio sobre el mundo para que este sea, quizá, más acogedor y también objeto de transformación. La naturaleza, en suma, configura un mundo dado o presentado al hombre; este, con sus invenciones científicas o tecnológicas trata, en general, de mejorar las condiciones iniciales al construir otros “mundos artificiales”.¹³ El Estado, el Derecho y la Constitución son entes artificiales; también, naturalmente, la asociación que da lugar a la mancomunidad: “Estado constitucional”.

El orden natural, si acaso fuese tal, no requiere procesos de control, pero puede producir, ciertamente, situaciones de “encantamiento” al espectador o a quien realice o intente su comprensión. Por el contrario, el orden social, inventado por el hombre, sí requiere procesos de control. Sin embargo, las ordenaciones fundamentales desarrolladas por los artificios para el control social creados por él no deberían producir

encantamiento acrítico, porque al no ser objetos naturales siempre reflejan una serie de relaciones de fuerza, en constante cambio. Identificar la desigualdad de los hombres reviste tarea prioritaria en el examen del origen y desarrollo del Estado constitucional.

Dos. La naturaleza de la determinación fundamental sobre la construcción y arquitectura de un Estado constitucional responde a la política y a las relaciones de fuerza engendradas y que se ejercen, por eso, con suficiente hegemonía.

La definición sobre la arquitectura estatal tiene carácter preliminar; dicha determinación fundamental consiste en una resolución que la comunidad de ciudadanos adopta entre la pluralidad de alternativas que en la realidad se ofrecen. La aludida determinación fundamental, construida por los ciudadanos, en la inteligencia de que el pluralismo es la propiedad indisputable y señalada de esa asociación ciudadana, plantea los objetivos, traza el programa, genera el plan y los procesos; empero, la edificación jurídica del Estado constitucional mantiene con la determinación política iniciadora una relación que rige toda la construcción, y luego de su finalización aguarda, con firmes expectativas, su dominio.

Tres. Cada Estado tiene una historia detrás y cada historia estadual es única. Para la vida de los hombres una forma de ordenación es absolutamente necesaria para el control responsable de la paz, aunque esa forma no imponga necesariamente un Estado. Aunque se ha asumido que el término “Estado” fue introducido en la literatura por Maquiavelo en el siglo XVI y que Cicerón en el siglo I antes de Cristo ya había anunciado que “la cosa pública es lo que pertenece al pueblo”,¹⁴ en las líneas que anteceden la mancomunidad de individuos, cuya descripción es objeto de estudio, se corresponde con la reunión contemporánea constituida y expresada en pleno desarrollo del siglo XXI y su correspondiente gestión o realización pública.

Cuatro. Con respecto a la posición del Estado y sus elementos naturales, corresponde plantear claramente la función “escénica” que cumple el territorio. Al mismo tiempo, se adquiere un compromiso seguro con la ciudadanía real, antes que la meramente formal. Por fin, en relación con el poder, se describen sus dos presentaciones en el Estado constitucional, ora

como poderes constituyentes, ora como poderes constituidos.

El artificio constitucional constituye el cuarto elemento del Estado. Se ilustra un enfoque original: la conexión de la Constitución con el ente que fundamenta: el Estado. Las construcciones dogmáticas, en general, se detienen en la evaluación interna del objeto. Aquí, sin desdeñar dicha perspectiva de la Constitución, se la vincula en sus tareas de fundamentación, ya sea como raíz del orden jurídico estatal, ya sea como justificación del mismo orden.

Cinco. Significativamente, el Derecho que emana de la Constitución, o cuya validación ella con la más alta jerarquía promueve y protege, comprende el cuarto elemento, definido o caracterizado como fundamental del Derecho del Estado. Porque el poder, la energía para mandar y ordenar debe ser canalizada. El poder, canalizado con participación de los individuos que quedan sometidos al orden, arroja, como resultado, la Constitución. La dogmática sobre el Derecho constitucional resultante no puede configurar otro estado de cosas que una teoría del Estado constitucional.

Todo el Estado se encuentra constituido por la Constitución, porque ella canaliza, mejor dicho, envasa y contiene las determinaciones políticas fundamentales establecidas por los individuos que integran la comunidad estatal. Todo el Derecho del Estado debe ser Derecho autorizado por la Constitución. Existe una notable excepción: ciertos aspectos de la emergencia política, económica y financiera tienden a no calzar en la Constitución.

Pese a todas las ilusiones sobre la igualdad y la solidaridad, en el Estado constitucional, fundamentalmente, se comprende y experimenta la libertad. El mundo del Estado constitucional resulta el mundo de individuos que son o persiguen ser igualmente libres, porque, al fin y al cabo, la “historia del mundo es la historia de la libertad”.¹⁵

Seis. Que el Estado posea una Constitución para ordenarse o darse una Constitución para organizarse condensa la afirmación básica de esta lección, es decir: determinar la relación entre el ente comunitario y uno de sus constituyentes que traza y desarrolla sus “fundamentos”; dicho

de otro modo: la Constitución o los fundamentos constitucionales del Estado.

Siete. La Constitución, al fijar determinados procedimientos singulares, cumpliría la función responsable de la más alta alcurnia, atribuible a los procesos jurídicos: alentar la paz. Precisamente, en principio en el Estado constitucional, la Constitución cumple un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible de resolver con rasgos definitivos, se disuelve a favor de determinados procedimientos que subordinan la actuación estatal al Derecho de la Constitución.

También, en menor medida, cumple un rol sustantivo por intermedio de las líneas de acción contenidas en los derechos fundamentales, porque en este caso el desarrollo queda a cargo de la autoridad pública, inclinada muchas veces a invadir las zonas protegidas, en las que se encuentra obligada a abstenerse, o a mostrar inmovilidad u omisión en las zonas en las que se encuentra obligada a concretar prestaciones.

Una Constitución que “ordena” no compromete la idea de su realización completa y perfecta. Su falta de completitud o reducción es un defecto del proceso de la realización del Derecho constitucional en el Estado. Al mismo tiempo, su progreso resulta proporcional al real desempeño de la diada “libertad ciudadana” y “poder público”, siempre tensionados, por lo general, en desmedro patético de la primera.

Ocho. En el Estado ordenado u organizado con fundamentos en una Constitución, su constitucionalización nunca es cabal ni totalizadora. Las reglas constitucionales que fundamentan al mencionado Estado prescriben con bastante suficiencia: la subordinación certera de su orden jurídico, la autorización detallada para su cambio formalizado, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y notable literatura sobre la acción de sus derechos fundamentales; baste señalar, por ahora, que la descripción constituye el resultado de una previa comprensión analítica, que guarda para cada regla un rasgo básico o manifestación preferencial de su entidad propia.

Nueve. En las secciones anteriores no se persigue un tipo ideal de Estado constitucional. Se guarda la expectativa que la descripción del

“modelo normativo determinado” pueda ser objeto ulterior de una ampliación y tipificación, por ejemplo en América del Sur. En este idioma: si los principios y reglas en cuestión analizados críticamente para el Estado argentino y desde el sistema de su Constitución federal son verdaderamente objetos que dan lugar a ejemplos de un tipo y todos ellos poseen, en una comprensión a realizar, en otro sitio y lugar, un cierto “aire de familia”.

Diez. El poder del Estado es un poder sobre los hombres. **El papel del Estado es el de proteger (y fomentar) la “riqueza total”¹⁶ (bienes más servicios) de los individuos que integran una comunidad.**

Desde otro ángulo, se puede proveer otra idea muy simplificada del Estado constitucional; en efecto, quizá podría ser comprendido como un enorme, un gigantesco rompecabezas, cuyos objetivos pueden ser resumidos en proteger o alentar las siguientes cuestiones: (i) la educación y la cultura, (ii) la salud, (iii) la economía y las finanzas, y (iv) la política, con apego al ambiente en que sus miembros desarrollan su vida, y también lo harán las generaciones futuras. Muchos de los arquitectos o constructores del rompecabezas han muerto.

El diseño original contiene algunas líneas que hoy provocan rechazo, desdén o anomia, o emplean “un lenguaje asaz diferente del que hablamos ahora”;¹⁷ otras, la mayoría, ejercen atracción porque su cotización asegura determinado espacio de libertad, cierta igualdad y una frágil e inasible solidaridad.

Al mismo tiempo, el rompecabezas quiebra, daña, rompe o altera el propio concepto original de rompecabezas, porque no tiene una única ordenación de los millones de sus piezas genuinas, valiosas y originales; no hace falta decir que estas no se encuentran numeradas, aunque, por lo general, los arquitectos que las diseñaron les atribuyeron “una desigualdad originaria”. Nótese que es justicia fundamental predicar que dicha desigualdad originaria siempre careció de fundamentación racional o evidencias en su apoyo. Desigualdad entre los individuos, por lo general, atribuible al desarrollo y disfrute de todos los bienes, excepto los derechos eminentemente políticos, que gozan de cierta equidad.

Todas las piezas, por definición original, son iguales políticamente entre sí y todas desean, persiguen con presencia persistente, un sitio en el mundo o territorio del rompecabezas, porque existen otras desigualdades –apuntadas arriba– en el disfrute de otros bienes: cultura, economía y biología.

En este marco territorial, el poder constitucionalmente fijado en la ley suprema debe armonizar las piezas, cada día, cada hora, cada año, luchando para conservar el ambiente, profundizar la equidad política y fomentar la eliminación de la desigualdad o alcanzar la socialización efectiva de los bienes colectivos.

Escrito de este modo, sinceramente, pensar o idear que las reglas examinadas en esta pieza –cuya metáfora, parcial o totalmente, acaso

pudiese ser dirigida al Estado constitucional– solucionen el asunto requeriría no solo de servidores públicos eficaces, sino también de “descifradores ambulantes”¹⁸ a tiempo completo, que solamente existen en la prosa de la ficción. Con más modestia, por tanto, queda para la prosa del Derecho constitucional determinar marcos para colaborar con las ilusiones sobre la esperanza de una convivencia pacífica, en la que todos los ciudadanos disfruten o puedan disfrutar del casi inalcanzable “bienestar general”, en una sociedad de ciudadanos iguales no solamente en libertad. Porque, si fuese cierta la anticipación del poeta –“para todos pan [y] para todos rosas”¹⁹ (de la libertad)–, ello significa que, si unos no tienen el pan, usarán la libertad para reclamarlo y que, si en cambio solo tienen el pan, reclamarán por su inherente libertad para controlar a quienes lo

Notas:

1. Arlt, Roberto: *Los siete locos*, Planeta, 2013, Buenos Aires, p. 73.
2. Bonavides, Paulo: *Curso de Direito constitucional*, 26ª ed. São Paulo, Malheiro Editores.
3. Peter Häberle, en 1982, anunció su tesis, pieza a pieza, en *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (“la Constitución como cultura”), Berlín. La tesis se reitera en “La constitución en el contexto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (AIJC)*, CEPC, Madrid, n° 7, 2003, pp. 223-225. Adviértase: en este escrito se resuelve deslizar a la Constitución como un “cuarto elemento”; simplemente, sin ahondar en la inherente proyección “cultural” de la tesis del profesor alemán para nuestro “contexto” sudamericano.
4. V. Häberle, Peter: “La Constitución en el contexto”, *AIJC*, CEPC, Madrid, n° 7, 2003, p. 225.
5. Bidart Campos, Germán J.: *La Constitución que dura (1853-2003 y 1994-2004)*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 22.
6. Para la evaluación de esta cuestión, se remite a Ferreyra, Raúl Gustavo: *La Constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003 y también al ensayo “¿Tiempo constitucional? La Constitución vulnerable”, en www.infojus.gov.ar, 29/4/2014, Id Infojus: DACF140220.
7. V. Zaffaroni, E. Raúl et al.: *Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 104-105.
8. No asumo la distinción fuerte y débil, respectivamente, entre principios y reglas. Nótese: no significa que la distinción no posea entero fundamento; simplemente, es preciso señalar que tiene un alcance y contenido explicativo bastante más reducido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios, tendencialmente, se comportan como las reglas, porque también son “Derecho sobre Derecho”, portadores de sana normatividad. Se sigue, en general, la consistente tesis de Luigi Ferrajoli, expuesta en “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11-50, 2012.
9. Bunge, Mario A.: *Diccionario de Filosofía*, “Certeza”, Siglo Veintiuno, México, D.F., 2001, pp. 213-214.
10. Häberle, Peter: *El Estado constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2003, p. 193.
11. Por intermedio de la reforma constitucional de 1994 se dispuso en el art. 75, inc. 22: “... Corresponde al Congreso (...) 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. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la

producen y lo reparten, y con seguridad se quedan con la mayor parte; acaso, todo.²⁰

El Estado constitucional, quizá, signifique una ideación infinitamente más potente que su apropiada concreción en la realidad política comunitaria.

Hace años se ha dicho que una “Constitución no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional”.²¹ En ninguna de las líneas anteriores apelé al juego de palabras, porque juzgo relevante la cruda descripción, sin la complaciente veneración en que incurren ciertos intérpretes que creen posible un inexistente culto oficial a la Constitución, olvidando la más genuina posibilidad entregada por la “sociedad abierta”.²² o todos realizamos el Derecho constitucional, o

el Derecho constitucional es simplemente una nueva forma arbitraria e irracional de dominación. Tampoco ahora jugaré con las palabras.

Bastará, por eso y para finalizar, una afirmación, con igual pureza teórica que la perseguida en la sección I: **sin Constitución, no hay Estado constitucional, porque las cuatro reglas aquí reportadas fomentan la ilusión de que los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad y el poder constituido constituya una zona de competencias limitadas sometidas al control racional.**

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

A su vez, la ley 24.820 –publicada en el Boletín Oficial del 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución federal. Por su parte, la ley 25778, publicada en el BO el 3/9/2003, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584.

En consecuencia, hoy trece instrumentos del DIDH gozan de jerarquía constitucional.

12. Russell, Bertrand: *La conquista de la felicidad*, De Bolsillo, Barcelona, 2003, p. 21.

13. Bunge, Mario: *La ciencia. Su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1977, p. 9.

14. Cicerón, *Obras Políticas*, “Sobre la República”, Gredos, Madrid, 2009, p. 47.

15. Camus, Albert: *Cuadernos. 1942-1951*, Losada, Buenos Aires, 1966, p. 111.

16. V. Bunge, Mario: *Filosofía política*, Gedisa, Barcelona, 2009, p. 333.

17. Borges, Jorge Luis: “La Biblioteca de Babel”, *Ficciones*, en *Obras completas*, Emecé, Buenos Aires, 1974, p. 467.

18. Borges, Jorge Luis, ob. cit.

19. Éluard, Paul: *Obras escogidas*, Editorial Platina, Buenos Aires, 1962, p. 80.

20. V. Zaffaroni, E. Raúl: “Ciudadanía y jurisdicción en América Latina”, *Contextos, Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*, n° 4, 2012, p. 27.

21. Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 161.

22. Häberle, Peter: “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en *Academia*. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 6, n° 11, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 29-61.

AUTONOMÍA PORTEÑA

TRANSFERIR COMPETENCIAS ES CONSTRUIR AUTONOMÍA Y JUSTICIA

El ex constituyente porteño después de veinte años de aportar a los consensos, dice que aún hay intereses que se oponen a las transferencias.

JULIO DE GIOVANNI*

Introducción al tema

El tema de este artículo ha atravesado mi carrera política y judicial de los últimos veinte años.¹ En el año 1995 en el libro “La Ciudad de Buenos Aires y la Nueva Constitución”¹ decía “... la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires no es solo un concepto técnico. Es una forma de reconocer a sus habitantes sus derechos políticos básicos.... En efecto, la autonomía consagra la igualdad de todos los ciudadanos de la Nación en su derecho a regirse por sus propias normas y organizar sus instituciones de gobierno”²

También en ese texto, anticipaba cuál sería el aspecto de la autonomía que demandaría los mayores esfuerzos para su concreción. “Como veremos a su turno, la cuestión más polémica aparece en el tema de la jurisdicción.”³

Y realmente ha sido y continúa siendo así. Por esto, la cuestión elegida para esta publicación no solamente es un tema sobre el cual hay mucho para decir, sino que fundamentalmente falta mucho por hacer.

La transferencia de competencias jurisdiccionales

Las ejecuciones fiscales y su incidencia cuantitativa en el Fuero Contenciosos Administrativo y tributario (CAyT):

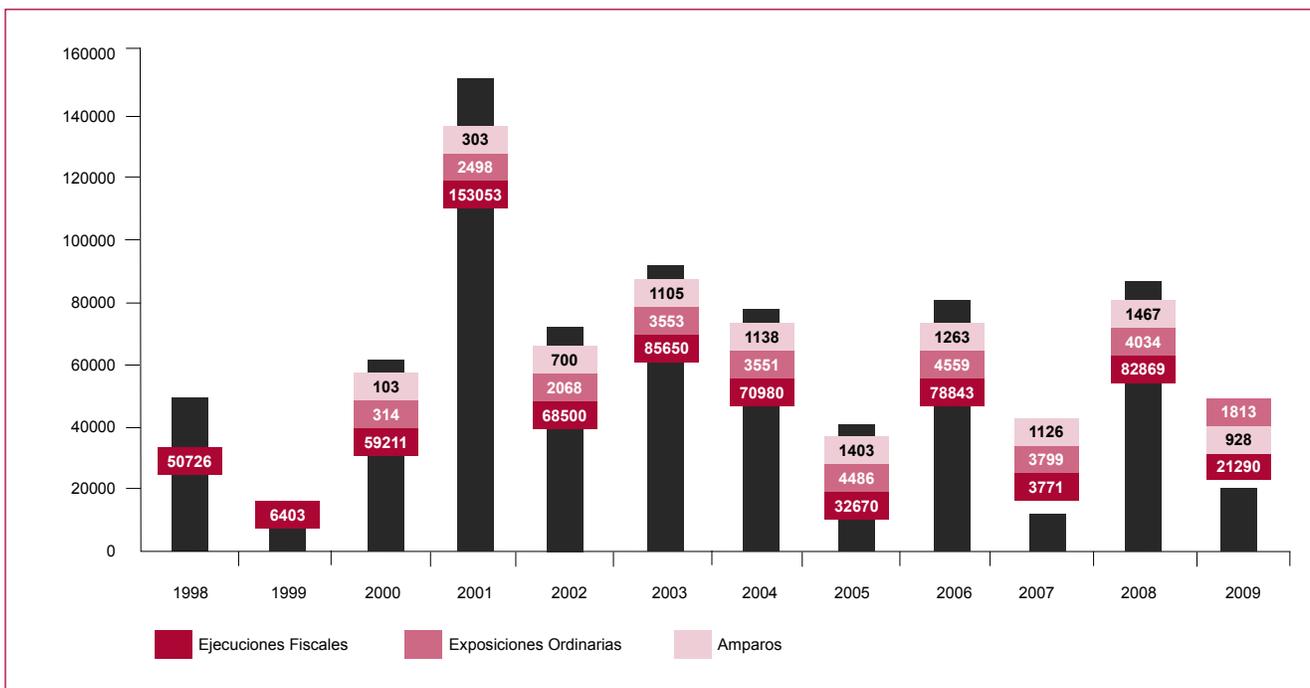
A fin de ejercer sus facultades jurisdiccionales, la Ciudad se dio una organización judicial moderna, a través de la sanción de sus leyes fundacionales⁴ y de sus normas procesales.⁵

Actualmente funcionan en el Poder Judicial de la Ciudad dos fueros: a) el Contencioso, Administrativo y Tributario; y b) el Penal, Contravencional y de Faltas.

Siguiendo a Bartolomé Fiorini, la competencia del fuero CAyT se define en razón de la persona, conforme lo previsto en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (CCAT).⁶

Todas las causas en que sea parte una autoridad administrativa de la Ciudad, “cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del

* Fue legislador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en dos períodos (1997-2000 y 2003-2007); Presidente de la Comisión de Justicia de la Legislatura (2003-2007); Presidente de la Comisión Redactora de Códigos (Decreto CABA N° 1092/2001); Subsecretario de Justicia y Legislación (2000-2001); integrante del Consejo de la Magistratura (desde el año 2006); y actualmente es Director General del órgano del Consejo de la Magistratura que tiene por finalidad colaborar con el proceso de transferencia de competencias (Unidad de Implementación y Seguimiento de las Políticas de Transferencia de Competencias UISPTC).



derecho público como del derecho privado”, son de competencia del fuero CAyT.

Resulta obvio que, además, interviene en las cuestiones denominadas “tributarias”, en su mayoría ejecuciones fiscales.

A mediados del año 2000 se produjo la transferencia masiva de estas ejecuciones fiscales que hasta ese momento se tramitaban ante el fuero nacional en lo civil.

Esta transferencia representó para los juzgados nacionales en lo civil una reducción superior al cincuenta por ciento (50%)⁷ de la cantidad de causas en trámite, estimándose en más de 80.000⁸ los procesos de ejecución que fueron asumidos anualmente por nuestro Poder Judicial.

Esta transferencia se produjo de hecho, resignando la competencia los juzgados nacionales y asumiendo la misma los juzgados en lo CAyT, sin que el Gobierno de la Ciudad haya reclamado al Gobierno nacional suma alguna en concepto de reasignación de recursos,⁹ pese a que las ejecuciones fiscales son el 90 % de la carga de trabajo del Fuero CAyT.

La transferencia de competencias penales

El Gobierno de la Ciudad actuó con un criterio diferente al aceptar la transferencia de competencias penales.

En principio, la metodología elegida fue la prevista en la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución de la Ciudad: su formalización a través de convenios con el Gobierno federal.

En septiembre del año 2000, Julio Maier –integrante del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad–, y el jurista cordobés José Cafferata Nores solicitaron una reunión al Jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra, a fin de impulsar la firma del Primer Convenio de Transferencia de Competencias Penales. A esta reunión fuimos convocados Facundo Suárez Lastra y yo.¹⁰

Con idéntica finalidad, en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, se creó una Comisión Conjunta Ciudad-Nación, presidida por el Ministro Ricardo Gil Lavedra, que integrábamos –en representación de la Ciudad– con Andrés Gil Domínguez, Germán Garavano y Eduardo Molina Quiroga.

Jorge de la Rúa sustituyó a Gil Lavedra como Ministro de Justicia de la Nación, y a partir de ese momento se le dio un mayor impulso a la transferencia.

El Primer Convenio fue celebrado el 7 de diciembre de 2000 por el Presidente de la Nación, Fernando de la Rúa, y el Jefe de Gobierno de la Ciudad, Aníbal Ibarra.¹¹ Por este convenio se transfirió la competencia para investigar y juzgar “Los hechos de tenencia y portación de armas de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario.”¹²

El Fuero Penal, Contravencional y de Faltas fue previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 5 de marzo de 1998 y quedó constituido el 27 de diciembre de 2003.

Su competencia fue definida en el artículo 27 de la Ley de Procedimiento de Faltas, en la Ley de Procedimiento Contravencional y en la ley que aprueba el Código Procesal Penal de la Ciudad.

Constituido el fuero, entró en vigencia este Primer Convenio y la Ciudad asumió el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales sobre estos delitos cometidos en su territorio.

Nadie, ningún órgano jurídico o político, objetó esta competencia.

El Segundo Convenio se gestó por impulso de los integrantes de nuestros Poderes Judicial y Legislativo. Debemos su autoría inicial a Abel Fleitas Ortíz de Rozas.

Fue firmado el 1º de junio de 2004,¹³ por Nestor Kirchner, como Presidente de la Nación y Aníbal Ibarra, como Jefe de Gobierno de la Ciudad.

La importancia del ejercicio de las competencias jurisdiccionales por parte de nuestro Poder Judicial no es solamente un tema político -no se trata solamente de un aspecto del ejercicio del poder-; es además un tema de ética política, en tanto se trata de orientar el ejercicio del poder hacia la mejora en la calidad de vida de los habitantes de la Ciudad.

La Ciudad ha privilegiado en el diseño de su sistema judicial -organizativo y procedimental- la tutela judicial efectiva para sus habitantes. En palabras de Aída Kemelmajer:¹⁴ “Nadie discute, aunque no siempre se actúe en consonancia, que la “tutela judicial efectiva” es un derecho fundamental, es decir un derecho que tiene base en el Derecho constitucional y en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Tal derecho implica, principalmente, el del acceso a la justicia, el de obtener una decisión razonable sin dilaciones indebidas y que esa decisión se cumpla.”

Como es obvio, los jueces nacionales en lo correccional aplican el Código Procesal Penal de la Nación hasta tanto entre en vigencia el nuevo Código recientemente sancionado por el Congreso de la Nación.

Aquel Código dio por resultado un sistema altamente ineficiente, de acuerdo con las

evaluaciones realizadas por instituciones públicas y privadas.

Así, Alberto Binder,¹⁵ Vicepresidente de INECIP, se pregunta: “¿Qué motivó este proceso de cambio?, y dice: “En primer lugar una justicia muy ineficiente, con muy poca capacidad de investigación real, a lo que se añade muchos niveles de mora y un nivel de formalismo muy alto. Así, no había ningún tipo de satisfacción ni atención a la víctima. A partir de allí comienzan a realizarse actividades muy significativas en todos los países tendientes a cambiar esta situación en diversos planos.”

El diagnóstico de FIEL¹⁶ en el Informe presentado en el año 1996 es similar: “este sistema en definitiva entraña las consecuencias que antes puntualizáramos, **relativas a la cada vez menor cantidad de denuncias y la incapacidad de investigar hechos que no se presentan fáciles de dilucidar”**.

Todo ello, en definitiva es provocado por un sistema que no es suficiente para **dar respuesta a la demanda de la gente en asuntos de su prioritario interés como pueden ser los delitos menores a los que se encuentra continuamente expuesta -hurtos, lesiones, daños, etc.-**

A su vez, FORES afirma en su investigación¹⁷ de 1998 que: “Los Juzgados Correccionales, encargados de la investigación y juzgamiento en única instancia de los delitos menores -con penas inferiores a tres años-, tienen una fuerte demanda, ya que son los que registran el mayor número de actuaciones por Juzgado.”¹⁸ Y continúa: “**la mayor parte de ellos son archivados (70%), desestimados (9%), prescriptos -paralizados por rebeldía-, sobreseídos (8%) y solo menos de medio punto porcentual son finalizados por sentencia.**”

Creo importante analizar si estos resultados -para el justiciable- se han visto mejorados a partir de la transferencia de competencias penales a nuestro Poder Judicial. Y me permito concluir que sí, las diferencias son elocuentes.

Uno de los temas destacados en ambos informes es que el descreimiento en el sistema judicial tiene como consecuencia la subdenuncia de los delitos.

Como puede advertirse en el gráfico, en los dos años posteriores a la segunda transferencia,

Año	Contravencional	Penal	Faltas	Ejecuciones de Multas	Otros ¹⁹	Total
2008	33.366	7.598	2.518	2.091	85	45.658
2009	38.697	16.364	3.871	1.135	157	60.260

el número de causas ingresadas al sistema se duplicó.

De acuerdo con el informe elaborado por la Procuración General de la Nación, la cantidad de causas objeto de transferencia fue de 9.789.²⁰

En el año 2013, ingresaron al fuero PCyF 20.962 causas penales –un 215 % más que en el año 2008–.

Este aumento en la cantidad de denuncias que realizan los justiciables de la Ciudad reconoce varias causas:

- La descentralización del Ministerio Público Fiscal, a través de la creación de catorce (14) Unidades de Orientación y Denuncia, distribuidas estratégicamente en el territorio.
- La extensión del horario de atención al público.
- La creación de novedosos canales de denuncia (por vía telefónica y electrónica).
- La celeridad en la resolución de las causas.

Este es el otro indicador importante del funcionamiento de la justicia en la Ciudad.

El Código Procesal Penal de la Ciudad²¹ responde al modelo de sistema acusatorio, lo que ha logrado imponer una mayor celeridad en la tramitación de las causas y una mejora incuestionable en la calidad de las sentencias.

La instalación de la mediación como método alternativo de abordaje de los conflictos, ya presente en la Ley de Procedimiento Contravencional, es una de las instituciones que han coadyuvado a reducir la congestión del sistema.

La mediación fue prevista para el procedimiento contravencional, para el penal y para el penal juvenil.

Esta institución fue jerarquizada a través de la creación del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos,²² dependiente directamente del Plenario de Consejeros.

Anualmente son sometidas a mediación aproximadamente 4.000 causas penales. En el 54 % de los casos la instancia de mediación se concreta y en el 82 % de estos casos las partes arriban a un acuerdo que da por concluido el conflicto.

El resto de las causas -no mediables o no mediadas- reconocen un tiempo promedio de resolución de 127 días.²³ El último año el fuero PCyF resolvió 18.919 causas penales.

El veinticinco por ciento (25%) de las causas registró una duración de hasta 10 días. Otro veinticinco por ciento (25%) registró una duración de entre 10 y 31 días. Otro veinticinco por ciento (25 %) tuvo una duración de entre 32 y 139 días. Y, finalmente, el veinticinco por ciento (25%) restante registró una duración de 140 días o más.

Este solo análisis cuantitativo hace que el servicio de justicia que la Ciudad está prestando a sus habitantes resulte muy superior al que venían recibiendo de la Justicia Nacional.

La Ley nacional N° 26.702

El 7 de septiembre de 2011 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.702 que aprobó una nueva transferencia de competencias penales.

Actualmente esta transferencia se encuentra pendiente de aceptación por parte de la Ciudad. Tienen estado parlamentario varios proyectos²⁴ de ley en este sentido, en la Legislatura de la Ciudad.

El Consejo de la Magistratura de la Ciudad creó una Comisión específica²⁵ a fin de impulsar el proceso de transferencia de competencias penales, cuyos integrantes –además de haber realizado gestiones con autoridades de otros poderes del Estado– han elaborado un proyecto de ley alternativo a los vigentes en la Legislatura de la Ciudad.

Este proyecto de ley fue enviado al Jefe de Gobierno de la Ciudad y a la Presidenta de la Legislatura, adjuntando al mismo las estadísticas del fuero PCyF y del Ministerio Público Fiscal. También se agregó el informe elaborado por el Consejo relativo al costo estimado de las erogaciones que la transferencia podría irrogar a la Ciudad.

La continuación del proceso

Pero el proceso no se agota en la transferencia de las competencias penales. Sabemos que debemos continuar hasta que nuestro Poder Judicial asuma plenamente la totalidad que actualmente ejercen los fueros nacionales en lo Civil, en lo Comercial, del Trabajo, en lo Criminal, y las que aún retiene el fuero Correccional.

Se trata de una compleja operación jurídico-política que requerirá de la toma de decisiones consensuadas entre los actores de ambas jurisdicciones y que excede, obviamente, la sola transferencia de las competencias. De ahora en más deberemos tener en cuenta la transferencia de recursos humanos, de tecnología, edificios, etc.

Creo que el próximo paso debería ser la transferencia de la Justicia de Familia, dado que son varias y variadas las razones para impulsarla.

Sabemos que la justicia nacional en materia de familia utiliza los recursos y la infraestructura de servicios de nuestra Ciudad para dar respuesta y asistir a las problemáticas que llegan a sus tribunales.

Son los jueces nacionales²⁶ quienes juzgan sobre conflictos que afectan a los habitantes de la Ciudad y, además, resuelven los casos con fundamento en normas nacionales, ignorando las leyes locales que han sido dictadas por nuestra Legislatura en ejercicio de su facultad constitucional.

Entendemos que es oportuno sancionar el ordenamiento adjetivo que regule el procedimiento ante esta Justicia.

Por ello, hemos elaborado un proyecto de Código Procesal para la Justicia de Familia de la Ciudad²⁷

Porque en definitiva de lo que se trata es de cumplir el claro precepto constitucional que nos impone, como funcionarios del Estado: –agotar– “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.”²⁸

Los problemas de transferencia del Poder Judicial de la Ciudad son varios y todavía existen intereses que se oponen. Para discutirlos y concretarlos hace falta más diálogo Nación-Ciudad, representadas por sus Poderes Judiciales.

El Congreso de la Nación debe sancionar las normas de cesión de competencias, la Legislatura aceptarlas, y los representantes técnico-financieros asesorar en su materia específica.

Esto debe ser el futuro. Construyámoslo.

Notas:

1. De Giovanni, Julio. “La Ciudad de Buenos Aires y la Nueva Constitución”. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995.
2. Obra citada. Página 13.
3. Ob. cit. Página 15.
4. Ley N° 7 -Ley Orgánica del Poder Judicial- y sus modificatorias; Ley N° 31 -Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura- y sus modificatorias; Ley N° 1903 -Ley Orgánica del Ministerio Público- y sus modificatorias.
5. Ley N° 2303 -Código Procesal Penal-; Ley N° 189 -Código Contencioso Administrativo y Tributario-; Ley N° 402 -Ley de Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia-; Ley N° 2451 -Régimen Procesal Penal Juvenil-; y Ley N° 2145 -Ley de Amparo-.
6. Ley N° 189, Anexo I. Sancionada el 13/05/1999. Promulgada por decreto 1275/99 el 22/06/1999. Publicada en BOCBA N° 722 del 28/06/ 1999. Esta ley fue reglamentada por Resolución CM N° 116/001, Publicada en BOCBA N° 1216 del 20/06/2001.
7. “Si se computan los juicios de contenido patrimonial iniciados ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se repara que en 1997 ingresaron 154.988 expedientes de los que 84.177 fueron ejecuciones fiscales (54,32%).” (Fuente: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD- Asistencia Técnica en la organización integral del modelo de Poder Judicial para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2001).

8. Véase el gráfico. Fuente Poder Judicial de la CABA. Consejo de la Magistratura. Información. Fuero CAyT - Detalle de la Serie Histórica de Ingresos 1998-2009.
9. Artículo 75 CN .- Corresponde al Congreso: ...No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires en su caso. ...
- CONSTITUCION CABA. CLAUSULA TRANSITORIA DECIMOTERCERA: Se faculta al Gobierno de la Ciudad, para que convenga con el Gobierno federal que los jueces nacionales de los fueros ordinarios de la Ciudad, de cualquier instancia, sean transferidos al Poder Judicial de la Ciudad, conservando su inamovilidad y jerarquía, cuando se disponga que la justicia ordinaria del territorio de la Ciudad sea ejercida por sus propios jueces... En todos los casos el acuerdo comprenderá, necesariamente, la transferencia de las partidas presupuestarias o la reasignación de recursos conforme al artículo 75, inciso 2°, de la Constitución Nacional.
10. Secretario de Seguridad y Justicia, y Subsecretario de Justicia y Legislación de la Ciudad, respectivamente.
11. Aprobado por la Ley CABA Nº 597 – Sancionada el 31 de mayo de 2001 y promulgada por Decreto Nº 822/2001 del 25 de junio de 2001-; y por la Ley Nacional Nº 27.752 – sancionada el 2 de julio de 2003 y promulgada de hecho el 25 de julio de 2003.
12. Sancionados en el artículo 42 bis de la Ley n° 20.429 y en los arts. 189 bis, 3er. párrafo y 189 ter del Código Penal, todos según Ley n° 25.086, y en los arts. 3 °, 4 ° y 38 de la Ley n° 24.192, y obviamente cometidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
13. Aprobado por la Ley CABA Nº 2257 – Sancionada el 14 de diciembre de 2006 y promulgada por Decreto Nº 106/07 del 16 de enero de 2007-; y por la Ley Nacional Nº 26.357 – Sancionada el 28 de febrero de 2008 y promulgada de hecho el 28 de marzo de 2008.
14. Kemelmajer de Carlucci, Aída. Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Prólogo. Editorial Jusbaire. 2014.
15. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. La cita corresponde al artículo “Hay que evitar una sociedad violenta y autoritaria”, Ministerio de la Defensa Pública. Provincia del Chubut.
16. Fundación de Investigaciones Económicas de Latinoamérica -FIEL- “La Reforma del Poder Judicial en la Argentina”. 1996
17. Foro de Estudio sobre la Administración de Justicia –FORES– “Justicia y Desarrollo Económico” 1998.
18. PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN C.S.J.N. “ESTADÍSTICAS 1995”, Cap. 10 CRIMINAL y CORRECCIONAL - págs. 130/131 - Cuadros 10.1.e y Gráfico 10.1.e - .
19. Incluye Materia Electoral, y Amparos y Exhortos con materia sin determinar.
20. Informe: “Ley de transferencia de competencias penales al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Ministerio Público de la Nación. Procuración General. Secretaría de Coordinación Institucional. 2006.
21. Ley CABA Nº 2303 sancionada el 29 de marzo de 2007. En ese momento el autor era Presidente de la Comisión de Justicia y participó activamente en la redacción de su anteproyecto el doctor Luis Jorge Cevasco.
22. Resolución Presidencia Nº 105/2013.
23. Anuario Estadístico del fuero PCyF 2013.
24. Proyectos 2427-D-2014 de la diputada María Rosa Muiños; 0018-D-2014 del diputado Aníbal Ibarra; y 095-D-2013 de la diputada María Rachid.
25. Resolución Presidencia CM Nº 850/2014 (15.09.2014). Creación de la Comisión Técnica de Trabajo y Coordinación de la Transferencia de Competencias Penales (Ley Nº 26.702) integrada por el Presidente del TSJ; el Fiscal General; el Defensor General; la Asesora General Tutelar; el Presidente del Consejo de la Magistratura; la Presidenta y los Vicepresidentes primero y segundo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas; los Consejeros representantes de los Jueces con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas; el Presidente de la Comisión de Administración, Gestión y Modernización Judicial; la Directora del Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos; y el suscripto como Presidente de la Unidad específica.
26. Elegidos por el Consejo de la Magistratura de la Nación, un órgano federal ajeno por completo a nuestras instituciones locales.
27. Este Proyecto fue elaborado, a instancias de la UISPTC que dirijo, resolviendo la constitución de la Comisión Redactora el Consejo de la Magistratura (Res.CM Nº 44/2013). La revisión del Proyecto estuvo a cargo de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci y su redacción de las doctoras Marisa Herrera, Mabel de los Santos de Peyrano y María de los Ángeles Baliero de Burundarena. Este proyecto fue presentado en la Legislatura en la Jornada organizada a tal fin el 4 de junio de 2014 y en las XIV Jornadas de FOFECMA llevadas a cabo los días 27 y 28 de noviembre en la ciudad de Salta.
28. Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 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

NUEVOS PARADIGMAS, NUEVOS DERECHOS

MOYA: HAY NUEVOS PARADIGMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Dra. María Teresa Moya recorre el desarrollo histórico de los Derechos Humanos y aborda específicamente el “derecho humano a un ambiente sano”, como uno de los nuevos paradigmas jurídicos universales. Nuevos Paradigmas sobre DD.HH. en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

MARÍA TERESA DEL ROSARIO MOYA*

Introducción

Para iniciar el tema propuesto, haré una breve referencia a los DD.HH, su concepto, evolución y clasificación, a fin de efectuar la comparación entre el tratamiento de estos derechos y sus garantías en la Constitución Nacional (CN) y en la Constitución de la CABA (CCABA), teniendo en cuenta las circunstancias jurídico políticas del país y la influencia de los acontecimientos mundiales en 1853; 1949; 1994; y 1996.

DD.HH, concepto, evolución y clasificación

El progreso operado en el campo de la protección de los derechos humanos es una característica de la segunda mitad del siglo XX a partir de la Segunda Guerra Mundial; sin embargo ya antes se hicieron numerosas declaraciones referidas particularmente a los derechos civiles, que son anteriores en el tiempo y a los políticos. La

Declaración de Filadelfia de 1776, consecuencia de la lucha por la emancipación en EE.UU y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*² aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26-08-1789, demuestran que estos derechos se conquistaron con luchas y movimientos revolucionarios.³

Derechos humanos y derechos constitucionales. Es importante diferenciar y no confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales. Para determinar qué derechos son “constitucionales” basta con recurrir al catálogo de derechos reconocidos por las constituciones políticas de los Estados, pero como señalan las teorías iusnaturalistas los derechos de los ciudadanos no siempre son derechos humanos.⁴

Clasificación de los DD.HH. Hay varios criterios para clasificar los derechos humanos. La división de estos derechos en tres generaciones fue propuesta por Karel Vašák en 1979, y cada una de ellas se asocia a uno de los grandes valores proclamados por la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

* Secretaria General de la Comisión de Administración del Ministerio Público de la CABA. Fue Consejera y Presidente del Consejo de la Magistratura de la CABA. Fiscal de Primera Instancia del FPCyF de la CABA. Profesora en UBA, USAL y UB. Autora de libros y artículos de Derecho Internacional Público.



Los derechos de primera generación: son los civiles y políticos vinculados con el principio de libertad. Estos fueron los primeros en ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos internos e internacionales y son producto de las luchas y los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII en occidente. Estos derechos⁵ están destinados a la protección del ser humano individualmente, contra cualquier agresión de algún órgano público. Se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada. El Estado tiene el deber de organizar la fuerza pública y crear mecanismos judiciales que los protejan.

Los derechos de segunda generación son los económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad.⁶ Tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos. Su reconocimiento en la historia de los DD.HH fue posterior a la de primera generación. Surgieron a consecuencia del impacto social de la Revolución Industrial y ante la inexistencia de derechos regulatorios y protectorios del trabajo.

Por su parte, la tercera generación de derechos,⁷ generada en los ochenta, se vincula con la **solidaridad**. Son derechos que inciden en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización de la cooperación a nivel planetario. Se incluye entre ellos al **derecho a un ambiente sano**.

Primera Parte

Análisis comparado de los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional y sus reformas, y en la Constitución de la Ciudad:

La **Constitución Nacional de 1853**, fue consecuencia de haberse alcanzado la organización nacional tras la derrota del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, don Juan Manuel de Rosas, por las tropas dirigidas por el Gral. Justo José de Urquiza, Gobernador de Entre Ríos, en la batalla de Caseros. Su texto incorpora los “derechos civiles y políticos” proclamados en el siglo XVIII, y difundidos por Europa y América Latina en el siglo XIX.

Alberdi y los Constituyentes de 1853 adoptaron para la CN la estructura impulsada por el “constitucionalismo moderno”, dedicando la

primera parte a las “Declaraciones, Derechos y Garantías”, y la segunda parte a las “Autoridades de la Nación”, con dos Títulos: Gobierno Federal y Gobierno de las Provincias.

A nivel nacional, las reformas constitucionales de 1949 y de 1994, consagraron los derechos humanos conquistados en el orden mundial, en cada una de esas fechas.

La Constitución de 1949 fue sancionada por Juan Domingo Perón durante su primera presidencia. Se trata de un texto moderno, enrolado en la tendencia del “constitucionalismo social” que consagró los “derechos laborales y sociales”, calificados como la segunda generación de derechos humanos. La ideología de Perón, el justicialismo, se inspiraba en la “Doctrina Social de la Iglesia”. En efecto, el art. 37 del Capítulo III, de la Primera Parte, del texto constitucional incorpora el Decálogo del Trabajador, los derechos de la familia incluyendo la igualdad de hombres y mujeres en las relaciones familiares; la atención y asistencia de la madre y del niño; los derechos de la ancianidad, y de la educación y la cultura. A su vez, los arts. 38 a 40 del Capítulo IV proclaman la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica. Esa Constitución fue derogada luego por el Gobierno de la Revolución Libertadora surgido del golpe de Estado del 16 de septiembre de 1955.

La Reforma Constitucional de 1994, cuya declaración de necesidad fue aprobada por la ley Nro.24309, fue una iniciativa política, de contenido programático, consensuada entre el peronismo y el radicalismo en el Pacto de Olivos (nov.1993) y el Pacto de la Rosada, (dic.1993), firmados por Menem y Alfonsín.

En el “**Núcleo de Coincidencias Básicas**”, se acuerda que la primera parte de la Constitución, referida a los Derechos y Garantías, no estaba sujeta a revisión. Sin embargo se autorizó a incorporar como Capítulo Segundo de la Primera Parte a “Nuevos derechos y garantías”, destinados a la defensa de la democracia y del Estado de derecho (art.36); los derechos políticos (art. 37); los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38); la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); el derecho a un ambiente sano (art. 41); los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 42) y el derecho a

interponer recurso de amparo (art. 43). La actualización de la temática de los derechos humanos fue acompañada por su jerarquización con la reforma al art. 67 de la CN de 1853, mediante el texto del art. 75 inc.22 párrafo 2do, vigente.⁸

Relación entre la CN y la CCABA respecto a sus atribuciones. El análisis de sus textos a la luz del sistema federal nos lleva a la conclusión que las relaciones entre ambas, son de cuatro tipos: 1) *subordinación*: arts. 5,31, 128 de la CN y art.10 CCABA, las normas provinciales deben seguir las pautas de la CN; 2) de *participación*, porque las provincias se reservan el derecho a participar en la formación de la voluntad federal; 3) de *exclusión*, a favor de las provincias que conservan el poder no delegado o a favor de Nación si se trata de las facultades delegadas al Gobierno federal; 4) de *conurrencia*, ya que Nación y provincias pueden ejercer atribuciones al mismo tiempo. La CSJN amplió el criterio de aceptación de los poderes concurrentes.

Constitución de la CABA (CCABA): En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el esquema adoptado por la Convención Constituyente para el texto constitucional local, tiene un Título Preliminar con dos capítulos: Principios y Límites; y Recursos. Un Libro Primero sobre Derechos, Garantías y Políticas Especiales y un Libro Segundo: “Gobierno de la Ciudad”; una cláusula derogatoria (art.140) y 24 cláusulas transitorias.

El Libro Primero de la CCABA, comienza con el Título Primero sobre “Derechos y Garantías”, a los que enuncia, disponiendo procedimientos que debe cumplir la Ciudad por medio de sus autoridades y funcionarios, para garantizar su efectividad. El art. 10, de conformidad con nuestro sistema federal, recepta “todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”, por lo que reconoce la **primacía de las normas** constitucionales de la Nación. Dispone que rige para la interpretación de estos derechos el “principio de buena fe” y en cuanto a su reglamentación, expresa que no pueden ser negados ni limitados por omisión o insuficiencia de su reglamentación.

En materia de **igualdad** ante la ley, el art. 11, se inspira en el art. 16 de la CN y también sostiene, que “**todas las personas tienen idéntica dignidad**

En el “Núcleo de Coincidencias Básicas”, se acuerda que la primera parte de la Constitución, referida a los Derechos y Garantías, no estaba sujeta a revisión. Sin embargo se autorizó a incorporar como Capítulo Segundo de la Primera Parte a “Nuevos derechos y garantías”, destinados a la defensa de la democracia y del Estado de derecho (art.36); los derechos políticos (art. 37); los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38); la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); el derecho a un ambiente sano (art. 41); los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 42) y el derecho a interponer recurso de amparo (art. 43). La actualización de la temática de los derechos humanos fue acompañada por su jerarquización con la reforma al art. 67 de la CN de 1853, mediante el texto del art. 75 inc.22 párrafo 2do, vigente.

y son iguales ante la ley”. Además, reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose ningún tipo de discriminación, y promueve el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.⁹

El art.12 consagra el **derecho a la identidad** a fin de evitar los hechos ocurridos en la última dictadura militar (1976-1983), en donde se produjeron crímenes contra la humanidad y sustracciones de menores con alteración de su identidad.¹⁰ El numeral 2 de esta norma se refiere a **la libertad de prensa y de expresión por cualquier medio y sin censura**. El punto 3, a la **privacidad, intimidad y confidencialidad** como lo hace el principio de reserva del art. 19 de la CN. Reconoce como **inviolables la libertad religiosa y de conciencia** (punto 4); y el **derecho de propiedad**, salvo el caso de sentencia fundada en ley o expropiación legal conforme a la Constitución local. Finalmente postula **el acceso a la justicia de todos** sus habitantes que no puede ser limitado por razones económicas.

El art.13 **garantiza la libertad de los habitantes de la Ciudad**, y consagra las garantías penales y procesales contempladas en el art. 18 CN y en los tratados internacionales enunciados en el art.75 inc. 22 párrafo 2do.

A su vez, los arts. 14, 15 y 16 de la CCABA, en consonancia con el art. 43 de la CN referido al amparo, crean mecanismos procesales idóneos

para brindar solución eficaz e inmediata a la violación de derechos y garantías de carácter constitucional, o internacional. El art. 14 de la CCABA trata la acción de amparo, el art. 15 el hábeas corpus y el art. 16 el hábeas data. Es decir que regula por separado cada uno de estos recursos, en lo que se diferencia y supera formalmente al texto del art. 43 de la CN.

Puntos de relevancia: El amparo es una **acción popular** que viene a colectivizar procesalmente la tutela de todos los derechos incluidos en el sistema normativo; **gratuidad** de los procedimientos; condena sin costas (salvo temeridad o malicia); para su interposición no se necesita patrocinio letrado; a diferencia de la CN se **incluyó** como **derechos colectivos** al derecho del trabajo, de la seguridad social y del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad; procede el amparo **aunque no se haya agotado la vía administrativa; está desprovisto de formalidades** que implica operatividad de la norma; **plazos breves y perentorios**; los jueces pueden **declarar de oficio la inconstitucionalidad** de la norma en que se funda la lesión del derecho.

Regulación del amparo por la CCABA: La Ley local N° 2145 reglamenta el amparo en esta jurisdicción teniendo en cuenta, en general, la jurisprudencia del Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad.¹¹

El amparo colectivo: El Dr. Fernando Juan Lima,¹² miembro de la Cámara de Apelaciones

del FCAyT considera que “la Ciudad de Buenos Aires podría haber sido pionera en esta materia pero, al momento de sancionarse la Ley de Amparo, el Poder Ejecutivo vetó la normativa relativa a la acción de amparo colectivo”, aclarando que en el fuero ya se había creado el Registro de Amparos Colectivos. Se entiende por “amparo colectivo” todo aquel en que se debatan derechos o intereses colectivos, así como también el dirigido contra actos u omisiones susceptibles de afectar el derecho de varias personas o, bien, cuando la legitimación activa se funde en lo dispuesto en el párr. 2, art. 14, CCABA.

El Título Segundo sobre “**Políticas Especiales**” comienza por establecer “*Disposiciones Comunes*” a estas Políticas, en los arts. 17, 18 y 19. Corresponde destacar el aporte de la Constitución local, en lo que hace a:

1. desarrollo de **políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión** mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos (art.17).¹³
2. **promueve el desarrollo humano y económico equilibrado**,¹⁴ que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio (art. 18).
3. **crea el Consejo de Planeamiento Estratégico** (art.19).¹⁵

El mismo Título, a partir de su Capítulo segundo y hasta el Capítulo veinte, se refiere a los derechos humanos, y las políticas especiales que desarrolla la Ciudad con particular interés. Se trata de “Salud” (arts. 20 a 22; Educación (arts. 23 a 25); Ambiente (arts. 27 a 30); Habitat (art. 31); Cultura (art. 32); Deporte (art.33); Seguridad (arts. 34 y 35); Igualdad entre Varones y Mujeres (art. 36 al 38); Niños, niñas y adolescentes (art. 39); Juventud (art.40); Personas Mayores (art. 41); Personas con necesidades especiales (art. 43); Trabajo y Seguridad Social (arts. 43 a 46); Comunicación (art- 47); Economía, finanzas y presupuesto (arts. 48 a 55); Función Pública (arts. 56 y 57); Ciencia y Tecnología (art. 58); Turismo (art. 59).

El derecho al ambiente sano

Teniendo en cuenta la extensión del tema, trataré en particular, los derechos, garantías y

políticas especiales relacionados con el “derecho humano a un ambiente sano”.

Se trata de un derecho moderno, de tercera generación, que se ha impuesto con fuerza a nivel internacional por los problemas globales que genera la contaminación ambiental.

El Derecho Ambiental Internacional. La historia de esta nueva disciplina que tiene por base el reconocimiento del *derecho humano a un ambiente sano*, se puede dividir en tres etapas, separadas por las conferencias internacionales más relevantes: la Conferencia de Estocolmo (1972), la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (1992) y Río+20 (2012).

1. **Declaración de Estocolmo (1972).** Producto de la 1ra Conferencia de las Naciones Unidas (ONU) sobre el Medio Ambiente Humano, fue el primer documento en reconocer el derecho a un medio ambiente sano mediante 26 principios, como el de responsabilidad del Estado, y el de cooperación internacional. En el período Estocolmo y Río se produjeron cambios políticos a nivel interno de las naciones, y en el orden mundial¹⁶.
2. **Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (1992).**¹⁷ la “Declaración de Río” se consagraron: el Principio de Precaución, la forma más avanzada de prevención y el Principio 10, que reconoce el derecho a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales.

Luego de Río, los tratados económicos importantes¹⁸ comenzaron a incluir la protección del medio ambiente y la cuestión ambiental se instaló en las organizaciones especializadas que constituyen el sistema de cooperación internacional dependiente de la ONU a través del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y de la Asamblea General. Vinculadas al desarrollo abordaron el tema la UNCTAD, la ONUDI, el Banco Mundial y el GATT sucedido por la OMC. 3ra Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible Río + 20 (2012)

La ONU convocó a 192 Estados miembros, empresas del sector privado, ONG y otras organizaciones. El resultado fue un documento no vinculante llamado “El Futuro que Queremos”. En él los Estados renuevan su compromiso al

En el texto de la CCABA se trata el Ambiente en los arts. 26 al 30. Allí se lo consagra como “patrimonio común”; se reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano, imponiendo la obligación de preservarlo para las generaciones presentes y futuras. En el segundo párrafo se refiere al “daño ambiental”, dispone que debe cesar, y que genera la obligación de recomponer”. En el punto 3, el art.26, declara que la Ciudad es territorio no nuclear. Prohíbe la producción de energía nucleoelectrica y el ingreso, la elaboración, el transporte y la tenencia de sustancias y residuos radiactivos.

desarrollo sostenible y a la promoción de un futuro sustentable.

Influencia del derecho internacional ambiental en la Reforma Constitucional de 1994.

La evolución que se produjo en materia ambiental hasta ese año fue tenida en cuenta especialmente por los constituyentes convocados en Santa Fe. Por esa razón, el art. 41 de la CN del Título Segundo “Los Nuevos Derechos” consagra el derecho humano del que gozan todos los habitantes a un *ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano* y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (compromiso intergeneracional).

Los criterios de “utilización racional de los recursos naturales” y los de “justicia social”, también están contemplados en el art.41 CN y la Nación tiene a su cargo las políticas nacionales que armonicen su utilización en beneficio del conjunto del país, respetando el adecuado reparto de los beneficios económicos en toda la población nacional, actual y futura. El último párrafo del artículo analizado prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires:

En el texto de la CCABA se trata el **Ambiente** en los arts. 26 al 30. Allí se lo consagra como “**patrimonio común**”; se reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano, imponiendo la obligación de preservarlo para las generaciones presentes y futuras. En el segundo párrafo se refiere al “**daño ambiental**”, dispone que debe cesar, y que genera la obligación de recomponer”. En el

punto 3, el art.26, declara que la **Ciudad es territorio no nuclear**. Prohíbe la producción de energía nucleoelectrica y el ingreso, la elaboración, el transporte y la tenencia de sustancias y residuos radiactivos.

El Gobierno de la Ciudad debe ocuparse además, del *saneamiento, control de contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo*, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos (art. 28).

La Ciudad elabora un **Plan Urbano Ambiental** que constituye la ley marco de la normativa urbanística y las obras públicas, y establece la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto. Impone además que la cuestión se debata en audiencia pública (arts. 29 y 30).

Conclusiones

La investigación realizada para aseverar que existen nuevos paradigmas sobre derechos humanos en la Constitución Nacional y en la de la Ciudad de Buenos Aires, nos permite afirmar que en el orden nacional se produjo un cambio profundo con la inclusión de los arts. 36 a 43 del capítulo “Nuevos derechos y garantías”, de la Primera Parte.

Estos artículos reflejan la experiencia nefasta que la sociedad argentina vivió durante la dictadura militar (1976/1983). Se hizo imprescindible defender la CN manteniendo su imperio aun cuando se interrumpieren el orden institucional

y el sistema democrático, imponiendo penas severas a los que incurran en esos actos. Se garantizaron los derechos políticos reconociendo el carácter de instituciones fundamentales del sistema democrático a los partidos políticos, entre otros derechos como el de los consumidores y usuarios y el recurso de amparo. Además, influenciados nuestros constituyentes por los avances del derecho internacional ambiental proclamaron para todos el derecho a gozar de un ambiente sano.

Sin embargo, no se alcanzará esta aspiración en un mundo en donde se practica impunemente el “crimen de la guerra”; mientras se mantienen y agravan las causas desencadenantes de los conflictos; cuando el acceso a la salud, la educación y la vivienda, están reservados a algunos; y en donde no se protege de su degradación al ser máspreciado del planeta: el hombre. Hace falta una concepción de las relaciones humanas, fundada en la justicia social y en una nueva ética. Eso es lo que queremos los hombres y mujeres de buena voluntad.

Bibliografía

Bidart Campos, German J.: *Manual de la Constitución Reformada*, 3 Tomos. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2006.

Bidart Campos, Germán J. y **Albanese**, Susana: *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario*. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1998.

Diario de Debates de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996. Proyectos de Texto producidos por la Comisión de Declaraciones Derechos y Garantías integrada por María E. Barbagelata; Patricia Bullrich; Jorge J. Castells; Jorge R. Enríquez; Nilda C. Garré; Raúl Garré; Aníbal Ibarra; Eduardo Jozami; Eugenio Zaffaroni; María J. Lubertino; Alfredo J. Carella y Enrique O. Rodríguez.

Ferreira, Raúl Gustavo: *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Ediciones Depalma Buenos Aires. Buenos Aires, 1997.

López Alfonsín, Marcelo Alberto: *El Paradigma Ambiental del Desarrollo Humano*. XV Cursos Intensivos de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA “Derecho Constitucional para la Integración Judicial”, Buenos Aires, 14 al 31 de julio de 2014.

Lorenzetti, Ricardo L.: *La protección jurídica del ambiente*, LL 1997-E, p. 1463.

Quiroga Lavié, H., **Benedetti**, M.A. y **Cenicacelaya**, María de las Nieves: *Derecho Constitucional Argentino*. Segunda Edición. Rubinzal Culzoni Editores.

Pinto, Mónica: *Temas de derechos humanos*. Editorial del Puerto. Buenos Aires, 1997.

Moya Domínguez, María Teresa: *Manual de Derecho Internacional Público*. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2006.

Notas

2. Es uno de los documentos fundamentales de la Revolución Francesa.

3. Este último documento sirvió de preámbulo a la primera constitución de la Revolución Francesa, aprobada en 1791. La Declaración de 1789 inspirará, en el siglo XIX, textos similares en numerosos países de Europa y América Latina. La tradición revolucionaria francesa está también presente en la Convención Europea de Derechos Humanos firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950.

4. Para algunos autores, como Francisco Laporta, existiría un pequeño número de derechos humanos básicos, de los que se derivarían los derechos constitucionales más concretos. Luigi Ferrajoli, en su teoría del garantismo jurídico, sostiene que, siendo los derechos constitucionales o fundamentales los reconocidos en la Carta Magna de los Estados, los derechos humanos son aquellos que se reconocen a todos, independientemente de su ciudadanía y su capacidad de obrar:
5. Derechos de 1ra generación: Son el derecho a la vida, a la integridad física; a la libertad y a la seguridad jurídica; a circular libremente y a elegir su residencia; a tener una nacionalidad; a casarse; la libertad de culto; libertad de opinión y expresión de ideas. Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.
6. La razón de ser de los Derechos de 2da generación se basa en el hecho de que el pleno respeto a la dignidad del ser humano, a su libertad y a la vigencia de la democracia, solo es posible si existen las condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen el desarrollo de esos hombres y esos pueblos. Estos derechos, pueden exigirse al Estado en la medida de los recursos que efectivamente tenga.
7. Los Derechos de 3ra generación también conocidos como Derechos de Solidaridad o de los Pueblos contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. Se entiende por generación al periodo de tiempo en que un movimiento sostiene la vigencia de ciertos derechos de las personas.
8. El nuevo texto dispone que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. El segundo párrafo incorpora once Declaraciones y Tratados Internacionales de DDHH, y aclara que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la 1ra Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.
9. Con estos reconocimientos se enrola en una posición más avanzada que la CN, acorde con los movimientos europeos de DDHH.
10. Esta es la causa de la formación de la “Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo”.
11. No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Superior de Justicia declaró inconstitucional el plazo de caducidad del art.4, por considerarlo inadecuado a un recurso de la naturaleza del amparo.
12. Lima, Fernando Juan, “Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica”, del 27-03-2014, Buenos Aires, R.A.
13. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades
14. El concepto de “desarrollo humano” se ha divulgado por acción de la ONU y de la Doctrina Social de la Iglesia a través de las Encíclicas Papales. Esta noción y la de “desarrollo sostenible” requieren de la instauración a nivel global de una nueva ética.
15. Este Consejo se encarga de la elaboración de planes estratégicos consensuados para cumplir los fines señalados en 1 y 2. Está integrando por el Jefe de Gobierno y representantes de instituciones y organizaciones sociales. El desempeño de estas entidades demuestra el carácter participativo de la elaboración de políticas, lo que bien puede realizarse en las Comunas.
16. La ONU creó la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1983) a la que se conoce como la Comisión Brundtland, que fue su primer presidente y quien produjo en 1987 el informe “Nuestro Futuro Común”, documento que acuñó “el concepto de desarrollo sostenible” definido como “la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, compromiso intergeneracional que guió la evolución del derecho ambiental DIA de ahí en adelante. Además, en la Conferencia de Montreal, se firmó un Protocolo (1987) para combatir el agotamiento de la capa de ozono.
17. Durante su desarrollo se firmaron dos convenciones: Convenio de la ONU sobre la Diversidad Biológica y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).
18. Acuerdo de Marrakech (1994): creó la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994, fue el primer tratado económico en reconocer las metas de desarrollo sostenible y protección del medio ambiente; Convención sobre el Cambio Climático: desde 1995, sus firmantes se han reunido cada año en la llamada Conferencia de las Partes (COP); Protocolo de Kioto (1997): trata los peligros del efecto invernadero fue el primer acuerdo internacional en establecer obligaciones jurídicamente vinculantes para los países desarrollados; Declaración del Milenio (2000): fortaleció la importancia del desarrollo sostenible con un enfoque en los pobres y el respeto a los derechos humanos; Declaración sobre el Desarrollo Sostenible (2002): adoptada en la Cumbre Mundial de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (2002), que se centró en el desarrollo y la erradicación de la pobreza con un enfoque jurídico-económico sobre las “asociaciones público-privadas”. En lo que va de la segunda década de este siglo, tantos los órganos de la ONU como las organizaciones especializadas realizaron importantes sesiones especiales sobre distintos aspectos de la cuestión ambiental.

TRAVIESO: DERECHO, VIDENTES Y VISIONARIOS

El doctor Juan Antonio Travieso plantea puntos de vista novedosos para la reformulación del Derecho Público frente a los cambios en el mundo que tendrán que abordar los jóvenes de hoy. Derecho Público para videntes y visionarios: Un proyecto para armar

JUAN ANTONIO TRAVIESO*

Siempre o casi siempre hay una tendencia en el derecho a asignar dificultades y obstáculos, especialmente cuando no existen puntos simples de partida. Todos creen, con razón, que una encrucijada es un cruce de caminos, una situación difícil y comprometida con varias posibilidades, entre las que hay que escoger una. El derecho opera en estos casos como el argumento de una historia en el momento de salir del papel en blanco, como dique o como eclosión, para un proyecto que se presenta como una faena para videntes o visionarios.

El punto es adivinar el contenido de esos caminos en la bruma e inundar los papeles en blanco. Para ese propósito, hay que **indicar las señales que nos permitan salir de los laberintos** y de esa manera establecer la operación que nos permita describir activamente un estado de cosas, un pronóstico que no se presenta de manera lineal.

El hombre o mujer del derecho tienen siempre el recurso de volver a sus barrios intelectuales, arrabales habituales del conocimiento que son los ámbitos del lenguaje técnico, que inequívocamente habilitan lo más fácil, y menos comprometido, que es escapar por la tangente.

La otra variante, por la que nos inclinamos, es **optar por el arriesgado compromiso de los videntes y visionarios.**

Entre ortodoxia y heterodoxia:

Las primeras opciones nos plantean el cuestionamiento acerca de si en el derecho público conviene ser heterodoxos, o si es preferible el cómodo refugio de la ortodoxia.

Vamos al punto y veamos el primer camino, el de la ortodoxia, para enfocar los cambios en el

* Juan Antonio Travieso es Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos y Garantías, en la Facultad de Derecho de la UBA, Director del Departamento de Derecho Público en la facultad citada.



derecho público. Es cierto que no podemos evitar referirnos a los cambios en los ámbitos del derecho público sin la presión de la historia personal que irremisiblemente, por una moderada egolatría, nos resulta terreno fértil. Para un ingeniero o arquitecto todo es cuestión de medidas, de atmósferas. En cambio para los juristas el tema es la intensidad, el contenido: la sandía calada en el medio.

Se trata de enfocar lo que más nos influye, aunque en definitiva no sea lo que impacta a todos. Hay una cierta situación de ventaja del que

escribe, en el que las historias nunca son rectilíneas y el ratón se come al gato.

En la actualidad es paradójico que el derecho, en especial el derecho público, también se presente como una obra de ingeniería y de arquitectura. Octavio Paz decía que la arquitectura es el testigo menos sobornable de la historia, seguramente respetando a Aristóteles, quien afirmaba que cuando se construye bien se llega a ser un buen arquitecto.

De la misma manera **en el derecho, cuando se piensa bien, se construye mejor.**

Veamos otros ejemplos: disciplinas como el derecho internacional clásico y el nuevo derecho internacional de los derechos humanos con sus horizontes renovados, la lucha planteada contra todos los extremismos, el enfoque de la contaminación ambiental, el tema de la privacidad vinculado con internet, los drones y la seguridad, son algunos de los nuevos temas que representan esa nueva atmósfera.

Ese derecho interrelacionado, se matiza con la globalización, la regionalización y los nuevos esquemas del mundo que obligan a analizar todo de nuevo, desde cero, con reflexiones inevitables, producto de los nuevos escenarios y el mapa de ruta para los videntes y visionarios.

Hagamos una pausa. Pasemos a la feliz heterodoxia.

Mientras se agotaba el siglo XX el derecho público se desarrollaba con prisa y sin pausa. Se consolidó en la posguerra con la interdependencia que hizo del Estado el sujeto y agente generador de las relaciones internacionales.

Ese Estado siempre refutado y culpable de las mayores atrocidades lucía solitario en el curso de la historia, y los Derechos Humanos se instalaron para evitar o por lo menos aminorar esos males.

Pero hay algo más en ese contexto. Nos hallamos a caballo de la realidad que tiene tal velocidad que nos encuentra narrando un film en 3D mientras estamos en pleno decolaje de un avión, con sus turbinas en fabricación dentro de una ingeniería popperiana. En ese nuevo mundo en cuatro dimensiones 4D hay fuerzas que operan de manera tradicional y otras de manera modernizadora, con efectos centrífugos y centrípetos, hacia el centro y fuera del centro.² **Esa concepción 4D suma a las cuatro dimensiones los factores tiempo y movimiento, necesarios para el enfoque integral que pretendemos.**

El punto de conflicto se produce ante los institutos tradicionales del derecho público.

Por ejemplo, el caso del Derecho de los Tratados, sus desarrollos y factores de expansión. Más allá de estos factores de aceleración persisten los lineamientos generales clásicos de la formación de las normas y predomina la presencia activa de los Estados y otros sujetos del derecho que filtran, esto es, aceptan o rechazan, y en general siguen siendo los guardianes de la formación de derecho. En realidad, lo difícil en este tiempo es que, a estas alturas del siglo XXI y de la globalización, seguir con el cuento de las viejas naciones del siglo XIX e incluso del XX resulta una maniobra distractiva pues no se atiende la realidad de los hechos.

El proceso de desarrollo del derecho público

El proceso de desarrollo del derecho público tiene que ver con etapas que en la naturaleza son elementales, aunque resulta complejo aplicarlo en el derecho.

Veamos: en este caso, el derecho público opera como en un proceso de la naturaleza debido a que los pasos de siembra, expansión y establecimiento, tienen paralelos muy significativos. En primer lugar se produce en las instituciones del derecho público la llamada “cross fertilization”, (fertilización en cruz) que llega a ser una “gross fertilization”, una fertilización masiva que actúa barriendo y haciendo crecer a los ordenamientos. La fertilización es de tal magnitud que aporta un nuevo producto que actúa dentro de nuevas concepciones del Estado y su redefinición.

Pero eso no es todo porque una vez operado el proceso descripto se produce una situación que

denominamos “transportation”, que podríamos traducir libremente como difusión activa y que en los hechos significa la conjunta importación y exportación de normas, que se va efectivizando en el sentido de una internacionalización de las normas que se yuxtaponen en los distintos ámbitos superadores de las periferias jurídicas.

Estos conceptos constituyen algo más que simples paralelismos explícitos o causales fruto de concepciones jurídicas compatibilizadas. Representan un intercambio intenso y un aporte significativo a la cultura jurídica que supera el esquema del derecho tradicional. Se trata pues de un espacio dinámico que supera la concepción clásica, con instituciones fertilizadas, transportadas y transformadas en los nuevos principios del derecho público.

Lo cierto, que adquiere un valor de verdad de perogrullo más allá de su trivialidad, es que **la sociedad cambió y lo que antes era imperceptible ahora es exponencial**. Para muestra basta un botón.

Veamos otros ejemplos: disciplinas como el derecho internacional clásico y el nuevo derecho internacional de los derechos humanos con sus horizontes renovados, **la lucha planteada contra todos los extremismos, el enfoque de la contaminación ambiental, el tema de la privacidad vinculado con internet, los drones y la seguridad, son algunos de los nuevos temas que representan esa nueva atmósfera**.

Los nuevos tiempos y nuevos campos:

La enumeración de los nuevos campos del derecho público sería imposible por su extensión.

Hoy hay una atmósfera y ámbitos diferentes en los que en vez de disparar balas se difunden ráfagas de metralla virtuales continuas, como en los medios de comunicación y las redes sociales.

En la actualidad para ser militante solo hace falta empuñar un mouse.

Lo cierto es que se han producido grandes cambios que varios pensadores han ido adelantando. Zigmunt Bauman ha marcado la existencia de un nuevo mundo, el de la modernidad líquida, que en contraposición con la modernidad sólida nos plantea un mundo frágil, desgarrado, heterodoxo.³

Lo mismo ha sucedido con el diseño de sociedad que cambió tan profundamente que en quinientos años hemos pasado de descubrir que la tierra era redonda a considerar que luego de internet y otros factores, la tierra es plana.⁴

La situación es de tal magnitud que Patrick Modiano, en su discurso en ocasión de recibir el Premio Nobel de Literatura, y refiriéndose a la acción del novelista en estas épocas, puso el acento y afirmó que “dentro de esta perspectiva pertenezco a una generación intermedia y estaría curioso de saber cómo las generaciones siguientes que nacieron con la internet, el celular, los mails y los tweets expresarán por medio de la literatura este mundo al cual cada uno está «conectado» en permanencia y donde las «redes sociales» merman la parte de intimidad y de secreto que aún era nuestro bien hasta una época reciente, el secreto que daba profundidad a las personas y podía ser un gran tema novelesco. Pero quiero permanecer optimista respecto al porvenir de la literatura y estoy persuadido que los escritores del futuro asegurarán el relevo como lo ha hecho cada generación desde Homero...”⁵

Una lección de optimismo la de Modiano, quien nos plantea interrogantes y acertijos para que los videntes descifren. Pero sin embargo, pensando en el relevo en el derecho, estamos convencidos de esa lucha desigual de las personas desconectadas de la realidad.

Un caso paradigmático es la representación política, que desde el punto de vista tradicional a veces luce anacrónica. Rousseau continúa en su estatua de bronce mientras el contrato social amarillea en las bibliotecas.

Lamentablemente el mundo actual no está dividido por la ideología, sino por la tecnología y solo una pequeña parte del planeta, en la que vive aproximadamente el 15% de la población del mundo, produce casi todas las innovaciones tecnológicas que presionan al derecho y generan progresos y peligros. ¿Un derecho público que pertenece solo al 15% de la población del mundo?

Lamentablemente el mundo actual no está dividido por la ideología, sino por la tecnología y solo una pequeña parte del planeta, en la que vive aproximadamente el 15% de la población del mundo, produce casi todas las innovaciones tecnológicas que presionan al derecho y generan progresos y peligros. ¿Un derecho público que pertenece solo al 15% de la población del mundo?

El nuevo modelo social:

El nuevo modelo social que se avecina va a producir cambios de gran calado respecto a la sociedad industrial, que van a influir no solo en la vida cotidiana sino también en las estructuras políticas, económicas y sociales. Algunos conceptos firmemente arraigados como el de soberanía nacional, el sometimiento al principio de legalidad, los sistemas de control y la propia democracia representativa, van a tener que ser revisados ante esta nueva realidad. No faltan voces que temen que la utilización de las técnicas de información y comunicaciones nos lleven a una sociedad vigilada y que algunos derechos, fundamentalmente el derecho a la privacidad, se vean gravemente afectados.

Un caso paradigmático es la representación política, que desde el punto de vista tradicional a veces luce anacrónica. Rousseau continúa en su estatua de bronce mientras el contrato social amarillea en las bibliotecas.

En defensa de Rousseau, sin embargo, las nuevas tecnologías van a servir también de instrumentos de democratización del poder social por medio del derecho y es allí donde internet opera

como instrumento de participación democrática. Recordemos los procesos democratizadores de Egipto, Kuwait y otros estados en los que los cambios no se produjeron en el fragor de la Plaza de la Bastilla sino en las computadoras y redes sociales que convocaban a las plazas.

Pasaron más de 500 años desde la invención de la imprenta y ahora nos estamos refiriendo a MB, a MSM, a WebCam, Skype, Facebook, Twitter, whatsapp ¿Nuevos términos, nuevas realidades? ¿Cómo influyen en el derecho público?

A veces existe la sensación de que el proceso de cambios tecnológicos va en un ascensor vertiginosamente, en tanto la transición del derecho público asciende por una escalera medieval paso a paso, lentamente.

Mientras tanto, en la oscuridad, la realidad se refleja en nuestras caras con esa luz blancuzca,

La tecnología encandila y produce un efecto hipnótico en todo este proceso. Así se ha dicho, irónicamente, que si a la máquina expendedora de cambios sociales le metemos monedas del siglo XXI sale burbujeante la tecnología que nos deja en éxtasis.

golpea en las pantallas de nuestras computadoras y smartphones y supera a cualquier ficción.

La tecnología encandila y produce un efecto hipnótico en todo este proceso. Así se ha dicho, irónicamente, que **si a la máquina expendedora de cambios sociales le metemos monedas del siglo XXI sale burbujeante la tecnología que nos deja en éxtasis.**

Ése es el mundo de las muchedumbres que no admite la soledad. Herman Melville, quien consideraba que el mundo es un barco en su viaje de ida y es un viaje sin vuelta, lo adelantaba diciendo que el aislado es un recluido y otros, con más criticismo, impugnan la conectividad y se plantean su presunta inutilidad. La conclusión es dramática: teléfonos cada vez más inteligentes utilizados por gente cada vez más estúpida.

El resultado nos lleva a concebir un derecho público cada vez más eficiente para una sociedad

pobre e incomunicada. Se han preguntado muy dramáticamente: ¿el mundo es un barco en busca de su Moby Dick?

Dejemos que Modiano nos ayude a desentrañar estos misterios en esta reflexión para novelistas, extensiva para juristas, cuando les aconseja que “su imaginación, lejos de deformar la realidad, debe penetrarla en profundidad y revelar esta realidad a sí misma, con la fuerza de los infrarrojos y de los ultravioletas para detectar lo que se esconde detrás de las apariencias. Y no estaría lejos de creer que en el mejor de los casos el novelista es una especie de vidente e incluso de visionario. Y también un sismógrafo dispuesto a grabar los movimientos más imperceptibles.”

Aquí se comprueba que novelistas y juristas tienen algo en común.

Ahora, bienvenidos los videntes y visionarios.



Notas:

1. Juan Antonio Travieso: *Garantías fundamentales de los Derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pag. 249. TRAVIESO, Juan Antonio, “La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”, LL del 12/12/1994
2. Zigmunt Bauman: *Modernidad líquida*, Fondo de cultura económica 2003
ver reportaje en <http://www.youtube.com/watch?v=X4YGdggCWd8>
ver también discurso en http://www.youtube.com/watch?v=hEu_mQ7qUwg
3. (The WorldIs Flat: A BriefHistory of the Twenty-First Century.- *La tierra es plana* Edit. Planeta 2006).
ver Thomas Friedman en <http://www.youtube.com/watch?v=53vLQnuV9FY>
4. © LA FONDATION NOBEL 2014 “Patrick Modiano - Conférence Nobel”. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Web. 8 Dec 2014. http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/2014/modiano-lecture_fr.html

Corte Interamericana

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CONDENÓ A LA ARGENTINA POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DEL NIÑO

En sentencia de abril de 2012 la CIDH reprocha a nuestro país por la vulneración de la Convención sobre Derechos del Niño al habersele negado al padre biológico la tenencia de su hija legítima.

LA SENTENCIA

El 27 de abril de 2012 la Corte IDH declaró por unanimidad que Argentina es internacionalmente responsable por violación de los derechos a la protección y garantías judiciales, protección a la familia, y por incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo A. J. Fornerón y de su hija Milagros por violación a los derechos del niño y la familia.

HECHOS

El 16 de junio de 2000 nació Milagros, hija de Diana Enriquez y de Leonardo Fornerón. Al día siguiente, la señora Enriquez entregó la nena en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Menores de la Ciudad de Victoria (Prov de Entre Ríos), dejando constancia de todo ello en un acta formal.

La Corte aclaró que hubo indicios acerca de que la entrega de la beba pudo haber sido a cambio de dinero, pero al no haber elementos suficientes no había figura penal.

El señor Fornerón tuvo conocimiento del embarazo meses antes del parto, pero la señora Enriquez le negó su paternidad y también la negó ante la Defensoría. A los treinta días del nacimiento de Milagros el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija (17 Julio 2000).

El 1 de agosto del 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de la niña. El Sr. Fornerón compareció y manifestó su oposición a esa guarda solicitando que la niña le sea entregada. Una prueba de ADN confirmó su paternidad pero la niña no le fue entregada.

Al año siguiente, una pericia psicológica concluyó en que “el traspaso de familia sería sumamente dañino psicológicamente para la niña”. En virtud de ello, el 17 de mayo del 2001, el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial al matrimonio B-Z, agregando que en un futuro podría haber un régimen de visitas.



El señor Fornerón apeló, y logró dos años después que se revoque la sentencia de guarda. El matrimonio B-Z interpuso recurso de inaplicabilidad de ley en noviembre del 2003, y el Tribunal Superior de Entre Ríos confirmó la sentencia de primera instancia.

Argumento del Superior Tribunal:

En función del tiempo transcurrido por la demora judicial, y en consideración del interés superior del niño que lleva tres años con el matrimonio B-Z, decidió finalmente el 23 de diciembre

del 2005 que se le otorgue la adopción de la niña M al matrimonio B-Z.

El único encuentro entre el Sr. Fornerón y su hija se llevó a cabo por un lapso de 45 minutos el día 21 de octubre de 2005.

En mayo del 2011, el Tribunal Superior convocó a audiencia para escuchar a la niña, al Sr. Fornerón y al matrimonio B-Z. Se acordó un régimen de visitas para el futuro.

Al informarse el gobierno argentino sobre el fallo del caso, el entonces Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación expresó que se trataba de un “Caso

Argentina no cumplió con su obligación sobre el derecho interno al no tipificar la “venta” de un niño. Ni tampoco adoptó medidas para prevenir o impedir la entrega de un niño a cambio de remuneración u otra retribución, destacando que la obligación de adoptar medidas para impedir dichas “ventas”, incluyendo su prohibición penal debió haberse hecho desde que Argentina ratificara la Convención sobre Derechos del Niño en octubre de 1990.

En consecuencia, por unanimidad la Corte IDH adjudicó al Estado Argentino las siguientes responsabilidades:

El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija Milagros, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última.

paradigmáticamente grave, reprochable conducta judicial, que en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de una niña y su padre, optó por dilatar y fabricar un contexto fáctico, irreversible, que luego sirvió de fundamento para la decisión”.

El Ministro de Justicia y DD.HH que lo sucedió en la misma línea señaló: “los procesos judiciales que llevó adelante la Provincia de Entre Ríos no garantizaron las normas constitucionales y los tratados internacionales con jerarquía constitucional que otorgan derechos y garantías tanto al padre como a la niña”.

Criterios adoptados por la Corte

A: la convivencia entre padres e hijos es fundamental en la familia. Cualquier separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

B: La evaluación del interés superior del niño debe partir de lo real, del impacto en su bienestar y desarrollo de los daños o riesgos reales, no imaginarios. “No pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres, o preferencias culturales respecto a algún concepto tradicional de la familia.

C: los procedimientos administrativos y judiciales respecto de los DDHH de los niños deben tener celeridad; toda dilación es perjudicial. El mero transcurso del tiempo crea lazos a veces irreversibles y puede volverse perjudicial para los intereses de los niños.

A juicio de la Corte:

- No se cumplió con el requisito de “plazo razonable” por lo que hubo violación de las garantías judiciales.
- El proceso de guarda no cumplió los requisitos legales, omitió pruebas, se basó en estereotipos.
- Se utilizó el retraso judicial como fundamento de la decisión.

“No puede invocarse al interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”.

D: La Corte IDH concluyó que “el Estado Argentino no observó el requisito de legalidad de la restricción al derecho de protección de la familia, ni el requisito de excepcionalidad de la separación de padres e hijos”.

E: Argentina no cumplió con su obligación sobre el derecho interno al no tipificar la “venta” de un niño. Ni tampoco adoptó medidas

para prever o impedir la entrega de un niño a cambio de remuneración u otra retribución, destacando que la obligación de adoptar medidas para impedir dichas “ventas”, incluyendo su prohibición penal debió haberse hecho desde que Argentina ratificara la Convención sobre Derechos del Niño en octubre de 1990.

En consecuencia, por unanimidad la Corte IDH adjudicó al Estado Argentino las siguientes responsabilidades:

1. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija Milagros, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última.
2. El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del señor Fornerón y de su hija Milagros, así como en relación con el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última.
3. El Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la niña y del señor Fornerón.

EL ESTADO ARGENTINO DEBE CUMPLIR

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que su Sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó como medidas de reparación que el Estado Argentino debe cumplir, las siguientes:

- a) Establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija Milagros;
- b) Verificar la conformidad a derecho de la conducta de determinados funcionarios que

intervinieron en los distintos procesos internos y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan;

- c) Adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas;
- d) Implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación;
- e) Publicar, en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de este fallo, el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Boletín Oficial de la Provincia de Entre Ríos,
- f) Pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, así como por el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

INDEMNIZACIONES POR DAÑOS

Las indemnizaciones por el daño causado que el Estado deberá abonar se dividen en:

Materiales: Fallo en equidad: U\$D 45.000 + U\$D 5.000 (gastos)

Inmateriales: Fallo en equidad: U\$D 60.000 para Forneron y U\$D 40.000 para la niña.

Costas y gastos: Fallo en equidad : U\$D 25.000

La síntesis de este fallo ha sido realizada por la Dra. Alicia Pierini para pensarjusbaire.

Fuente: www.cidh.or.cr

NIKKEN: “LOS PRESUPUESTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS”¹

El ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Pedro Nikken,² de origen venezolano, expuso su pensamiento sobre la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos en un trabajo académico que se encuentra en la sección Biblioteca de dicha Corte.

Los párrafos más significativos se reproducen textualmente a continuación.

“La persona humana no puede vivir conforme a la dignidad que le es inherente, en una sociedad oprimida. Los derechos humanos imponen la organización del entorno social y político en orden a su respeto, protección, satisfacción y garantía”.

“En el área jurídico-política es posible identificar tres precondiciones o presupuestos para que los derechos humanos puedan ser efectivamente realizables. Esas condiciones son la autodeterminación, el Estado de derecho y la democracia. La autodeterminación es condición para la existencia del Estado, que es el garante último de los derechos humanos”.

“...de donde surge la necesidad de una organización del Estado y del gobierno para que su función como garante pueda ser efectivamente cumplida, lo que se traduce en el imperativo del Estado de derecho y la democracia.”

“El mismo valor de presupuesto lo tiene, en el área socioeconómica, la justicia social, entendida como un umbral mínimo razonable de desarrollo económico y social y de acceso individual a los bienes sociales donde, al menos, la pobreza crítica no gravite determinantemente sobre la sociedad. La pobreza crítica y la exclusión que ella apareja asfixian colectivamente los derechos humanos al mismo título que la carencia de la autodeterminación, la democracia o el Estado de derecho.”

“... cuatro prerequisites o presupuestos de la efectividad de los derechos humanos, a saber: 1) la autodeterminación y los derechos humanos; 2) el Estado de

derecho y los derechos humanos; 3) la democracia y los derechos humanos; 4) la justicia social y los derechos humanos.”

La autodeterminación y los derechos humanos

“Los pueblos tienen derecho a disponer de sí mismos, esto es, a determinar libremente su estatus político y a definir de manera igualmente libre su desarrollo económico, social y cultural”.

* * *

“En palabras de la Corte Internacional de Justicia, “en el curso de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional, en materia de autodeterminación, evolucionó para dar lugar a un derecho a la independencia para los pueblos y territorios no autónomos, sujetos a la subyugación, la dominación o a la explotación extranjera”. De conformidad con esta dimensión de la autodeterminación, todo pueblo tiene el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. La voluntad del pueblo debe expresarse libremente mediante el voto, a través de procedimientos democráticos, ampliamente difundidos”.

En lo que respecta a la dimensión interna de la autodeterminación, hay consenso en que esta es la base para el derecho de todas las etnias, razas, nacionalidades y

grupos presentes en el pueblo a preservar su identidad y a tener pleno e indiscriminado acceso al gobierno del Estado, en todos sus niveles y ramas.

* * *

Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU:

La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.

El Estado de derecho y los derechos humanos

“La efectividad de los derechos humanos es indisoluble de una organización de los poderes públicos y un orden jurídico orientados hacia el pleno respeto de la dignidad humana, dentro de un marco de seguridad y justicia, en el cual el norte del Estado sea el bien común. Este entorno, que se corresponde con el concepto de Estado de derecho, comprende, en primer lugar (a), la sujeción de los poderes públicos al orden jurídico, en segundo lugar (b), la garantía efectiva de todos los derechos humanos y, por último (c), la organización acorde de los mismos poderes públicos.”

La supremacía del derecho. ¿Estado de derecho formal o sustancial?

“El poder no puede ejercerse legítimamente de cualquier manera, sino que debe sujetarse a los límites que conforman el Estado de derecho, una de cuyas fuentes más relevantes viene constituida por la intangibilidad y la supremacía de los derechos humanos.

Como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

“[...] Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.”

* * *

“El ejercicio del poder, pues, debe sujetarse a ciertas reglas que lo limitan, tanto en el plano formal como en el material. Los límites formales comprenden la

separación e independencia de los poderes públicos y el principio de legalidad, es decir, al quién y al cómo se ejerce el poder; los límites materiales están referidos a la adecuación del ejercicio del poder público a los fines del Estado contemporáneo, entre los cuales descuella el conjunto de obligaciones que los derechos humanos imponen al Estado, es decir al qué deben contener los actos del poder público.

En segundo lugar, dentro del señalado marco, el Estado de derecho reconoce el rango constitucional de los derechos humanos, tanto por su expreso enunciado en el texto de la constitución como por su inclusión en el llamado bloque de constitucionalidad, cuyo respeto, satisfacción, protección y garantía debe imbuir la totalidad del orden jurídico y del aparato del Estado.”

* * *

“En tercer lugar, las restricciones legítimas a los derechos humanos también están sujetas a la garantía del Estado de derecho. Los derechos humanos admiten restricciones cuya legitimidad material está sujeta a que ellas respondan a imperativos del Derecho basados en el orden público (en sentido amplio) o los derechos de los demás, y cuya legitimidad formal deriva de que ellas están comprendidas dentro de la “reserva legal” o “reserva de ley”, es decir, la legitimidad de las restricciones a los derechos humanos requiere que estas (...).”

La garantía efectiva de todos los derechos humanos. ¿Estado de derecho o Estado Social de Derecho?

“Como lo ha expresado García-Pelayo, “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”.

Para mostrar los contrastes entre el Estado liberal y el Estado social, el mismo autor expresa: “De este modo, mientras el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquél era fundamentalmente un Estado legislador, este es, fundamentalmente, un Estado gestor, a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos-leyes, leyes medida, etc.); mientras que el

uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material. Mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cual se instituyeron los adecuados mecanismos –derechos individuales, principio de legalidad, separación de poderes, etc.–, en cambio, lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado, para lo cual han de desarrollarse también los adecuados mecanismos institucionales. Allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional.”

“La noción de Estado Social de Derecho respondió al reconocimiento constitucional de los derechos sociales, los cuales, en consecuencia, debían compartir la jerarquía que el Estado de derecho, en su formulación histórica primera, (...) conocidos como derechos civiles y políticos. **La proclamación como derechos humanos de los derechos económicos, sociales y culturales debía comportar como corolario que la organización del Estado de derecho incluyera mecanismos para asegurar el respeto, la garantía, la protección y la satisfacción de esta última categoría de derechos, en consonancia con el concepto de Estado que surgió del reconocimiento de los derechos individuales y las libertades públicas o derechos civiles y políticos.** El Estado Social de Derecho representa la nueva dimensión que debió adquirir del Estado en función de sus obligaciones para con sus ciudadanos, en materia de derechos sociales.”

* * *

“La formulación del Estado Social de Derecho, si bien tiene el mérito histórico de haber destacado la naturaleza y la jerarquía de los derechos económicos, sociales y culturales, tal vez no se justifica conceptualmente en el presente, como una noción distinta al del Estado de derecho, a secas, a la luz de la jerarquía y naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales y de la unidad y universalidad conceptuales de los derechos humanos. **Si los derechos humanos responden a un único concepto, sean estos individuales o sociales, también el Estado de derecho debe responder a un único concepto. Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes de tal modo**

que no es concebible que el Estado de derecho no los proteja y garantice también de manera indivisible e interdependiente”.

* * *

La organización del Estado para el control del poder

“En el Estado de derecho el ejercicio del poder público debe ser controlado a través de normas jurídicas dictadas y aplicadas por órganos independientes y autónomos. De allí se siguen el principio de legalidad, como base de la definición de las competencias de los diferentes órganos del poder público, y la separación de poderes, como mecanismo apropiado para equilibrar el ejercicio del poder del Estado y de cerrar los cauces a la arbitrariedad.”

* * *

“En lo que se refiere a la independencia del poder judicial, la misma Corte ha subrayado que ‘**uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces**’, y ha determinado que el principio de independencia judicial es esencial para la protección de los derechos humanos, de modo que su vigencia es absoluta y debe mantenerse aun bajo estado de excepción”.

La democracia y los derechos humanos

La democracia, nos dijo Burdeau, “*es hoy una filosofía, una manera de vivir y, casi accesoriamente, una forma de gobierno*”. La democracia no responde a un concepto inmutable, pues su propia dinámica la impulsa hacia la búsqueda de su perfectibilidad.

* * *

...la democracia política representativa, es decir, el sistema de gobierno en el cual la voluntad del pueblo es el fundamento de la autoridad del poder público, voluntad que se expresa a través de elecciones auténticas y periódicas, por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

El vínculo ontológico entre la democracia y los derechos humanos

“(…) El ejercicio del poder, en democracia, no resulta de un hecho de fuerza ni de una imposición arbitraria, sino de la voluntad popular, expresada en términos de mayoría; pero sin que esto implique que se subyugue a la minoría, a la que se reconoce el derecho a disentir y a no ser discriminada en el ejercicio de sus derechos. La supremacía de la soberanía popular y el respeto y la garantía de los derechos humanos son los pilares de la democracia”.

* * *

“Soberanía popular significa que el único titular de la soberanía es el pueblo en su conjunto y nadie más que el pueblo en su conjunto. Nadie, ni como individuo, ni como fracción aun mayoritaria del pueblo, ni como órgano del Estado, incluso como órgano constituyente, puede apropiarse de la soberanía para ejercerla como poder absoluto contra el pueblo o alguno de sus componentes. Así entendido, **el principio de la soberanía popular no solo es compatible con el Estado de derecho, sino que es su primera garantía**”.

“Por consiguiente, la soberanía popular, fundamento y límite de la democracia política, debe ser entendida como la resultante o sumatoria de la voluntad de todas las personas que se integran en el pueblo.”

* * *

Sin democracia no hay derechos humanos

“Como cuestión de principio, si el fundamento del poder público resulta de una imposición al pueblo, no sujeta a su aprobación, y se define por la sola fuerza de quien lo detenta, la autonomía y la dignidad como seres humanos de los gobernados quedan irremisiblemente vulneradas. La fuerza es la única fuente del poder del gobierno y sus actos fundan su fuerza obligatoria exclusivamente sobre el miedo al castigo.”

* * *

Fuera de la democracia, el poder político porta en sí mismo la opresión

“La Corte considera que el ejercicio efectivo de los Derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.”

Tampoco hay democracia sin derechos humanos

* * *

“El régimen democrático porta en sí la supremacía de los derechos humanos y su estructura como forma de gobierno no es concebible si no incluye medios, mecanismos y procedimientos enderezados hacia la protección, el respeto, la satisfacción y la garantía de los derechos humanos. Si la garantía de los derechos humanos no está asegurada, la voluntad popular no podrá expresarse libremente, la soberanía popular quedará truncada y el ejercicio democrático deslegitimado”.

…

“La democracia, adicionalmente, reconoce el derecho a disentir. La minoría no está condenada a soportar incólume cualquier *diktat* arbitrario de la mayoría. La propia dinámica de una gestión democrática debe llevarla a ser la de la mayoría, desde el gobierno, con la minoría, desde la oposición. La democracia está llamada a funcionar como un proceso de **codeterminación** del pueblo.”

* * *

Las tensiones entre democracia y derechos humanos

“La democracia es un sistema de gobierno y, por lo tanto, lo es también de ejercicio del poder. Como tal, no está exento *per se* de incurrir en actos ilegales o en abusos, particularmente contra los derechos humanos. El origen democrático de un gobierno no lo inmuniza bajo ningún respecto.”

* * *

“La democracia, por otro lado, requiere la búsqueda de ciertos consensos, sobre la base de negociaciones, acomodados y arreglos entre los diversos actores

políticos, mientras que los derechos humanos dejan poco margen a la flexibilidad” (...).

* * *

“Otro aspecto de la democracia que puede revelar tensiones con respecto a los derechos humanos tiene que ver con los límites a la legitimidad del principio mayoritario, característico del régimen democrático. Los derechos humanos imponen que la legitimidad democrática no esté determinada únicamente por lo formal o procedimental, sino que se extienda también a lo sustancial”, (...).

* * *

“Las tensiones que pueden presentarse entre democracia y derechos humanos, pues, o bien son aparentes o bien son perversiones de la democracia, que no destruyen el concepto de esta ni disminuyen el vínculo indestructible entre una y otros”.

* * *

Justicia social y derechos humanos: la liberación de la pobreza crítica

“La justicia social es una herramienta para la liberación de la opresión que dimana de la pobreza extrema y de la exclusión. Al igual que la autodeterminación, el Estado de derecho y la democracia, su privación inhabilita al cuerpo social en su conjunto como entorno propicio para la plenitud de los derechos humanos”.

* * *

“El tema de la pobreza, y muy en particular el de la pobreza crítica, es indisociable de los derechos humanos, que imperativamente deben ser el eje de un enfoque integral del problema. La estupenda elaboración conceptual sobre los derechos humanos que se ha venido construyendo entre luchas sociales, sustento doctrinario filosófico, jurídico y político y una destacada participación de la comunidad internacional, pierde consistencia cuando se confronta con la realidad de centenares de millones de miserables, de excluidos que ignoran incluso que tienen derechos inherentes a su dignidad”.

Pobreza, justicia social, democracia y derechos humanos

“El fenómeno de la pobreza no es novedoso sino una presencia persistente en la historia. Tampoco es exclusivo de los países débiles o pobres, puesto que grandes potencias mundiales y países comúnmente aceptados como ricos o desarrollados alojan grupos o minorías que la padecen. **La pobreza es un componente estructural de la humanidad en su organización social actual. No es un fenómeno natural, pues nadie es pobre por naturaleza.**”

* * *

La pobreza abate todos los derechos humanos y no solo los económicos, sociales y culturales; (...) Se trata de un fenómeno multidimensional y complejo, que erosiona todos los derechos humanos y degrada la dignidad humana.

* * *

En sus conclusiones en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague (1995), **Nelson Mandela** afirmó que la pobreza crítica es una nueva faz de la esclavitud y del apartheid (...)

“Como la esclavitud y el apartheid, la pobreza no es natural. Es obra del hombre y puede ser superada y erradicada por las acciones de los seres humanos.”

“Y la superación de la pobreza no es un gesto de caridad. Es un acto de justicia. Es la protección de un derecho humano fundamental, el derecho a la dignidad y una vida decente”.

“Mientras la pobreza persista, no hay verdadera libertad”. (Mandela 3-2-05)

* * *

La justicia social

“La justicia social es una cuestión de derechos humanos, en un sentido positivo. En primer lugar, porque implica que el Estado debe organizarse para proteger, respetar, satisfacer y garantizar todos los derechos humanos. En segundo lugar, porque se requiere que toda persona tenga acceso no solo virtual sino real a los bienes individuales y sociales que están contenidos en los derechos humanos, en particular la vida,

libertad, seguridad, acceso a la justicia, participación en los asuntos públicos, el trabajo y un nivel de vida decente, que incluye los niveles mínimos de educación, salud, etc. Tercero, porque implica que el Estado se organice para proteger y defender a todas las personas que sufren violaciones de derechos humanos. En este sentido, la justicia social es más que una distribución equitativa de la riqueza y una cuestión de política y de gasto público. Es una cuestión de organización del Estado y de la sociedad para preservar, dentro de los valores de la democracia, los atributos de la dignidad humana, cuya expresión jurídica son los derechos humanos”.

* * *

“La injusticia social, en cuanto acarrea y comprende la exclusión, la pobreza crítica y la privación de bienes sociales fundamentales, implica violaciones de los derechos humanos, que pueden ser de la máxima gravedad”.

La democracia

“Desde otro ángulo, la democracia representativa, entendida incluso en su versión minimalista como mero procedimiento para elegir libremente al gobierno, sufre un descabro como entorno apropiado para el fortalecimiento de los derechos humanos cuando la pobreza crítica alcanza un umbral relevante en la sociedad, al punto que se desvirtúa como presupuesto de los derechos humanos. Otro tanto puede decirse del Estado de derecho, incluso si se lo entiende desprovisto de todo componente social”.

* * *

“La democracia que no combate con eficacia la exclusión y la pobreza se niega a sí misma. ¿Qué existencia real tiene la democracia en una sociedad oprimida por la pobreza crítica? ¿Qué efectividad real tiene el derecho a elegir y a ser elegido, o a participar en los asuntos públicos directamente? ¿Cómo ejercen los excluidos el derecho de asociación?”

* * *

“El Estado es el garante de los derechos humanos y estos tienen, por lo tanto, una vocación universalizante con respecto a todas las actuaciones del Estado. Son al mismo tiempo límites y lineamientos para el

ejercicio del poder público. Por eso choca que se pretenda discernir entre derechos de primera y derechos de segunda a la hora de juzgar el cumplimiento de los deberes y las funciones del Estado con respecto a los derechos humanos, a todos los derechos humanos. También luce como un espejismo, y casi como una frivolidad, la noción de imperio de la ley y de Estado garante de los derechos humanos para quien está tan excluido del ámbito del Estado, que ni siquiera sabe que tiene derechos”.

* * *

La mayor forma de opresión de nuestro tiempo es la pobreza extrema

“La liberación de la pobreza no agota en ese punto su vínculo con los derechos humanos. En una dimensión individual, puede afirmarse **un derecho a la oportunidad de salir de la pobreza en condiciones de igualdad y no discriminación, e igualmente un derecho a ser protegido contra las consecuencias de la pobreza sobre los derechos humanos**. No se trata, es verdad, de nuevos derechos, sino de expresiones particulares de derechos universales cuyo efectivo goce se deniega a los más pobres.”

* * *

“los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos proporcionan “una orientación práctica sobre el modo de hacer operativas las obligaciones de los Estados en relación con el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos de las personas que viven en la extrema pobreza, un sector de la población general con frecuencia olvidado y, en cierta medida, invisible”.

Fuente: “www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/index.html”

1. El texto que publicamos se compone de párrafos textuales extraídos de la publicación titulada “Los presupuestos de los Derechos Humanos”

2. El Dr. Pedro Nikken (venezolano) ha sido Juez y Presidente de la Corte IDH. También fue presidente de la Comisión Internacional de Juristas con sede en Ginebra y es docente y autoridad de la Universidad Central de Venezuela.



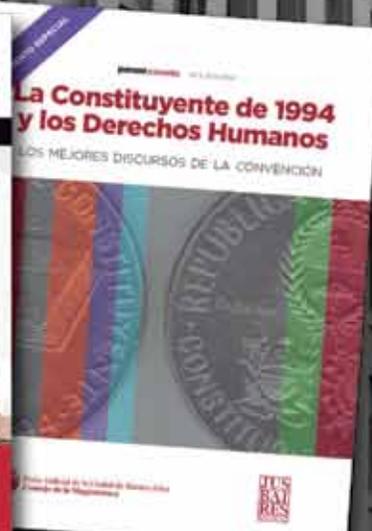


MEMORIA
PARA QUE NO SE REPITA
A DIEZ AÑOS
DE LA TRAGEDIA
DE CROMAGNÓN

Fotoreportaje: María Eugenia Redondo.
30 de diciembre de 2014



pensar **JUSBAIRES**



web: www.pensar.jusbaires.gob.ar

mail: pensar@jusbaires.gob.ar



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



www.editorial.jusbaires.gob.ar



editorial@jusbaires.gob.ar



[/editorialjusbaires](https://www.facebook.com/editorialjusbaires)