



SUMARIO

DOCTRINA

La autonomía de la voluntad ante la injerencia estatal en el derecho de familia

Guillermina Leontina Sosa 3

El artículo 42 de la Constitución Nacional y el régimen legal de Defensa de la Competencia. Caminos divergentes

Juan B. Justo 11

NOTA A FALLO

Derecho a la Vivienda e Interés Superior del Niño no son garantía de judicialización

Valentín Thury Cornejo 18

Un fallo pionero en torno a la protección de las minorías políticas

Jorge Alejandro Amaya 44

DERECHO INTERNACIONAL

Nunca más prisión ni reclusión perpetua a adolescentes en Argentina

Natalia Martino 52

DERECHO PROVINCIAL

Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH

Ignacio Colombo Murúa 62

JURISPRUDENCIA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Obligatoriedad de sus recomendaciones. Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disidencia (CS) 74

FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Cobertura de un tratamiento de inyección intracitoplasmática de espermatozoides. Aplicación de la Ley 26.862. Derecho de las personas por nacer. Derecho a la vida (CFed. Salta).

Con nota de Ignacio Colombo Murúa 62

LEGITIMACIÓN PROCESAL

Asesor de menores. Desalojo de una vivienda usurpada. Defensa de los niños y adolescentes que viven allí. Derecho a la vivienda (CS).

Con nota de Valentín Thury Cornejo 18

PARTIDOS POLÍTICOS

Sistema de composición definitiva de la lista de candidatos a diputados nacionales. Necesario respeto de las minorías. Deber de modificar el reglamento (CNE-lectoral).

Con nota de Jorge Alejandro Amaya 44

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Condena a jóvenes por delitos cometidos siendo niños. Prisión y reclusión perpetuas. Penas incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño. Tortura. Pautas para la determinación de la pena cuando se juzga a menores de edad. Deberes del Estado respecto de las personas bajo su custodia. Revisión de la sentencia condenatoria (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Con nota de Natalia Martino 52

ISSN: 2250-432X

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5075988

Propiedad de La Ley S.A. E. e I. Administración, Comercialización y Redacción: Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Teléfono: 4378-4765. Buenos Aires, República Argentina. Impreso en La Ley S. A. E. e. I., Rivadavia 130, Avellaneda,
Pcia. de Buenos Aires.



La autonomía de la voluntad ante la injerencia estatal en el derecho de familia

Guillermina Leontina Sosa

SUMARIO: I. Autonomía de la voluntad. Intimidación. Derechos Humanos.- II. Intromisión estatal. Pautas.- III. Autonomía de la voluntad, derecho a la intimidad en el seno familiar. Panorama actual.- IV. Algunos supuestos que evidencian tensión.- V. A modo de síntesis y aproximaciones finales.

I. Autonomía de la voluntad. Intimidación. Derechos Humanos

El artículo 19 de la Constitución Nacional reconoce que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Esta manda constitucional, encuentra su antecedente en la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y el Ciudadano francesa de 1789 conforme a cuyo artículo 4to., “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismo derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley (1)”.

A nivel nacional, la primera vez que se menciona en un texto normativo es en el Estatuto de 1815

por el que se disponía “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden público, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de la Nación”. (2)

Es sencillo advertir, en primer lugar que conforme a la disposición francesa el único límite a la acción del individuo es la no ocasión de un daño a un tercero. Asimismo, queda plasmado en la norma el principio de legalidad conforme al cual solo puede restringirse un derecho por parte del Estado mediante una ley.

Por otro lado, que las divergencias entre la norma prevista en 1815 y la recogida por la Constitución de 1853 están dadas por la incorporación de la confrontación de la acción particular con la moral pública como una habilitación a la injerencia estatal y, por lo que entiendo más trascendente, la incorporación del principio de legalidad. Esta última adenda que distingue a la norma de 1815 de la constitucional implica imponer una forma para la admisión de restricciones a la libertad de los individuos. Fija qué características deberá tener la intervención del Estado para poder conseguir privar o restringir de una libertad a un individuo, u obligar a determinado modo de actuar.

Por supuesto que este reconocimiento es no sólo del individuo frente al Estado, sino —claro está— contra cualquier otro sujeto que pretenda

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf> (consultado el 21/05/2013).

(2) SOLA, Juan Vicente, Constitución y Economía, Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, 2004, p. 791.

aniquilar o diluir los derechos, libertades y garantías consagrados por la Carta Fundamental.

En definitiva, la Constitución —en palabras de Joaquín V. González— establece dos clases de limitaciones a los derechos que reconoce. Por un lado, las generales que ella declara y las que confiere al poder de la ley, y las “especiales o excepcionales que expresa al hablar de cada una de las funciones públicas que crea o encomienda a los ciudadanos o ‘a todos los habitantes de la Nación’”. (3)

Apunta GELLI, con la claridad que la distingue, que “la distinción entre las acciones privadas y acciones realizadas en privado es vital para proteger conductas humanas que, aun realizadas en público, no interfieran con los derechos de terceros ni afectan al orden ni a la moral pública”. (4)

La norma deja sentado el principio de la libertad, de la privacidad. La posibilidad del individuo de poder contar con un reducto de intimidad pese a su vida en sociedad. Esa autonomía para poder realizar las acciones que le permitan sentirse realizado, es decir, aquellas manifestaciones de la elección de su propio proyecto de vida libre de interferencias estatales, se quiebra cuando transgredan, ofendan:

- Al orden público
- A la moral pública o,
- Perjudiquen a terceros

Por supuesto, en los dos primeros supuestos estará en juego la determinación de ese orden y moral públicos. El daño a terceros parece un requisito más objetivo frente a los otros dos que se relacionan, en el caso de la moral pública con un sentir o aceptación social característicos de un tiempo y espacio determinados. Por supuesto, esta moral pública deberá dejar siempre a salvo el derecho de las minorías.

En relación al orden público ha dicho ORGAZ —tras reafirmar la elasticidad e imprecisión del

término—, citando a Salleiles que son “todos los principios generales de carácter constitucional, que sirven de fundamento al orden social, industrial y político”. (5)

Podría, entonces, decirse que el orden público es aquel por el cual el Estado debe velar para su propio mantenimiento. Ello significa que no cualquier conducta podrá poner en peligro este orden y consecuentemente, una vez más, que el accionar estatal es de completa excepción.

Otra distinción importante que apunta Gelli es la existente entre privacidad e intimidad. La citada en primer término, implicaría el principio de no interferencia, en tanto que la segunda, que se deriva de la primera, ampara ese reducto en el que uno puede estar solo. (6)

II. Intromisión estatal. Pautas

Las breves (el tema ha sido extensa y profundamente abordado por la doctrina) aclaraciones, o delimitaciones conceptuales, nos permiten extraer algunas pautas para la habilitación legítima de la injerencia estatal, ello por cuanto maguer la existencia del principio de legalidad que se explicita en el ya transcrito artículo 19 de la Constitución Nacional pueden presentarse supuestos de ausencia de una norma clara sobre las acciones viables del Estado o, aun ante su presencia, la posibilidad de que su validez se ponga en duda.

En estos casos las pautas que deben guiarnos al momento de determinar si la intromisión es legítima son:

- acción subsidiaria del Estado
- negative or positive *Bandung* (7)
- existencia de una razón, un interés social o público que pueda invocarse para la intromisión estatal
- ¿Se está dañando a un tercero?

(3) GONZALEZ, JOAQUIN V., Manual de la Constitución Argentina (1853-1860), actualiz. Por QUIROGA LAVIÉ, Humberto, La Ley, 2001-53.

(4) GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada., 3ra. ed., La Ley, 2006-249.

(5) ORGAZ, Alfredo, LA LEY, 64-223, citando a Salleiles, “De la déclaration de volenté” comentario al artículo 133, núm. 43 (París, 1929).

(6) Op. cit., p. 250. También, véase su artículo “La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad”, publicado en Sup. Esp. Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 93, LA LEY, 2012-C, 1087.

(7) Principio de legalidad administrativa. Se utilizara el concepto para hacer el paralelismo entre el obrar de los particulares y el obrar del Estado.

* Verificación de supuestos en los que el daño que se infringe (o que cierta y previsiblemente pueda ocasionarse) la persona a sí misma habilita la injerencia.

Desglosemos cada una de las pautas anteriores:

Acción subsidiaria del Estado:

- Solo actúa para proteger, tutelar a los individuos en los supuestos en que la protección o respuesta no pueda emanar del propio sujeto.

Negative and positive Bindung

- Estas doctrinas nacidas para dar respuesta y fundamento a la actividad estatal servirán de paralelismo para describir la posibilidad de actuación del Estado en la actualidad en contraposición al individuo

La postura positive Bindung (de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad), implica que el Estado solo puede realizar lo expresamente establecido por la ley y se opone a la tesis conocida como negative Bindung conforme a la cual el Estado puede realizar todo aquello que no se oponga a la ley. **(8)** Esta última doctrina que otorga amplia libertad a la Administración queda en el Estado de Derecho reservada sólo a la visión del principio de legalidad aplicado a los individuos como se reconoce en el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental.

En consecuencia, a diferencia de lo dispuesto en relación a los sujetos, quienes podrán efectuar todo lo que no se halle expresamente prohibido, el Estado como principio solo puede realizar aquello a lo que expresamente se lo ha habilitado por parte de los mismos individuos.

- Ante la ausencia de norma explícita de la cual se derive la posibilidad o el deber de actuar del Estado, su actuación debe desprenderse de la finalidad misma de su existencia: el interés social y el orden público (como se adelantó estos conceptos ofrecen distintas posturas debido a su imprecisión. Imprecisión que habilitará a una interpretación más restrictiva o protectoria de los derechos y libertades según la óptica desde la cual se los mire).

En este sentido, como precisan Eduardo García de Enterría-Tomás Ramón Fernández, “el principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima”. **(9)**

Lógicamente, la forma democrática de gobierno importará la acentuación de la interpretación *in dubio* pro libertad.

Existencia de razón, interés social o público para la intromisión estatal:

- La existencia de una razón que involucre un interés social o público que exceda al interés individual podría habilitar la intromisión estatal que se desentienda de la intimidad o la autonomía de la voluntad del sujeto.

- Asimismo, el daño a terceros es otro supuesto que impone al Estado el deber de actuar.

- La injerencia debe hallar su fundamento en un interés social consagrado por sobre el interés individual.

- La acción individual, la autonomía de la voluntad sobre la que el Estado pretenda inmiscuirse deberá ocasionar un perjuicio que exceda a la propia esfera del individuo.

- El interés estatal de protección de un bien social superior no debe poder lograrse por otro accionar que admita la no injerencia. De ser ello así, siempre primará en caso de duda, el principio de la libertad de acción del individuo.

- La injerencia estatal, aun habilitada, por cumplir con los presupuestos expuestos, ha de ser proporcional al fin buscado. **(10)** Debe haber una relación de medio a fin entre la acción que tome el Estado y el interés social u orden público que se desea resguardar con la intromisión.

- Debe siempre cumplirse con el principio de legalidad. Este principio importa conforme al artículo 30 de la Convención Americana de Dere-

(8) En la doctrina negative Bindung de la vinculación negativa de la Administración por la Ley, esta última operaría, conforme indican GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón como un límite externo a una básica libertad de determinación (Curso de Derecho Administrativo I, IRA ED. Buenos Aires, La Ley, 2006-446).

(9) Op. cit., p. 448.

(10) CAYUSO, Susana, Emergencia, razonabilidad y cuestión constitucional, LA LEY, 2004-A, 1309, Sup. E. Emerg. Económica y Rec. Extraordinario 2003 (diciembre), 37.

chos Humanos que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. El alcance de la palabra “Leyes” ha dado lugar a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función consultiva. Mediante la OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 el Máximo intérprete del Sistema Interamericano sostuvo en opinión unánime, que la palabra “leyes” en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes. Queda claro, entonces, que la legalidad de la restricción debe cumplir con el requisito de legalidad formal y material.

III. Autonomía de la voluntad, derecho a la intimidad en el seno familiar. Panorama actual.

La familia pese a ser definida de distintos modos, ha sido concebida históricamente como la unidad o célula social. Aquel germen del que parte la sociedad toda.

Unido a esta característica, el matrimonio, desde el derecho romano ha sido tomado como modo de conformación, de constitución de dicha célula. El matrimonio era entendido como el acto fundacional de la familia, cuya finalidad era la procreación y la descendencia. (11)

Sin embargo, aquella concepción debió enfrentarse a la realidad. Realidad que como puede advertirse, hoy, de la simple observación de nuestro entorno, demostró que la familia, el concepto y su alcance, desbordaba los contornos rígidos por los que había sido definida y protegida en sus orígenes por el Estado.

Nuevos tipos de familia, sin agotar la descripción, ni las que en el futuro puedan desarrollarse, las homoparentales, las ensambladas, entre otras, exigen nuevas formas de regulación que las contemplen. Y cuando hablamos de regulación, nos referimos a

protección. *¿Qué si no la protección es lo que motiva y autoriza al Estado a regular las conductas humanas?*

La familia actual, en cualquiera de sus formas, sigue compartiendo un propósito común como conjunto, sin perjuicio del proyecto individual de vida de cada uno de sus integrantes

El derecho de familia en su origen se caracterizó como una rama del derecho privado en el que todas sus normas, o su mayoría, tenían carácter de orden público.

Ello significaba una amplia intervención estatal.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad da inicio a la proliferación de distintos modos de vinculación entre los individuos que ya no deben imperiosamente casarse para poder formar su familia. El Estado empieza a reconocer otro tipo de relaciones a los que les otorga, aunque con distintos alcances, protección jurídica.

La modernidad, trae consigo el nuevo carácter consensual del derecho de familia y la atenuación de la imperatividad de sus normas. Como afirma SOJO, a partir de mediados del siglo XX, en especial en lo que se conoce como la cultura Occidental, importantes sectores empiezan a desconocer la escala de valores sobre la que se estructuraba el derecho de familia, haciéndose ello evidente en virtud de la proliferación de situaciones de hecho. (12)

Si bien nuestra Constitución reconoce en el artículo 14 bis el derecho a la protección integral de la familia (13), estas nuevas situaciones de hecho dejan a la luz, no sólo el cambio en la moralidad social sino también, y aún más trascendente quizá, la insuficiencia del derecho para plasmar la nueva realidad. Las relaciones humanas superan los supuestos contemplados por el ordenamiento jurídico.

Esta carencia normativa debe ser suplida caso a caso por la actuación judicial que echando mano a la interpretación busca dar soluciones que permitan mantener la seguridad jurídica y la paz social.

Estas interpretaciones, como seguidamente veremos, han implicado incluso la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas del Código de Fondo por considerar que se apartan de los principios, de-

(11) MICELI, Marilina Andrea, DFyP, 2011 (septiembre) 16/09/2011, 44.

(12) SOJO, Lorenzo A., La privacidad, la autonomía decisoria y el derecho de familia, DFyP 2010 (junio) 01/06/2010, 46.

(13) Aunque, como explica GELLI, la petición de sus derechos se materialice a través de las acciones administrativas o judiciales de sus integrantes. Op. cit. p. 174.

rechos y garantías consagrados en la Carta Fundamental (a guisa de ejemplo, la inconstitucionalidad de los artículos 205, 214 inc. 2 (14), 215 (15) y 236 (16) (17) del Código Civil). En otros casos, la interpretación debió buscar nuevamente en nuestra Constitución los fundamentos para la autorización de una muerte digna. Esto último, claro está, con antelación a la sanción de la ley de Muerte Digna que vino a dar por cierre a las dicotomías, que en última instancia solo perjudicaban a la persona especialmente vulnerable del enfermo terminal.

El avance de la autonomía de la voluntad, desprendimiento lógico del fortalecimiento del Estado de Derecho, no puede —ni lo ha sido— ajeno al derecho de familia.

La familia sigue siendo aquella célula social de antaño pero resguarda para sí todas aquellas acciones que le son propias y sobre las cuales el Estado no cuenta con poder autoritario alguno.

Nos preguntábamos, retóricamente, qué si no la protección de los individuos da fundamento al poder regulatorio del Estado? Pues nada! La existencia misma del Estado es funcional a la sociedad. La intervención estatal, será de aplicación legal y subsidiaria. Con ello, afirmamos que el Estado solo podrá actuar ante la existencia de una norma que lo habilite al efecto, o subsidiariamente, cuando los individuos requieran de su acción para su protección. O sea cuando exista un “riesgo actual o potencial” (18) y ciertamente probable que justifique la intromisión estatal. Es totalmente inviable la excusa de la intromisión para la protección cuando ella no es razonable. Cualquier persona podría, eventualmente, hallarse más protegida. Sin embargo, dicho argumento no puede ser la llave de habilitación a la actuación desmedida, excesiva del Estado, so perjuicio del mejor interés del individuo.

De nuevo, cuando nos referimos a riesgo actual o potencial ese riesgo debe ser ciertamente probable. La intromisión estatal no puede ser desproporcionada con el fin buscado. Tiene que existir una relación entre el fin perseguido y el medio utilizado al efecto. La medida urgente ha de ser tomada para salvaguardar los intereses de cualquier miembro de la familia que se halle en situación de vulnerabilidad.

Las familias son las que deben resolver, en primer término, las cuestiones que le competen en caso de conflicto. Son sus integrantes quienes se hallan en mayor conocimiento de la situación que los afecta y quienes en definitiva podrán, en la mayoría de los casos, acordar una solución más óptima. En este sentido, afirma GUAHNON que la intervención estatal “debe quedar únicamente como un mecanismo de control para verificar si la respuesta de la familia encuadra dentro de los propósitos de las normas jurídicas”. (19)

Lógicamente, quedan excluidas las situaciones en las cuales en virtud del riesgo o daño sufrido por uno de los integrantes de la familia, obliga al Estado a velar por su protección.

El individuo cuenta, ante todo, como parte de la realización de su proyecto autorreferencial, con el derecho a equivocarse. El error es parte de ese proyecto, le da forma y lo hace humano.

Hace ya diez -10- años atrás afirmaba con acierto entonces, y mucho más hoy, BARBERO que “el nuevo orden público familiar consiste precisamente en que no se altere el libre juego de la autonomía de la voluntad”. (20) Con ello estaba afirmando que la aparición, o más bien, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia no implicaba la desaparición

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 05/06/2012, Z. S. S. c. P. E. H. s/ divorcio vincular, LLBA 2012 (septiembre), 883. Puede verse la nota al fallo realizada por OLIVERO, Eduardo R. y FERNÁNDEZ, Yanina V. “La inconstitucionalidad de la reglamentación de los derechos fundamentales en el derecho privado (art. 214 inc. 2 del Código Civil)”, publicado en: LLBA 2012 (octubre), 965.

(15) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 07/03/2012, F., M. Y L., S. s/divorcio presentación conjunta, LLLitoral 2012 (junio), 491 con nota de LLOVERAS, Nora; MONJO, Sebastián; Sup. Const. 2012 (agosto), 49 con nota de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nro. 2 de La Plata, 16/07/2010, S. L y otros, La Ley Online.

(16) YUBA, Gabriela, Inconstitucionalidad del art. 236 C.C. a partir de dos fallos, DFyP, 2010 (noviembre), 149.

(17) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, 26/02/2013, S. M. V. y otro s/divorcio vincular, Sup. Const. 2013 (abril), 68; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores, 10/04/2012, G., E. D. y otro/a, LLBA 2012 (julio), 632 con nota de CAGLIERO, Yamila Soledad.

(18) MATTERA, Marta del Rosario, “El juez frente al divorcio: respecto por la autonomía y privacidad de los cónyuges”, Rev. “Derecho de Familia”, Nº 16, pp. 84-93, citado por GUAHNON, Silvia, en La Intromisión del Estado en los procesos de familia, LA LEY, 2002-E, 1005.

(19) GUAHNON, Silvia, op. cit.

(20) BARBERO, Omar U., Autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia (pensando en las Jor-

del carácter de orden público de sus normas sino que, justamente, en ello, es decir, en la protección de esta autonomía consistía el nuevo orden público familiar. (21)

Hasta aquí entonces, y recapitulando, tenemos que:

El concepto de familia ha ido transformándose, admitiendo en su seno a distintas formas de vinculación de los individuos entre sí.

Estas interrelaciones son valiosas para el derecho aunque en un comienzo la realidad quedo rezagada de la protección legal, la proliferación de conflictos llevo, en primera instancia a la respuesta pretoriana de buscar soluciones acordes a la nueva realidad, en el mejor de los casos, y por cierto, con la resolución contraria a la protección en muchos supuestos principalmente debido a la interpretación exegética de otros tantos magistrados. La recepción legislativa de las nuevas formas de vida ha sido progresiva y constante en nuestro país (Ley de Matrimonio para parejas del Mismo Sexo, Ley de Muerte Digna, por ejemplo) y la autonomía de la voluntad como eje del sistema jurídico ha sido, como veremos párrafos adelante, receptada por el Código Civil y Comercial Projectado. Esa manifestación, sin perjuicio de las observaciones o modificaciones que puedan proponerse o introducirse en el Proyecto citado, se erige en símbolo de la conquista de la autonomía de la voluntad en la sociedad actual.

Iremos recorriendo ahora algunos temas del derecho de familia en los que se manifiesta la tensión entre el principio de la autonomía de la voluntad y la injerencia estatal en estos asuntos.

Nuestro propósito es, en estos temas a abordar, describir la situación en la legislación actual así como en la jurisprudencia imperante, y en los casos que corresponda, referirnos luego al régimen proyectado por el Nuevo Código Civil y Comercial en debate parlamentario. Esta visión, muchas veces, excederá su función descriptiva, dando paso a la visión que sostenemos en determinados aspectos.

nadas Nacionales de Derecho Civil), Sup. Act. 17/07/2003, 17/07/2003, 1.

(21) Afirmaba allí el autor con cita de BORDA, Guillermo, en prólogo a libro de Jorge Mazzinghi "Derecho de Familia" que el contenido del orden público familiar puede sintetizarse en "prohibido prohibir".

IV. Algunos supuestos que evidencian tensión

a) *Divorcio*

La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 205, 215 y 236 del Código Civil, resulta cada vez más frecuente.

Esta declaración que encuentra con sentencias que lo han efectuado tanto a pedido de parte, como de oficio, evidencia la tensión entre la autonomía de la voluntad en el seno familiar y la injerencia estatal.

Estas normas imponen a los cónyuges que intentan disolver el vínculo un plazo determinado (de dos años para el supuestos de separación personal y de tres años para el divorcio, en los artículos 205 y 215, respectivamente) para poder hacerlo, y también el paso por dos audiencias para que finalmente el juez, si los motivos aducidos por las partes son suficientemente graves (conforme indica el 236 CC) decrete el divorcio.

Respecto al plazo se ha cuestionado y encontrado contrario a nuestra Carta Fundamental la exigencia del mismo para poder terminar el vínculo. Asimismo, más cuestionadas han resultado aún la obligación legal de las dos audiencias, con la finalidad de acreditar la grave causa. ¿Ahora qué más grave causa que el desamor? ¿Constituye la falta de amor una grave causa? Sin ir más lejos, recientemente se publicó una noticia periodística en la que un hombre daba a conocer su deseo de divorciarse en virtud de la ideología política contraria a la de su señora (con quien se encontraba casado hacía tres décadas), que conforme indicaba, hacía imposible la vida en común. ¿Es posible cuestionar esta decisión de los cónyuges, negándoles la posibilidad de comenzar una nueva vida? ¿Quién puede inmiscuirse en la cotidianeidad familiar para poder realmente determinar qué tan grave resulta la situación? Evidentemente, la cláusula cae por inconstitucional.

b) *Deber de fidelidad*

Entre los deberes derivados de la institución matrimonial, se encuentra el de fidelidad. Este deber que constituye la otra cara del débito conyugal ha llevado a sendos debates doctrinarios y jurisprudenciales. No podremos desarrollar con intensidad el punto, por excedernos del espacio con el que contamos, pero si quiéramos ponerlo de manifiesto por tratarse de otro caso en el que se evidencia la tensión existente entre el actuar estatal y la intimidad familiar.

Nos interesa en particular centrarnos en el deber de fidelidad una vez producida la separación de hecho.

La jurisprudencia no ha sido conteste respecto al alcance de este deber, pues, de no efectuarse el divorcio, ¿deben los cónyuges estar condenados a la castidad? La respuesta, estimamos, cae de madura. Sin embargo, dejaremos enunciadas brevemente las distintas posturas sobre el tema, aclarando que compartimos la postura cada vez más aceptada de las doctoras Kemelemajer de Carlucci, Doctora Highton y Doctor Néstor Solari, en cuanto que el deber de fidelidad cesa de pleno derecho tras la separación de hecho (sin voluntad de unirse).

Solari (22), claramente ha sintetizado las posturas en las siguientes:

1. Subsistencia del deber de fidelidad
2. Subsistencia del deber de fidelidad atenuado
3. Subsistencia del deber de fidelidad luego de cierto tiempo
4. Cesación del deber de fidelidad

Dentro de cada una de estas clasificaciones existen matices, para cuyo detalle remitimos al trabajo realizado por el autor citado.

No podemos dejar de mencionar que el Nuevo Código Civil y Comercial Projectado (23) dispone en su artículo 431 que “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el *deber moral* de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca.” (la bastardilla es nuestra).

De aprobarse el Proyecto, las discusiones en torno al alcance y requisitos del actual Código serán historia pues la fidelidad, al tratarse de un deber moral, ya no será exigible ni siquiera durante el matrimonio menos aun tras la separación de hecho.

El principio rector del Proyecto ha sido la autonomía de la voluntad. La ampliación de la esfera de libertad de las personas o la contracara, restringir las esferas de actuación del Estado, conforme lo impone nuestra Constitución Nacional, se manifiesta, como se expresa en sus Fundamentos en “la consagración de la capacidad como regla (arts. 22 y ss.) imponiendo la carga argumentativa a toda restricción (art. 31 y ss.), las medidas de apoyo (art. 43 y ss.) (...) el valor otorgado a la autodeterminación con relación a los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (arts. 55, 56, 58, 59, 561 y cc.) en el marco axiológico de la dignidad humana.” (24) Sin embargo, en este aspecto del deber de fidelidad nos apartamos de la solución brindada por el Proyecto pues excede con creces nuestra postura adoptada respecto a eximir del cumplimiento del deber a los cónyuges que se hallan separados de hecho, sin voluntad de unirse. (25)

c) Muerte digna.

El avance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad con retroceso de la intervención estatal encuentra un claro ejemplo en el caso de la Muerte Digna y el derecho de las personas de vivir y partir de acuerdo a un proyecto autorreferencial en el que el Estado no puede ni debe intervenir en detrimento de las dignidad humana, salvo —claro está— el acaecimiento de los supuestos del deber de actuar estatal, conforme describiéramos párrafos atrás. Valga mencionar al respecto la reciente causa jurisprudencial Albarracini Nieves (26) que volvió a plantear, esta vez ya vigente la denominada “Ley de Muerte Digna” con la regulación concerniente a las directivas anticipadas (27), la negativa de una persona a recibir un tratamiento considerado necesario para mantenerlo con vida (en el caso, una persona que profesaba el culto religiosa Testigo de Jehová dejó expresa directiva de negarse a recibir transfusión sanguínea). La Corte consideró que “Encontrándose comprometidas las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, hace a la autodeterminación y autonomía personal,

(22) SOLARI, Néstor E., Separación de hecho y deber de fidelidad, DFyP 2012 (junio), 3.

(23) Redactado por la Comisión de Reformas, designada por Decreto 191/2011, integrada por el Dr. Lorenzetti (presidente), y las Dras. Highton y Kemelmajer de Carlucci.

(24) Presentación del Proyecto, por Ricardo Lorenzetti, apartado V) Tutela de la Persona Humana.

(25) Sobre el punto puede verse: Medina, Graciela, Las diez grandes reformas al derecho de familia, DFyP 2012 (febrero), 11, BASSET, Ursula C., El matrimonio en el Proyecto de Código, LA LEY, 2012-E, 912.

(26) A. 523. XLVIII — “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias” —CSJN— 01/06/2012.

(27) Ley 26.529, art. 11 (conforme al texto sustituido por el art. 6° de la Ley Nº 26.742 B.O. 24/5/2012).

razón por la cual los pacientes tienen derecho a hacer opciones, de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, elección que debe ser respetada". Si bien compartimos la afirmación expuesta, creemos que en estos supuestos si la decisión puede ocasionar un daño a terceros (ejemplo, hijos que quedarían desamparados o sin fuente de ingresos si muriera la persona), dicha decisión deberá ser evaluada de acuerdo a los criterios que emanan del propio artículo 19 de nuestra Carta Fundamental en concordancia con los artículos 28 y 14. **(28)**

V. A modo de síntesis y aproximaciones finales

La autonomía de la voluntad es el principio que ha de regir la vida en sociedad, incluyendo ello, claro está, las relaciones de familia. El principio es siempre la Libertad y la excepción la intervención estatal. Esta intervención, esta regulación ha de ser para protección del individuo. Conforme nuestra Carta Fundacional dispone en su artículo 19 el límite a la libertad del individuo está dado por la protección del orden público, la moral pública y el daño a terceros.

Esta intervención, como expresamente dispone el último párrafo del mencionado artículo constitucional, se encuentra sujeta al principio de legalidad.

Legalidad, que conforme ha interpretado la Corte tutelar del Sistema Interamericano en ejercicio de su función consultiva en la OC 8/86, requiere que cualquier restricción efectuada respecto, al menos, de los derechos y garantías reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, sea efectuada por medio de una ley que haya cumplido con los requisitos exigidos por la Constitución del país de que se trate.

El orden público continúa presente en las relaciones de familia, y se manifiesta por el deber estatal de preservar el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares.

El fortalecimiento del Estado de Derecho, se halla relacionado con un repliegue de las posibilidades de intervención del Estado, sujeto siempre a la legalidad y la necesidad de actuar para la preservación de su misma existencia: el orden y la moral públicas, o el daño a un integrante de la sociedad. Esto es lógico y razonable pues salvo en los supuestos de habilitación y deber de actuar del Estado, en el resto de las situaciones familiares es la propia familia, como protagonista, quien puede alcanzar una solución más eficiente.

La familia y su protección se encuentran expresamente recogidos en nuestra Constitución en el artículo 14 bis y en los tratados de Derechos Humanos con análoga jerarquía constitucional tras la reforma constitucional de 1994, receptados por el célebre artículo 75 inciso 22 dejan explícita en su mayoría las obligaciones de abstención del Estado, dejando "hacer y ser" a las familias, y por supuesto las consecuentes obligaciones de hacer del Estado en cuanto a su protección. **(29)**

La injerencia estatal, a más de cumplir con los requisitos emanados del artículo 19, debe ser razonable y proporcional al fin buscado. Solo una acción estatal ceñida a estos requisitos podrá pasar el tamiz de constitucionalidad y convencionalidad. ●

Cita on line: AR/DOC/2999/2013

(28) Remitimos a nuestro comentario realizado al fallo publicado en Sup. Const. 2012 (junio), 10, LA LEY, 2012-D, 126 en el que se cita doctrina y jurisprudencia que abonan este criterio.

(29) A guisa de ejemplo, Declaración Americana de Derechos Humanos, art. V: Derecho a la protección, a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Art. VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia. Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. La CADH, hace lo propio en los art. II (protección de la honra y de la dignidad) y 17 (protección a la Familia). Muy importante resulta el segundo apartado del artículo 27 de la CADH en cuanto incluye al artículo 17 de Protección a la familia, entre aquellos derechos que no se encuentran autorizados para ser suspendidos ni aun en caso de guerra, peligro público o de otra emer-

gencia que amanece la independencia o seguridad del Estado parte. Asimismo, es de destacar el artículo 32 de la CADH que al referirse a la correlación entre Deberes y Derechos dispone en su primer apartado que "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, y en el apartado 2. Que "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Pueden también mencionarse el art. 4º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el Preámbulo y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Arts. 17 y 23 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. El art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o degradantes en lo referente al recluso y su relación con familiares. El artículo 8º de la Convención de Derechos del Niño.

El artículo 42 de la Constitución Nacional y el régimen legal de Defensa de la Competencia. Caminos divergentes

Juan B. Justo

SUMARIO: I. Presentación.- II. Contornos constitucionales de la competencia. Garantía procedimental del derecho fundamental a la libertad de elección.- III. Los derechos del artículo 42 de la Constitución y el régimen legal de defensa de la competencia.- IV. Últimas referencias para el debate.

I. Presentación

El propósito de este trabajo es llamar la atención sobre algunos déficits constitucionales que presenta nuestro régimen legal de defensa de la competencia (ley 25.156), que no parece haber asimilado en forma clara el impacto que significó en esta materia la inserción del art. 42 de la Constitución en la reforma de 1994, ni la fuerte redistribución de fuerzas entre los agentes económicos que el constituyente decidió establecer en esa oportunidad.

Puntualmente, se analizarán dos aspectos del régimen de la ley 25.156 que —entre otros posibles— denotan una debilidad relevante de ese modelo normativo para satisfacer las directivas que en esta temática estableció el constituyente de 1994:

1º) Por una parte, el régimen legal no da suficiente cuenta del rol esencial que tienen asignado los consumidores de bienes y servicios en los mecanismos de defensa de la competencia, en tanto destinatarios últimos de la manda constitucional y titulares de un derecho fundamental a la libertad de elección que debe ser asegurado mediante la garantía de la libre competencia empresarial.

2º) En segundo lugar, el modelo de regulación adoptado por la ley 25.156 no resulta consistente

con el enérgico mandato prohibitivo de los monopolios económicos que se desprende del art. 42 de la Constitución.

El punto de partida de esa indagación será destacar que en los diferentes planos de tratamiento de la defensa de la competencia (legislación, doctrina y jurisprudencia) se percibe un cierto grado de indiferencia frente al profundo impacto que en esta materia produjo el art. 42. Eso se traduce una tendencia recurrente a abordar esta temática como si los consumidores fueran meros espectadores del proceso competitivo y no sus sujetos esenciales, como si ella involucrara exclusivamente una controversia entre la vocación de crecimiento de la libre empresa y la intervención estatal en la economía, lo cual no parece ser acorde a la propuesta constitucional que analizaremos.

Es necesario revertir esa mirada y por eso es importante anotar algunos aspectos salientes del art. 42 de la Constitución y de sus proyecciones, tanto para las autoridades públicas como para el ejercicio de los derechos por parte de los sujetos privados.

II. Contornos constitucionales de la competencia. Garantía procedimental del derecho fundamental a la libertad de elección

El primer paso del análisis propuesto consiste en preguntarnos sobre cuál es en la actualidad la dimensión constitucional de la competencia eco-

nómica en nuestro país. Para ello es necesario indagar en torno de la posición jurídica de los sujetos de la relación de consumo, es decir, distinguir los derechos que el constituyente decidió reconocer a cada uno de ellos y las garantías que se previeron para su materialización.

Desde esa pregunta inicial, podemos ver que el art. 42 de la Constitución, que integra su parte dogmática, es el resultado de un proceso evolutivo de especificación (1) de ciertos derechos que ya se produjo en su momento con los derechos de segunda generación y que en términos generales responde al reconocimiento de situaciones de desigualdad real que merecían un tratamiento constitucional expreso.

A partir de esa necesidad —similar en esencia a la que en su momento llevó a la sanción del art. 14 bis— es posible identificar en el art. 42 el propósito de abordar un vínculo determinado, como es la relación de consumo, para reconocer en él a un grupo vulnerable merecedor de una tutela constitucional específica, que son los consumidores de bienes y servicios. La protección diferencial dispensada a ese grupo tiene por obligado puntual a la otra parte de la relación, es decir a los proveedores de esos bienes y servicios, quienes ven de esa forma limitados los derechos que el art. 14 de la Constitución les reconoce.

Ahora bien, en el tema que nos ocupa —la libre competencia— esa articulación de fuerzas que propone el constituyente se materializa en la consagración en cabeza de los consumidores de un derecho fundamental a la libertad de elección, y la forma que establece esa disposición para garantizar el goce de ese derecho es la preservación de un procedimiento específico de concreción de las relaciones de intercambio: La libre competencia, la libre oferta y demanda de bienes y servicios.

Nos hallamos, de esa forma, ante una típica medida constitucional de compensación de la desigualdad real (en este caso la de los actores del proceso de consumo) que viene a limitar la libertad de los agentes económicos en la configuración de sus lazos contractuales, como sucedió a mediados del siglo XX con la relación laboral. El constituyente impuso un nuevo reparto de derechos entre los sujetos de ese vínculo, en el cual la empresa fue fuertemente limitada y el consumidor fuertemente beneficiado por su condición de sujeto menos aventajado. Como ha dicho la Corte Federal, “*los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial*”. (2)

De esta perspectiva, la libre competencia constituye, a partir de 1994, una *garantía procedimental del derecho fundamental a la libertad de elección en el marco de la relación de consumo*. Esa naturaleza jurídica trae aparejado que se apliquen a ella todas las directivas propias de los derechos constitucionales. (3) Más aún, esa libertad de elección es calificada por la Corte Federal como un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, conceptualización que la hace merecedora de mecanismos de tutela con efectos expansivos, en especial acciones colectivas. (4)

III. Los derechos del artículo 42 de la Constitución y el régimen legal de defensa de la competencia

¿Consulta el régimen legal argentino la composición constitucional reseñada precedentemente?

En este punto son dos los aspectos elegidos donde la respuesta pareciera ser por ahora negativa.

(1) BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 109; SALOMONI, Jorge L., *Teoría General de los Servicios Públicos, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1999, p. 398; GONZÁLEZ MORAS, Juan M., “El concepto de servicio público”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Nº 309, 2004.

(2) CSJN, Ledesma, 2008, Fallos: 331:819.

(3) En una línea claramente opuesta —y dando cuenta de las tensiones que el sistema de protección de inversiones extranjeras genera en el desempeño de las autoridades domésticas—, el panel arbitral del caso CMS —que involucraba la suspensión de la aplicación de una fórmula de ajuste de tarifas de transporte de gas— sostuvo que “En algunos casos se ha invocado el Artículo 42 de la Constitución como ejemplo de restricción del

derecho de propiedad en virtud de necesidades sociales, argumentándose que en esa disposición se reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. No obstante, ese legítimo objetivo forma parte de los denominados derechos de tercera generación y figura en un capítulo independiente de la Constitución, dedicado a nuevos derechos. En esta medida, esos derechos deben considerarse como aspiraciones programáticas y no como susceptibles de aplicación coercitiva como es el caso de los derechos constitucionales fundamentales” (CMS Gas Transmission Company v. Argentina, 2005, Caso CIADINº ARB/01/8, párr. 204).

(4) CSJN, Halabi, 2009, Fallos, 332:111.

1º) *El limitado rol de los titulares de los derechos en el sistema legal de defensa de la competencia.*

Un primer ámbito donde se percibe la debilidad del modelo legal para la satisfacción plena del mandato constitucional reside en el *limitado margen de acción autónoma que se reconoce a los consumidores para tutelar la garantía de la libre competencia.*

El actual régimen legal de defensa de la competencia no dota a los titulares de los bienes jurídicos en juego de instrumentos de *acción directa y descentralizada*, sino que parece desplazarlos a un rol de meros *receptores de decisiones de terceros*, mediante la paradójica decisión de monopolizar en cabeza del Estado esa tarea. Esa concentración del poder de acción en el Estado se advierte en los dos mecanismos que el legislador argentino decidió utilizar para defender la competencia y que —consecuentemente— estructuran toda la ley 25.156:

a) Por un lado, en la *potestad sancionatoria*, a cargo de la autoridad administrativa y encaminada a la represión de conductas anticompetitivas, donde el consumidor solo puede ser denunciante, pero en principio *no es parte del procedimiento sumarial* —salvo que la autoridad de aplicación decida conferirle intervención como coadyuvante— (5) ni tampoco recibe beneficio alguno en términos de compensación;

b) Por el otro, en las *técnicas autorizatorias*, encaminadas a la prevención de acuerdos y prácticas prohibidos mediante el control previo de concentraciones y fusiones de empresas, (6) donde el consumidor no tiene intervención ni acceso al trámite. (7)

En ambos planos, el papel del consumidor se ve restringido al de esperar decisiones ajenas; se le confiere un lugar de destinatario reflejo de las ac-

ciones estatales pero no se le reconoce expresamente por sí mismo la posibilidad de actuar por cauces eficaces para proteger la libre competencia.

Contrariamente a esa posibilidad, daría la impresión que la dimensión constitucional del derecho del consumidor a la libre competencia demanda del régimen legal una mayor apertura a su intervención directa. Esa apertura puede darse por diferentes mecanismos que deberíamos debatir detenidamente, por ejemplo:

a) La eliminación de la disociación defensa del consumidor / defensa de la competencia. Esta última debería contar con los instrumentos tutelares que la ley 24.240 provee para otros derechos reconocidos en el art. 42. Dicho de otro modo, la defensa de la competencia debería estar incluida en la regulación orgánica y procedimental de defensa del consumidor y no aislada de aquélla. (8)

b) El reconocimiento claro de la legitimación de consumidores, asociaciones y Defensor del Pueblo para atacar medidas anticompetitivas, tanto desde el plano de la prevención como de la reposición del mercado a su estado anterior a la práctica ilícita y previendo un fuerte contenido de protección cautelar para neutralizar acciones empresarias que puedan ocasionar consecuencias irreversibles.

c) El derecho de los consumidores de acceder a la información de las empresas vinculada con prácticas que puedan configurar un supuesto de distorsión del mercado, pues ella es una precondition para el ejercicio de los restantes mecanismos de participación.

d) La necesaria conjunción del art. 42 de la Constitución con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Debe tutelarse a los consumidores excluidos de la relación de consumo por

(5) Art. 42, ley 25.156.

(6) Capítulo III, ley 25.156.

(7) La Resolución 726/99 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería fija los “Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas y las Normas de Procedimiento para el trámite de Notificaciones Obligatorias de las Concentraciones Económicas”. El art. 12 de su Anexo II (Normas de procedimiento para el trámite de notificaciones obligatorias de concentraciones económicas previstas en el capítulo III de la Ley Nº 25.156) dispone que “Sólo podrán acceder y tomar vista de las actuaciones que se conformen a partir de las presentaciones que se prevén en el artículo 3º y siguientes de este

Reglamento, las personas intervinientes en la operación de concentración económica”.

(8) Nuestra Corte parece optar por la disociación entre los dos campos, al postular que “La norma que regula los posibles conflictos que se susciten por afectación a los consumidores (ley 24.240), es diversa de aquélla que se refiere a los que se dan entre los competidores por una actuación impropia desde el punto de vista estrictamente referido a las relaciones comerciales (ley 22.262), más allá de que ello tenga influencia o efectos en el consumidor” (CSJN, Safar Retamar, 1999, Fallos, 322:596; Rodríguez Ruiz, 2000, Fallos, 323:1542).

tener sus derechos insatisfechos. El consumidor marginado tiene un derecho esencial de acceso a la relación de consumo y dado que de ese acceso depende el goce del derecho fundamental a la libertad de elección, es necesario que el régimen legal asegure su efectividad.

e) La regulación de acciones civiles contra empresas donde el daño se encuentre constituido por la lesión del derecho a la libre competencia. Ello podría incluir acciones colectivas e indemnizaciones agravadas como técnica de fomento de la participación ciudadana en este plano. (9)

Estas son tan sólo algunas de las alternativas cuya viabilidad deberíamos explorar, pero lo importante en realidad es tomar nota de la necesidad de *integrar plenamente a los consumidores en la tarea de defensa de la competencia*, revirtiendo con ello la actual tendencia a reconocerles una intervención limitada en esta materia y a hacer depender exclusivamente de la iniciativa estatal el ejercicio de medidas encaminadas hacia ese objetivo.

2º) *La prohibición constitucional de los monopolios económicos y su desconocimiento legal. La suma del poder de mercado.*

El segundo aspecto que merece un detenido análisis es la insuficiencia del modelo normativo adoptado por el legislador para cumplir la fuerte

decisión del constituyente de 1994 contraria a los monopolios económicos.

En la legislación comparada existen dos alternativas para el tratamiento de las prácticas anticompetitivas: la *ilegalidad per se o intrínseca* y la *ilegalidad condicionada*. La ilegalidad intrínseca —que es el criterio adoptado en sus orígenes por la legislación antimonopólica norteamericana— (10) supone la prohibición general de ciertas conductas o estructuras organizativas de empresas *sin necesidad de evaluar su impacto económico o social*, con lo cual sólo debe demostrarse la existencia objetiva de las prácticas para activar los procedimientos correspondientes.

Por el contrario, según el criterio de ilegalidad condicionada —que prevalece en Europa— (11) se considera que los actos o conductas constituyen comportamientos restrictivos *en tanto puedan resultar perjudiciales para el “interés económico general”* u otros objetivos establecidos por la legislación. De esta manera, la autoridad de aplicación debe encarar una evaluación caso por caso y existe la posibilidad de que prácticas anticompetitivas no resulten perjudiciales para ese interés y por lo tanto no se encuentren vedadas. (12)

Como podemos ver, la diferencia entre los sistemas de ilegalidad intrínseca y condicionada nos remite a un problema de *aplicación normativa*, de grados de discrecionalidad administrativa o judi-

(9) Por ejemplo la Ley Clayton de Estados Unidos reconoce el derecho de la persona afectada por prácticas anticompetitivas a demandar ante cualquier tribunal un resarcimiento equivalente al triple del daño sufrido. El efecto de la previsión es tangible: En un año típico, más del 90% de los reclamos vinculados con prácticas anticompetitivas interpuestos en ese país provienen de demandantes particulares y no del gobierno (www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412006.pdf). En nuestro país, la puerta hacia la instauración de ese tipo de mecanismos se ha abierto con el art. 52 bis de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361). Ver ALETTI, Daniela, “Avances y reformas en los derechos del consumidor desde el rol del daño”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Nº 376, 2010, p. 61.

(10) El art. 2º de la Ley Sherman de 1890 establece la ilegalidad de la “monopolización” o el “intento de monopolización” de un mercado. Sobre esa base, una rica jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país ha resaltado —aún marcando matices mediante la “regla de la razón” para juzgar prácticas anticompetitivas— el valor de la lucha contra los monopolios y los peligros de la concentración de poder económico en manos de unos pocos. Entre los principales precedentes se destacan United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392, 397 (1927); United States v. Von’s Grocery Co., 384 U.S. 270, 274

(1966); United States v. Line Material Co., 333 U.S. 287, 309 (1948); United States v. Se. Underwriters Ass’n, 322 U.S. 533, 553—54 (1944); United States v. Am. Linseed Oil Co., 262 U.S. 371, 388 (1923); Charles A. Ramsay Co. v. Associated Bill Posters of U.S. & Can., 260 U.S. 501, 512 (1923); United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570—571 (1966); United States v. E. I. du Pont De Nemours & Co., 351 U.S. 377, 351 U.S. 391. En Verizon Communications inc. v. Law offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 412 (2004), el abordaje contrario a los monopolios parece haber variado.

(11) Los actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —siguiendo a los arts. 81 y 82 del Tratado de Roma de 1957— explicitan el abordaje consecuencialista, al condicionar la ilegalidad de las prácticas contrarias a la competencia a que aquellas “puedan afectar al comercio entre los Estados miembros” y en la medida en que no “contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”.

(12) BASTERRA, Marcela I, “La defensa de la competencia en la Constitución Argentina. El artículo 42 y su ley reglamentaria 25.136”, DJ, 2003-2, 833.

cial al momento de poner en práctica la legislación antimonopólica. Para el sistema intrínseco, es el legislador quien predetermina la solución jurídica individual considerando —desde una visión básicamente preventiva— que toda práctica o esquema organizativo que presente ciertas características es en sí mismo ilegal, porque es justamente él quien diagnostica su efecto nocivo. Esta postura no significa entonces que el impacto negativo de la conducta no sea relevante en la configuración del sistema, sino que quien valora ese dato es el legislador, no dejando margen de arbitrio al aplicador para que decida si un comportamiento empresarial es lícito o no en función de sus efectos. El sistema tiende hacia lo reglado, hacia lo objetivo.

Por el contrario, en el sistema condicionado el legislador concede a la autoridad de aplicación la facultad de decidir discrecionalmente cuándo la práctica debe ser tratada como ilícita y cuándo no, lo que depende en cada caso de las consecuen-

cias que aquella produce sobre el interés económico general.

¿Cuál fue el criterio que adoptó el constituyente argentino?

Tanto de la lectura de los debates de la convención de 1994 (13) como de una interpretación armónica del texto del art. 42 de la Constitución se desprende que *en Argentina toda forma de monopolio que no sea natural o legal se encuentra prohibida a nivel constitucional*, lo cual resulta coherente con haber establecido el derecho de libertad de elección y su garantía en la libre competencia.

Esa respuesta surge, además, de una interpretación razonable de esa norma que —al establecer el *deber de control* de los monopolios naturales y legales— *está dando por sentado que los restantes se encuentran vedados*. De otra forma deberíamos presumir una *grave inconsecuencia del constituyente*, (14) pues deberíamos entender que éste no sólo

(13) Al momento de debatir el texto del art. 42 vinculado con el “control de los monopolios naturales y legales”, la miembro informante por la minoría —Convencional Vega de Terrones— expresó que “Habíamos propuesto una de dos opciones: primero, eliminar la cláusula en la que se hace referencia al control de los monopolios naturales y legales, para dar el sentido finalista que la norma debe tener para el futuro; segundo, reemplazar esa cláusula por el concepto referido a la prevención de la formación de monopolios. Creemos, señor presidente, que es importantísimo que en nuestra Constitución quede claro su sentido finalista. Hablar de libertad de competencia y aceptar monopolios es un contrasentido.” Ante esos planteos, el miembro informante por la mayoría —Convencional Irigoyen— (luego de aclarar que “el tratamiento real de este asunto comenzó prácticamente en el último día del plazo que la Comisión disponía para expedirse”), explicitó el sentido que se pretendía asignar a esa alusión a los monopolios naturales y legales: “hemos tomado en cuenta la propuesta efectuada y queremos anticipar que vamos a mantener el texto original, porque la prevención de los monopolios es una actitud explícita que deben tener las autoridades al formular la defensa de la competencia. Diría que más que prevenir los monopolios se tendría que tratar de que ellos desaparezcan, por la distorsión que producen en el mercado, porque es lo que explícitamente está indicado en la Constitución Nacional.” El Convencional Rodríguez recaló el alcance de la postura mayoritaria: “en relación con el reconocimiento de los monopolios a que se hizo referencia —y que ya fue aclarado— conviene insistir, porque si no alguien podría pensar que existe una contradicción, en que hay circunstancias de la actividad económica que exigen la existencia de los llamados monopolios naturales. Inevitablemente, la prestación de un servicio en más de una oportunidad requiere de un monopolio, porque no puede haber competen-

cia en dicha prestación, razón por la cual es absolutamente claro y correcto que en el dictamen de mayoría se explicita el control de los monopolios naturales y legales. En consecuencia, no existe contradicción, ya que es acertado y necesario que esté expresado de esa manera”. (Convención Nacional Constituyente, 32ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 17 de agosto de 1994, p. 4347 y ss.) Otra exponente del dictamen de mayoría —la Convencional Roulet— confirma el abordaje propuesto: “aclaro que cuando se habla del control de los monopolios se hace una calificación de éstos, ya que se dice que se trata de monopolios naturales y legales. De ninguna manera se pretende admitir la existencia de los monopolios, ya que ello entraría en contradicción con la defensa de la libre competencia, sino de aceptar, y consiguientemente necesidad de controlar, los monopolios naturales, es decir, de aquellos que por su naturaleza tecnológica no pueden tener competencia; por ejemplo, servicios de agua corriente, servicios de cloacas o servicios de provisión de gas. Por otra parte, los monopolios legales son aquellos que en función de una determinada política pueden ser necesarios y, consecuentemente, están protegidos por una ley del Congreso. Estos monopolios deben ser controlados. Respecto de este punto coincidimos con la preocupación reflejada por la señora convencional, pues ese ha sido el espíritu que animó a la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías cuando analizó el punto que estamos debatiendo, es decir, el de proteger los derechos del usuario a través de la competencia. Por ello, en el caso de la existencia inevitable de estos monopolios, se prevé su control para que el usuario o consumidor reciba los mejores servicios y en las mejores condiciones en lo atinente a sus intereses, en particular, el económico” (Convención Nacional Constituyente, 31ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria, 16 de agosto de 1994, p. 4181 y ss.).

(14) Y ya sabemos que “no cabe asignar a las normas una inteligencia que implique la tacha de inconsecuencia en el ór-

admite los monopolios económicos luego de prever la libre competencia, sino que los *exime de control* (de los tres tipos sólo los legales y naturales serían controlados). A esa interpretación se suma el claro posicionamiento de todos los sectores en la Convención Constituyente de 1994 en dar por descontada la prohibición de los monopolios económicos, limitándose la divergencia entre la mayoría —que finalmente impuso su postura— y la minoría, a la conveniencia de reconocer la posibilidad de monopolios legales y naturales.

Es decir que el constituyente reformador adoptó el criterio de la ilegalidad intrínseca de los monopolios económicos y los prohibió de forma genérica, porque entendió que ellos siempre tienen un impacto negativo sobre el interés económico general o —mejor aún— sobre el derecho fundamental a la libertad de elección.

En esa decisión constitucional que concibe a la posición monopólica como un mal en sí mismo subyace un *aprendizaje republicano* que viene de lejos: el poder absoluto corrompe absolutamente. En un Estado de Derecho, la concentración de poder es intrínsecamente negativa aun cuando el gobernante sea maravilloso, cordial y prudente. Lo que se intenta evitar, luego de siglos de luchas, es que los derechos de las personas queden a merced de la buena voluntad de sus gobernantes.

De esa forma, así como la capacidad del Estado para afectar los derechos nos llevó a ver en la *suma del poder público* un enorme peligro en el siglo XIX, la decisiva influencia de las empresas en la vida de las personas nos lleva —en los albores del siglo XXI— a distinguir en la *suma del poder de mercado* un riesgo equivalente. En cierta medida, el art. 42 de la Constitución es al mercado lo que el art. 29 es a la república: instrumentos para conjurar la concentración de poder —político o económico— en manos de pocas personas.

Ahora bien, la legislación posterior a 1994 —en especial la ley 25.156, que data de 1999— no parece haberse hecho cargo de esa fuerte decisión constitucional, pues no ha ilegalizado en forma absoluta los monopolios comerciales, sino que —siguiendo el modelo europeo— ha condicionado su ilicitud a la afectación del interés económico general, lo

cual es meritado en cada caso por la autoridad de aplicación. Esto se verifica en los arts. 1º, 2º y 4º de esa norma, que hacen depender de dos aspectos la consideración de una conducta como anticompetitiva y por consiguiente ilícita: la figura del abuso de la posición dominante (15) y el requisito esencial de la afectación del interés económico general.

La configuración legislativa de defensa de la competencia no sanciona la existencia de una posición monopólica en sí misma, sino que sólo lo hace cuando se produce un abuso de aquella y siempre que pueda resultar —a juicio de la autoridad administrativa— un perjuicio para el interés económico general. (16) Por el contrario, el art. 42 busca evitar la formación misma de esa posición porque la considera intrínsecamente dañina para el proceso competitivo, se abuse de ella o no.

Si la ley admite como lícito que un mercado quede monopolizado o dominado por una única empresa y se limita a penar algunos abusos que dicho dominio puede originar (los que producen ciertos efectos) indudablemente nos hemos alejado del propósito del constituyente en esta materia.

Lo anterior permite sostener que existe una incompatibilidad entre la configuración legislativa de defensa de la competencia —que no sanciona per se la existencia de una posición monopólica, sino que sólo lo hace cuando se produce un abuso de aquella y siempre que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general, según el criterio de la autoridad de aplicación— y la manda del art. 42 —que prescribe la prohibición de la estructura esencial para la configuración de esa posición dominante: el monopolio—.

El desafío del derecho argentino parece ser, entonces, el de reconducir sus instrumentos legales al mandato del constituyente, que no ha dejado margen de arbitrio o discrecionalidad alguna al legislador —y menos a la Administración o a los jueces— para decidir que las estructuras monopólicas que no sean legales o naturales son buenas en algunos casos y malas en otros. El constituyente decidió, bien o mal, informado o no sobre las mecánicas del mercado, pero decidió al fin. De eso se trata la supremacía constitucional.

gano del cual emanan” (CSJN, Banco Santurce S.A., 1987, Fallos: 310:1689).

(15) Sobre las tipologías de prácticas abusivas ver UNCTAD, Informe sobre Abuso de la Posición Dominante, TD/B/COM.2/CLP/66, 2008, párrs. 30 y 31.

(16) OTAMENDI, Jorge, “El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia”, LA LEY, 1999-F, 1087.

IV. Últimas referencias para el debate

De lo dicho hasta aquí podemos extraer las siguientes ideas para discutir:

1º) Como ha sido reconocido por la Corte Federal, el consumidor es titular de una serie de derechos fundamentales que han sido especificados por el constituyente a partir de reconocer su posición de debilidad y de considerarlo acreedor de una tutela diferencial.

2º) En ese marco, la libre competencia se nos presenta como la garantía procedimental del derecho fundamental del consumidor a la libertad de elección.

3º) Pese a ello, el derecho argentino de la competencia no parece haber dado cuenta de las consecuencias que en este plano implicó la reforma de 1994, ni del impacto que el art. 42 produce en la configuración de su modelo legal.

4º) Producto de esa omisión es que, frente al enfático mandato constitucional, el régimen legal presenta dos insuficiencias:

a) Falta de reconocimiento de cauces efectivos para la injerencia directa de los consumidores en la defensa de la competencia.

b) Incompatibilidad entre la ilegalidad intrínseca de las estructuras monopólicas que fue decidida por el constituyente y el modelo de ilegalidad condicionada adoptado por el legislador. El derecho argentino debe revertir el esquema discrecional de sanción de los monopolios porque el constituyente no pretendió que esa discrecionalidad existiera.

Por último, para meditar sobre estas alternativas, que sin lugar a dudas merecen un debate am-

plio y profundo, es importante no perder de vista dos aspectos gravitantes:

Primero: Es tiempo —y el papel de los Estados frente a la crisis financiera mundial de 2008 lo confirma— de abandonar la falacia de la contraposición “intervención estatal vs. libre mercado”. El mercado es el resultado de una sucesión de intervenciones estatales, empezando por la consagración de derechos de propiedad como estadio superior de los procesos “civilizatorios” (17) y siguiendo con la revolucionaria herramienta de la personalidad corporativa con la cual el Estado moderno ha subsidiado, vía limitación de responsabilidad, a los propietarios de capitales, viabilizando su expansión global. (18)

Segundo: En 1994 se produjo un hecho tal vez paradójico, pues en pleno auge de la “retirada del Estado” y la “desregulación” —que se vieron materializadas en el proceso de reforma que se inició a fines de los 80— el constituyente tomó un camino que los poderes constituidos no pueden revertir ni desconocer: a) Decidió ingresar por vía del art. 75.22 en un sistema de responsabilidad nacional e internacional que impone al Estado obligaciones positivas de acción y prestación —casi de resultado— que eran impensables en plena época de intervencionismo y Estado de Bienestar; b) Optó en el art. 42 por reacomodar algunas fuerzas económicas equilibrando la tutela constitucional de la libre empresa con la de los consumidores, como en su momento ocurrió con el trabajador.

Nuestra lealtad a la Constitución nos demanda hacernos cargo de esas decisiones y la defensa de la competencia no es la excepción. ●

Cita on line: AR/DOC/3366/2013

(17) PURDY, Jedediah S., “Property and Empire: The Law of Imperialism in Johnson v. M’Intosh”, *George Washington Law Review*, 2007, 330-31.

(18) “Partiendo de la necesidad de promover la riqueza, la empresa ha sido subsidiada por el Derecho. Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son

modos de limitar el riesgo empresario; se le permite arriesgar, cargándose sólo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existan, son soportados por otros sectores” (LORENZETTI, Ricardo L., “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, *LA LEY*, 1998-A, 1024).



NOTA A FALLO

LEGITIMACIÓN
PROCESAL

Asesor de menores. Desalojo de una vivienda usurpada. Defensa de los niños y adolescentes que viven allí. Derecho a la vivienda.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: *La propietaria de un inmueble denunció que la usurpación del bien por varias familias entre cuyos integrantes había niños y adolescentes. El fiscal a cargo solicitó el desalojo de los ocupantes —último párrafo del art. 335 del Código Procesal de la Ciudad—. La Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas requirió al*

juez la vista de las actuaciones a fin de emitir un dictamen en relación con los derechos e intereses de los menores de edad. Le fue denegada la intervención por falta de legitimación en las sucesivas instancias. Venido a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el recurso de queja por extraordinario denegado, la apelación fue desestimada.

1. - El asesor tutelar de Menores de la Ciudad carece de legitimación para intervenir en la causa seguida por el delito de usurpación, en la cual se ordenó el desalojo de las familias que ocupan el bien, entre cuyos integrantes hay niños y adolescentes, pues este proceso no afecta de manera directa e inmediata intereses de los menores, lo que no quiere decir que éstos no merezcan una primordial tutela por parte

Derecho a la Vivienda e Interés Superior del Niño no son garantía de judicialización

SUMARIO: 1. El derecho a la vivienda y la judicialización de las políticas públicas.- 2. El Ministerio Público porteño y la defensa de la legalidad.- 3. Los derechos del niño como puerta de entrada al sistema.- 4. Derecho a la vivienda: cuestión estructural y derechos individuales.- 5. Colofón: el rechazo de la queja.

Valentín Thury Cornejo

Hace poco más de un año, la Corte Suprema se ocupaba, por primera vez en su historia de una manera central, del Derecho a la Vivienda. El caso —Quisberth Castro (1)— planteaba la situación de una mujer en situación de calle, madre de un niño discapacitado, que había sido beneficiaria de un subsidio del Gobierno de la Ciudad de Buenos

Aires, recortado luego por cumplimiento del plazo máximo de otorgamiento previsto en las normas que lo regulan. La discusión, planteada por la Defensoría General de la Ciudad, se centraba en la inconstitucionalidad de las reglas que organizaban esa ayuda pública, en la medida en que su transitoriedad y limitación no permitían solucionar los problemas de vivienda de los afectados. En aquella oportunidad, la Corte Suprema, luego de convocar a una audiencia pública y darle relevancia y visibilidad al problema, había optado por una decisión favorable a la recurrente pero limitada a los hechos del caso. En su argumentación había sido fundamental la consideración de la particular situación en que se encontraba, ya que “es di-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) CSJN: “Q. C., Sonia Yolanda c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, sentencia del 24 de abril de 2012.

lucrados no revisten la calidad de parte o imputados, sin que obste a ello la mera circunstancia de que, de alguna manera indirecta, se pueda llegar a producir una afectación a los derechos o intereses de aquéllos por residir en el inmueble cuya restitución anticipada fue solicitada, pero sí cuando se adopten decisiones en la causa debe asegurarse su anoticiamiento a efectos de la protección integral de ellos (del voto del Doctor Maqueda).

#NroFallo# — CS, 2013/08/01. - E., S. y otros s/ inf. art. para decidir sobre su procedencia.

Cita on line: AR/JUR/39009/2013

Dictamen de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

J. H. L., en mi carácter de Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle ..., 1° piso (contra-

frente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 57.

I.- En atención a lo que surge de estos obrados, tomo intervención en autos en los términos de los arts. 59 CC y 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946, respecto de los menores involucrados en el sub lite, (cf. los datos consignados en el mandamiento de intimación de desocupación fs. 43/44).

II.- En tal carácter, paso a expedirme con relación a la queja interpuesta por la Señora Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, con motivo de la denegación del recurso extraordinario federal (v. fs. 99/101 del expte. sobre queja por recurso de inconstitucionalidad denegado), oportunamente planteado a fs. 70/92vta., contra la sentencia dictada el 14 de julio de 2010 por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (v. fs. 57/58 y su anexa de fs. 59/67).

Por medio de tal pronunciamiento el Tribunal resolvió rechazar el recurso de queja por recurso de

cir la cuestión del derecho a la vivienda de los menores que deben ser desalojados y así judicializar —de algún modo— la obtención de ese derecho. Este complejo proceso supone, como paso previo, una definición de los derechos en juego como base para la legitimación discutida. En la conceptualización más expansiva o más restrictiva del mismo se jugará una gran parte del proceso público relativo al derecho a la vivienda. Se anudan así varias cuestiones que confluyen en una pregunta central aunque no formulado expresamente: ¿cómo y de qué manera debe intervenir el Poder Judicial en los conflictos públicos? A lo largo de este comentario trataremos de ir dejando a la luz esa discusión subterránea que estructura la decisión de la Corte Suprema en la causa Escobar. (5)

1. El derecho a la vivienda y la judicialización de las políticas públicas

El derecho a la vivienda ha sido durante muchos años la cenicienta del derecho constitucional ar-

gentino. Consagrado en los textos normativos, juntamente con otros derechos sociales, ha sido el ejemplo clásico para ilustrar el carácter programático que los mismos ostentarían. Así, se decía, “el acceso a una vivienda digna” del art. 14 bis de la Constitución Nacional fija un objetivo para el Estado pero ello no significa que los habitantes tengan, efectivamente, derecho a una vivienda específica. Si bien sería a todas luces imposible garantizar desde la letra de la Constitución ese nivel de prestaciones a cargo del Estado, hay que reconocer que la lectura que recepta esa imposibilidad ha terminado por quitarle contenido efectivo a la disposición normativa. Ello es: si no existe la obligación a una prestación específica significa que la cláusula involucra, solamente, una expresión de buenos deseos, una directiva política que, como los revolucionarios franceses de fines del siglo XVIII lo veían, no condicionaba efectivamente las decisiones de los representantes populares. (6) Esta falta de normatividad efectiva se ha ido transformando, en los últimos años, para dar lugar a una serie de grises entre ambos extremos. Podríamos hablar así de una constitucionalización creciente del derecho a la vivienda cuyo punto de partida se da a partir de su inclusión en el texto. (7) Este momento es el inicio de un nuevo proceso antes que la culminación consagratória de una victoria definitiva y es en ese devenir en el que se entrelaza lo político y lo jurídico donde hace su aparición el fenómeno de la judicialización.

(5) CSJN: “Recurso de hecho deducido por la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa Escobar, Silvina y otros s/inf. art. 181, inc. 1° C. P. para decidir sobre su procedencia”, de 1 de agosto de 2013.

(6) Cf., en este sentido, el estudio clásico de Roberto Blanco Valdés: *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza, 1994.

(7) Vid infra nota 14.

inconstitucionalidad denegado, deducido por la Señora Asesora General Tutelar contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a su turno, contra la resolución que denegó la apelación intentada contra la sentencia de primera instancia, que desconoció la legitimación del Ministerio Público Tutelar para intervenir en el sub lite en nombre y representación de los niños involucrados.

III.- En cuanto a la procedencia formal del recurso directo intentado, cabe destacar, que tiene como presupuesto básico la resolución denegatoria atacada, la cual no constituye un pronunciamiento jurisdiccional válido; en mérito a que resulta violatoria de las garantías constitucionales de la defensa en juicio, derecho a la vivienda, derecho a la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible (cf. arts. 17, 18 y 75 inc. 22, de nuestra Carta Magna).

Contrario sensu a lo sostenido por el tribunal superior de la causa en su juicio de admisibi-

lidad, tal como se demostrará, la existencia de una cuestión federal y constitucional, resulta ser —en mi opinión— la base del recurso extraordinario deducido —en razón de los derechos en juego—; los que han sido erróneamente interpretados y tutelados por los magistrados al disponer su rechazo.

En el sub lite, se ha venido privando a los menores involucrados del efectivo ejercicio de su derecho de defensa, de ser oídos (art. 18, 75 inc. 22 C.N. y art. 12 CDN) y de participar activamente en todo asunto que los afecta e involucra, con relación a un derecho fundamental, como lo es el derecho a una vivienda digna.

Se ha vulnerado claramente su derecho a participar de un proceso justo, de gozar de un recurso judicial efectivo sin discriminación por su condición de ser menor de edad y de obtener una tutela efectiva; pues como sujetos de derechos están amparados por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Estudiar este tipo de procesos supone poner en remojo varias de nuestras seguridades doctrinarias. En primer lugar, obliga a añadir una perspectiva constructivista a nuestra tradicional visión ontológica. El significado normativo, el discurso constitucional efectivamente vigente, se va construyendo en la vida institucional cotidiana. Ello no quiere decir que lo haga de espaldas al texto consagrado, pero sí en diálogo con él, un diálogo cuyos límites dependerán de múltiples factores como ser la reverencia al texto original o la legitimidad evolutiva del intérprete. Existe, pues, una combinación de dos perspectivas: la constitución efectivamente vigente se realiza en un proceso complejo de diálogo entre las normas determinadas por las instancias constituyentes y las fuerzas democráticas constituidas que intentan llevar a cabo ese proceso, siendo fieles a esos dictados. En segundo lugar, este proceso de construcción es un proceso jurídico-político: el lenguaje y la ciencia que dota de sentido al discurso es jurídica pero la determinación de su contenido es política. Dicho de otra manera: el lugar e importancia que asume lo jurídico supone una decisión política que lo antecede y determina, que dice cuál es el ámbito del derecho. Esa determinación, ese trazado de límites, implica una serie de decisiones estratégicas

por parte de los operadores jurídicos. En tercer lugar, la obra a la que nos estamos refiriendo tiene muchas manos que trabajan en ella e intervienen en la conformación del significado constitucional final y concreto. En este sentido, la Constitución ha penetrado, con el paso del tiempo, todo el ordenamiento jurídico y ello ha traído como consecuencia un complejo entramado de actores que aportan su voz a esta obra coral. **(8)**

En este sentido, aplicar el derecho a una controversia es hoy una tarea compleja. Lo es porque algunas de esas controversias —generalmente las que involucran situaciones estructurales como las que se refieren a la vivienda— se conforman de una manera que escapa a la mera determinación de una solución jurídica que la resuelva de forma completa. Pero también lo es porque el derecho mismo ha cambiado y la vaguedad de su consagración normativa obliga a un proceso de determinación que excede la actividad de los jueces. Justamente, cuando los jueces quieren determinar “in totum” el contenido de esas normas constitucionales es cuando las acusaciones de “activismo” se hacen más presentes. Pero, si nos alejamos de ese extremo, ¿a qué se enfrentan los jueces? Si difieren toda la determinación del significado constitucional a las otras ramas de gobierno, reconociendo la politicidad del proceso, su función quedaría vaciada de contenido. Si, en cambio y como ya mencionamos, eligen dotar de significado ellos

(8) Vid. DE CABO, Carlos, *Acerca del concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2001, especialmente pp. 73-95.

En este orden de ideas, no cabe duda que se halla en tela de juicio la interpretación y aplicación de cláusulas contenidas en Nuestra Constitución Nacional y en Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país como Estado parte y que integran el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN) —Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, Convención sobre los Derechos del Niño y lo resuelto contraría lo dicho por V.E., en el sentido de que: “...a la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a que el país está vinculado...” (Fallos: 318-1:514), a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de observar el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad (Fallos: 318:1269).

Y, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Cor-

te Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 325:114).

En prieta síntesis, se encuentran claramente involucradas las siguientes cuestiones federales: 1) la aplicación e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3 y 12 CDN), 2) la violación al debido proceso, derecho de defensa en juicio y accesos a la justicia y a una tutela efectiva y, toda vez que las garantías vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (conf. art. 15 de la ley 48); corresponde a V.E. en su rol de intérprete efectuar el adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad a la luz de las circunstancias fácticas que rodean a la causa y al interés superior en juego.

Por estos breves fundamentos solicito, que se decrete la apertura de la presentación directa incoada.

IV. A fin de poder expedirme sobre el fondo de la cuestión, me referiré en primer término y en

mismos a la cláusula su tarea terminará invadiendo las esferas de decisión de otros poderes. Entre estos extremos, hay una amplia gama de intervenciones a las que el nuevo entorno constitucional y socio-política obliga a los poderes del Estado. El punto de partida, creemos, se halla en la naturaleza de los derechos que la Constitución consagra. Como bien describe Peruzzotti, el proceso de constitucionalización de los derechos supone una etapa de conflicto en la cual nuevas esferas de protección son alcanzadas (v.gr: las sufragistas y el voto femenino) y, luego, son institucionalizados al incorporarse a la Constitución u otra norma que los dota de estabilidad. Peruzzotti califica estas dos etapas como las dimensiones “activa” y “pasiva” de la sociedad civil. **(9)** Esta calificación tiene especial relevancia para aquellos derechos que, una vez conquistados, son garantizados por la simple mención normativa constitucional, que impide —a través de la rigidez de su contenido— su remoción por un cambio de circunstancias políticas.

(9) PERUZZOTTI, Enrique, “Constitucionalismo, populismo y sociedad civil. Lecciones del caso argentino”, *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 61, No. 4. (Oct. - Dec., 1999), pp. 149-172.

(10) ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 19-47.

El derecho a la vivienda pertenece a otra categoría de derechos, de lo que es expresión elocuente la formulación que en su texto realiza la CCABA. Cuando la Constitución recoge estos derechos la situación no es necesariamente como la que describe Peruzzotti para los derechos más tradicionales. Es decir, hay derechos cuya consagración constitucional significa una garantía de “no modificabilidad” —derivada de la rigidez de la norma— de un determinado estado de cosas. Así, por ejemplo, pensemos en las conquistas sociales de los trabajadores y el art. 14 bis de la Constitución Nacional: es un “no hay vuelta atrás”. En cambio, hay otros derechos respecto de los cuales la consagración normativa asume una significación diferente. No cristaliza un determinado estado de cosas, sino que fija estándares y objetivos para la acción del Estado, metas que el mismo debe conseguir. En este sentido, mal que nos pese, son “derechos programáticos”. En otras palabras, que se consagre el derecho a la vivienda no significa que los habitantes efectivamente tengan esas prestaciones, sino que marca una carta en sus manos para obtenerla. Una especie de “carta de triunfo”, según la conocida expresión de Dworkin, que deberán hacer valer en un proceso de resultado eventual. ¿Quiere decir ello que estos derechos no tienen valor normativo? Por supuesto que no, como se han ocupado de demostrar elocuentemente en su clásico trabajo Abramovich y Courtiss. **(10)** Simplemente, indica que su derrotero es diferente y

forma sucinta a los hechos en que se funda la presente acción.

IV. a).— Expte. Caratulado: “Incidente de apelación en autos E., S. y otros s/ infr. Arts. 181 inc. 1 s/ usurpación”.

Con fecha 26 de octubre de 2009, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, dio inicio al proceso de restitución del inmueble de la calle ... de esta ciudad, con fundamento en que se encontraba debidamente acreditada la existencia del delito de usurpación previsto por el art. 181 del CP (v. fs. 50/51).

Al haber tomado conocimiento de que en el inmueble en cuestión habitaban personas menores de edad, se presentó espontáneamente la Señora Asesora General Tutelar y solicitó que previo a adoptar cualquier decisión que pudiera afectar los derechos de dichos niños, se le corra vista de las actuaciones (v. fs. 84).

A su turno, el magistrado de grado decidió rechazar las peticiones efectuadas por la menciona-

da, por entender que carecía de legitimación para intervenir en el sub lite (v. fs. 113/vta.).

Contra dicho pronunciamiento la Asesoría Penal Contravencional interpuso recurso de apelación (v. fs. 115/120, el que fue rechazado por la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, por entender que carece de legitimación en tanto su intervención solo procede cuando el menor es víctima, testigo o imputado de un delito.

A fs. 131/144 la Asesora General Tutelar planteó recurso de inconstitucionalidad, el que fue declarado inadmisibles a fs. 154/156vta.

IV.b).— Expte. Caratulado: “Ministerio Público. Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”.

Dicho pronunciamiento, fue impugnado por la representante promiscua, por la vía del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad de-

que depende de un diálogo constitucional abierto que se traduce en la fijación de una política pública, proceso de una complejidad mayor a la mera subsunción normativa.

Lo que se discute en este caso es justamente eso, el valor de las cartas que el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presenta en este proceso. No son dos cartas cualesquiera sino que es una combinación que dio un gran resultado en Quisberth Castro: por un lado, un derecho social, como el de la vivienda, complejo para la intervención judicial por la gran cantidad de variables que encierra y por la necesidad de ser regulado de un modo eminentemente general, a través de la sanción de políticas públicas; por otro lado, el derecho de los menores involucrados en el caso, grupo especialmente protegido por el ordenamiento a través de la fórmula del Interés Superior del Niño. Será la determinación del contenido de estos dos derechos la que definirá la legitimación de la Asesoría General Tutelar y con

ello le otorgará —o no— voz en el proceso público de concreción del derecho a la vivienda de esos niños. Porque... ¿qué significa el derecho a una vivienda digna? Si, como parecen coincidir todos los intérpretes —incluida nuestra Corte Suprema—, no significa el derecho a que el Estado le provea una casa, el concepto se hace más indeterminado. (II) O sea, el derecho a la vivienda no da derecho a “una” vivienda —ya que eso sería imposible fácticamente— sino a un estado de cosas, a un conjunto de políticas que propendan o permitan su obtención. La posibilidad de tomar o no parte en la definición de ese estado de cosas es lo que se pone en juego en este caso, a través de una simple petición para intervenir en una medida cautelar en un juicio por usurpación de inmueble.

2. El Ministerio Público porteño y la defensa de la legalidad

Probablemente sea en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde el Derecho a

(II) Esta naturaleza del derecho se expresa en su formulación jurídica, ya que —según vimos— son derechos de estructura abierta pero con la característica adicional de que incluyen en su proceso de definición instancias de nivel internacional. En efecto, las definiciones constitucionales —escueta en el caso de la CN, más detallada en el de la CCABA— se configuran, en algún sentido, como normas

en blanco, cuyo significado será fijado por los intérpretes auténticos de las normas internacionales incorporadas a nuestro ordenamiento. En el caso del derecho a la vivienda, su textura abierta fuerza a los intérpretes a la referencia externa, tal como hace la Corte Suprema en su referencia a la Observación General Nro. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

negado ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en el que asimismo petitionó la urgente suspensión del curso del proceso incidental iniciado por el pedido fiscal de allanamiento y desalojo (v. fs. 45/54vta.).

A fs. 57/67 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires resolvió rechazar el recurso planteado remitiéndose a los argumentos vertidos en el caso “NN (Yerbal 2635) s/ inf. art. 181 inc. 3 CP —inconstitucionalidad” Expte. Nº 6895/09, cuya resolución agrega, en la que se desconoce la legitimación del Ministerio Público tutelar para intervenir en el proceso, bajo el argumento de que el menor que habita el inmueble está bajo la tutela de sus padres y se trata de un proceso penal en el que el menor no reviste ni la calidad de víctima, ni de imputado. El Tribunal entendió que admitir tales peticiones supone hacerlo también en todo expediente penal, contravencional o de faltas, en el cual la persona imputada tenga hijos, por cuanto toda decisión que se adopte en definitiva puede afectar indirectamente a sus hijos menores, señalándose que en su caso podrán peti-

cionar las medidas de protección pertinentes por las vías judiciales correspondientes.

A fs. 70/92vta. la Asesora General Tutelar interpuso recurso extraordinario federal el que denegó a fs. 99/101 originó la presente queja.

V. Establecido ello, procederé a expresar los agravios que le ocasiona a mis representados el decisorio en crisis.

V. a).— Agravios: Les causa gravamen centralmente que, con la decisión que se critica —tal como se analizará seguidamente— se desconoció a mi defendido: 1) su calidad de sujeto de derecho, 2) el interés superior en juego (eje rector de toda decisión judicial), 3) su derecho de defensa en juicio, 4) a acceder a la justicia, 5) derecho a peticionar y participar activamente en todo asunto que lo afecta e involucra ya sea en forma directa, a través de su representante promiscuo o de un abogado especializado; máxime cuando la cuestión de fondo que se debate afecta claramente su derecho a un adecuado desarrollo psicofísico y a

la Vivienda haya tenido mayor desarrollo jurisprudencial. Esto obedece a una pluralidad de causas, entre las que cabe destacar como relevantes —además de los problemas habitacionales como sustento fáctico— la de una formulación amplia del derecho en su texto constitucional (12) y la

existencia de una serie de actores institucionales con la función de ejercer control y tutelar el efectivo funcionamiento del Estado de Derecho. En otras palabras, si la vivienda es un problema real en la Ciudad de Buenos Aires y al mismo tiempo está reconocido con amplitud el derecho de los

(12) La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su artículo 10 que los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados rigen en su propia jurisdicción. De ese modo, remite a la formulación que de los mismos hace la CN en el artículo 14 bis (“la ley establecerá... el acceso a una vivienda digna”) pero, más importante aún, referencia lo establecido por los tratados internacionales en la materia. Entre ellos, la formulación más importante por el tratamiento general que da a los derechos y por los mecanismos de interpretación y revisión que dispone, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 11, 1er párrafo establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. A la formulación anterior del principio en nuestro texto constitucional, el Pacto agrega el principio de “progresividad” o “no regresividad” que incorpora el derecho a la “mejora continua

en las condiciones de existencia”. Este principio ha sido uno de los fundamentos sobre los que se ha acentuado la justicia-bilidad y el control del cumplimiento del derecho a la vivienda. Por otra parte, este derecho ha sido previsto también en el art. 25, párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, con ámbitos subjetivos más restringidos, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27, 1er. y 3er. párrafo) y en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. A partir de esa base, la CCABA hace una exhaustiva descripción de los derechos que consagra y fija criterios específicos respecto de las políticas sociales públicas que deberá desarrollar la Ciudad. Así, en su artículo 17 establece que: “La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.” En concreto, respecto del derecho a la vivienda dispone en su artículo 31 que: “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores

una vivienda digna, derechos reconocidos tanto en el orden nacional como internacional por los arts. 14bis y 75 inc. 22 de la C.N., art. 10 y 31 de la CCABA, art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del Hombre.

V. b).— Los niños como sujetos de derecho:

No puede pasar por alto que a los niños por su condición se les ha reconocido que gozan de los mismos derechos que corresponden a toda persona, más un plus dado justamente por su realidad de personas en situación de vulnerabilidad (siendo esta su única especificidad), pues conforme a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Doc. presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008, a las que ese máximo tribunal adhirió mediante

Acordada 05/09), constituyen causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y privación de libertad.

En este orden de ideas se señaló, que: “Los menores (...), a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos”. (—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió esa Corte—, Fallos: 326 (2): 2906).

Pero es evidente que tales extremos no fueron tenidos en cuenta a la hora de decidir del modo en que se lo hizo, en tanto se desconoció su calidad de sujetos de derecho, que se intentaba desocupar. Resulta palmario, que en el sub examen la postura que requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda

ciudadanos a ella y hay organismos públicos con posibilidad de intervenir judicialmente en defensa de ellos, parece claro que la judicialización de la cuestión aparece como una de los resultados probables. Uno de los actores centrales, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires es el Ministerio Público. Sus funciones principales, definidas constitucionalmente, son las de “promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad” y la de “velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social”. (13) Para cumplir este amplísimo cometido, la norma suprema de la Ciudad prevé su composición por tres órganos diferentes —Asesoría General Tutelar, Defensoría General y Ministerio Público Fiscal—, lo cual ha motivado numerosos conflictos de competencia, del cual el caso que aquí comentamos resulta expresión cabal.

de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.”

(13) Art. 125, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. a) *Fiscalía General*

La Fiscalía General, junto a la Defensoría General y a la Asesoría General Tutelar (AGT), tiene sus funciones reglamentadas por la ley 1903. Esta ley, como veremos seguidamente al analizar estos tres órganos, tiene una estructura de asignación de funciones defectuosa que proviene de la copia del modelo nacional de la ley 24.946 de organización del Ministerio Público. Siguiendo las directivas de la CCABA, divide al Ministerio Público en los tres órganos mencionados y los funcionarios que de ellos dependen. En su artículo 4º la Ley 1903 establece el principio de unidad de actuación, según el cual “cada uno de los tres -3- ámbitos que integran el Ministerio Público actúa conforme al principio de unidad e indivisibilidad, sin perjuicio de la especificidad de sus funciones y la diversidad de los intereses que deben atender. Cada uno de sus integrantes en su actuación representa al Ministerio Público en su conjunto”. Esta facultad de representar a la institución presupone, como requisito previo, la estricta diferenciación de las competencias que a cada uno le corresponden y la imposibilidad lógica de que esa acción resulte compartida o controvertida —ya que, entonces, habría dos ámbitos realizando la misma función y no habría ni unidad ni indivisibilidad—. Esto sin embargo no se produce debido, por un lado, a una mala técnica legislativa y, por otro, a la interpretación expansiva de la competencia por parte de los órganos involucrados.

autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la con posibilidades de peticionar ante el órgano jurisdiccional, en forma directa o a través de su representante promiscuo, al que se le negó su legitimación para intervenir en el proceso penal en defensa de los derechos de los niños, que junto a su grupo familiar habitaban en el inmueble que se intentaba desocupar.

V. c).— Legitimación. Resulta palmario, que en el sub examen la postura viene sosteniendo el órgano jurisdiccional en las distintas instancias, de no admitir la participación de los niños afectados a través de su representante promiscuo, viola normas de derecho interno e internacional (art. 75 inc. 22 CN y art. 3 y 12 de la CDN).

Ello es así, en tanto al constatarse la existencia de ocupantes menores de edad, debió conferirse vista en forma inmediata a la Asesoría tutelar, a fin de que con su participación se garantizara el derecho de defensa en juicio y se exigiera, ante el supuesto de que en definitiva el desalojo debiera

llevarse a cabo, que se cumpliera con los standars internacionales (Observaciones Generales Nº 4 y Nº 7 del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), asegurando a los niños su alojamiento posterior en un lugar adecuado, con miras a preservar y garantizar su derecho a gozar de una vivienda digna, y a su adecuado desarrollo psicofísico, evitando que se adopten medidas que puedan resultar en definitiva traumáticas.

Pero ello no ocurrió.

Nótese, que no solo se omitió ordenar la vista de las actuaciones (de oficio); sino que al presentarse la Asesora General Tutelar en forma espontánea se le negó la posibilidad de intervenir, desconociéndose su legitimación.

No puede perderse de vista, que nuestro ordenamiento sanciona con la nulidad aquellas decisiones que se adopten sin la debida intervención del representante promiscuo y así lo ha resuelto esa Corte recientemente en dos precedentes, “Expte. A 1123, XLIV”, sentencia del 03/05/2011

En este sentido, probablemente sea la Fiscalía General el órgano que tiene las funciones más claramente delimitadas. Es la cabeza de los fiscales de 1ª instancia y de Cámara, encargados de llevar adelante la acción pública en causas penales y contravencionales. (14) La deficiente técnica legislativa de la ley 1903 obliga a ir al artículo 17 de la Ley —competencias generales del Ministerio Público— para la descripción de su tarea esencial en el marco de un sistema penal acusatorio: “Promover y ejercitar la acción pública en las causas contravencionales y penales, salvo cuando para intentarlas o proseguirlas fuere necesario a instancia o requerimiento de parte, de conformidad con las leyes aplicables”. (15) Amén de otras funciones como intervenir en los procesos en los que se persiga la declaración de inconstitucionalidad de una norma (16) o la dirección de la policía judi-

cial (17), los Fiscales de la CABA ejercen la acción penal en los delitos de acción pública y en las contravenciones. En la medida en que tales funciones eran ejercidas por la Justicia Nacional debido a la falta de implementación del traslado de competencias a la Ciudad Autónoma, sus funciones se vieron limitadas. Sin embargo, esta situación varió cuando se firmaron los Convenios de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (18)

En lo que respecta al objeto de este comentario a fallo, el 9 de junio de 2008 entró en vigencia el Segundo Convenio por el cual se transfirió un catálogo de delitos que incluía el de usurpación, previsto por el art. 181 del Código Penal de la Nación. En ese momento, ya estaba vigente en la Ciudad

(14) Arts. 29 a 35, ley 1903.

(15) Art. 17 inc. 3, ley 1903.

(16) Art. 17 inc. 5 y art. 33 inc. 5 de la ley 1903.

(17) Art. 17 inc. 8, ley 1903.

(18) En diciembre de 2000 se firmó el primer convenio, ratificado por la ley nacional 25.752 y Ley de la Ciudad 597, y en junio del 2004 se rubricó el segundo convenio, ratificado por ley nacional 26.357 y Ley de la Ciudad 2257. En este último se traspasaron el juzgamiento de determinadas conductas que se encuentran relacionadas a materias en las que la autoridad local posee atribuciones que constituyen manifestaciones

concretas de su poder de policía. El tercer convenio se halla pendiente de ser firmado y por él se traspasarán 27 delitos, entre los que se encuentran: lesiones leves, duelo, delitos de los funcionarios públicos contra la libertad individual; amenazas coactivas; violación de domicilio por parte de un funcionario público o agente de la autoridad; estafa en el supuesto específico de la estafa procesal; defraudación en perjuicio de la administración pública; creación de situación de peligro por participación en prueba de velocidad o destreza con vehículo automotor; atentado o resistencia a la autoridad y desobediencia y falsa denuncia de delitos.

y “Expte. F, 501, XLV”, sentencia del 19/04/2011, entre otros tantos que pueden invocarse, Fallos, 332:1115 y 333:1152, en los que decretó la nulidad de lo actuado, por la falta de intervención del Defensor de Menores.

Pero ello tampoco se tuvo presente a la hora de resolver.

Desde otra óptica, no puede pasar inadvertido, que su participación tiene una doble finalidad, controlar que no exista contraposición con los intereses de sus representantes legales, quienes —como se ve en innumerables casos— no siempre actúan diligentemente, ya sea por falta de buena fe o bien por otras circunstancias no reprochables que pudieran impedirselo y, suplir la inacción de estos con su propia legitimación autónoma y directa que le permite peticionar y accionar en nombre del niño.

Y lo cierto es, que hoy a la luz de la nueva normativa vigente (v. art. 27 de la ley 26.061) y a las recomendaciones efectuadas por el Comité so-

bre los Derechos del Niño en su Observación General Nº 12 (no puede ya desconocerse el derecho todo niño/a a peticionar y participar, en este caso a través de su representante promiscuo, en un proceso que claramente lo involucra y afecta, máxime teniendo en cuenta que la Convención sobre los Derechos del Niño, manda a los tribunales a atender primordialmente al interés del niño.

V. d).— Derecho a ser oído y participar en todo asunto que lo afecta. En ese entendimiento cabe poner de resalto que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su par de la ley 26.061 (arts. 19, 24 y 27) al consagrar el derecho a ser oído, apuntan a aquel niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, es decir que haya alcanzado una edad específica o que tenga suficiente inteligencia y entendimiento para formarse un juicio sobre la cuestión.

En base a los datos incorporados a la causa, se encontrarían residiendo en el inmueble al menos 20 niños.

el Código Procesal penal aprobado mediante ley 2303 (19), que prevé en su artículo 355 un mecanismo de restitución anticipada de inmuebles en el marco de las causas iniciadas por el delito de usurpación. Este mecanismo autoriza al fiscal o juez a disponer provisionalmente, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, a pedido del damnificado y cuando éste acredite verosimilitud del derecho invocado. El Fiscal General dictó la Resolución FG Nro. 121/08 por medio de la cual dictó un “Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados”, en base al cual se tramitarían las causas vinculadas al delito de usurpación. Allí se establecen como objetivos: desocupar el inmueble para reintegrarlo a su propietario, prevenir la ocurrencia de situaciones que puedan generar cualquier emergencia y ofrecer asistencia inmediata a la población que se encuentre en situación de riesgo en el inmueble usurpado.

2. b) Defensoría General de la CABA

Otro de los órganos que integra el Ministerio Público de la CABA es la Defensoría General, cu-

yas funciones están tratadas en los artículos 36 a 45 de la Ley 1903. Allí, se hace reiterada referencia a las “funciones propias del Ministerio Público de la Defensa” (20) pero nunca se las define explícitamente. Una lectura del art. 17 de esa norma, donde se lista las facultades generales del Ministerio Público, indicaría que la correspondiente a la Defensoría General se encuentra descripta en el inciso 10: “Ejercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas contravenacionales, penales o de otros fueros, cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes”. (21) Sin embargo, tanto la Defensoría General como la Asesoría General Tutelar de la CABA han interpretado su misión de modo extensivo al leer su misión de “procurar el interés social”. Resulta ilustrativo de esa perspectiva el discurso del Defensor General CABA Mario Kestelboim, al inaugurar el 13 de mayo de 2010 las Jornadas Nacionales de la Defensa Pública:

“Colocar la Defensa Pública a la altura de los objetivos de justicia distributiva y bienestar generalizado de la población es el desafío que enfrentamos los defensores públicos. En nuestra Ciudad

(19) Boletín Oficial Nro. 2679 del 08/05/2007.

(20) Cf. art. 36 inc. 1) y 41 de la ley 1903.

(21) Esta interpretación es concordante con la establecida en la Ley 24.946 que a nivel nacional organiza el Ministerio Público en dos ramas: el Fiscal, a quien se le adjudica priorita-

riamente -aunque no exclusivamente- el ejercicio de la acción pública en materia penal, y de la Defensa, a quien se le adjudica de la misma forma la satisfacción de la garantía judicial a contar con una defensa técnica y material ante una acusación penal.

La idea de participación, implica —sin perjuicio del sistema de representación— que se incluya al niño/niña o joven en la toma de las decisiones de las cuestiones que los afectan; pues como sujeto de derecho, tiene derecho a ser escuchado, a tener noticia fehaciente de cada uno de los actos y etapas del proceso, ofrecer y producir prueba.

Máxime, teniendo en cuenta, que si bien la lógica indica que los padres siempre actúan en interés de sus hijos, no siempre es así, y prueba de ello es el caso de autos, en el que por las acciones de los adultos hoy se encuentran inmersos en una contienda que hace tambalear su derecho

El interés superior de los niños reclama que las decisiones que los afectan no se tomen a sus espaldas. En tal sentido, no se le confiere intervención al niño como juez o árbitro, para dirimir un conflicto muchas veces originado en la disputa de sus progenitores, de modo que tenga que sentirse responsable de la elección entre uno de ellos, sino que su participación es en su carácter de sujeto de derecho interesado en intervenir en

procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida.

En ese entendimiento, la propia ley 26.061 establece desde el inicio de su articulado, que los derechos reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño (cf. Art. 1º).

Por su parte, recientemente el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General Nº 12 (cf. analizó los dos párrafos del artículo 12 y explicó las condiciones imprescindibles para que se haga realidad plenamente ese derecho, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos (Sección A). En la sección B estudió la vinculación del artículo 12 con los otros tres principios generales de la Convención, así como su relación con otros artículos. Las condiciones y los efectos del derecho del niño a ser escuchado en diferentes situaciones y ámbitos se examinan en la sección C. En la sección D se resumen las condiciones básicas para la observancia de este derecho, y en la sección E figuran las conclusiones.

de Buenos Aires, en concreto, nos encontramos con situaciones cotidianas en las cuales no sólo es complejo ejercer la defensa, sino que es necesario afrontar procesos en los cuales importantes actores del sistema buscan eludirla. A modo de ejemplo enumeró:

1.- Causas por usurpaciones de inmuebles sin imputados ni defensor, pero con restitución anticipada a supuestos poseedores, a los que sumariamente y sin contradictorio se les devuelven los inmuebles destinados a precarias viviendas de familias pobres.

2.- Desalojos administrativos sin causa judicial e inaudita parte con iguales víctimas. Me estoy refiriendo a procesos por los cuales han sido desalojadas miles de personas en el último año, a través de las modalidades descriptas, ... (sigue la enumeración...).

(...) Este es el panorama poco alentador del contexto político e institucional de nuestra Ciudad, que exige nuestro redoblado esfuerzo, al que esperamos contribuyan estas Jornadas, proporcionando herramientas para afrontar la enorme responsabilidad que las leyes nos han encomendado: proteger a los pobres y desválidos de la discriminación, la explotación y la persecución.

No puede haber mayor aporte a la cohesión social que proteger de manera irrestricta los dere-

chos de la población más vulnerable, ampliando las vías del acceso a la justicia y facilitando las herramientas institucionales para volver eficaces los derechos y garantías consagrados por nuestro ordenamiento jurídico”.

Esta visión se traduce normativamente en los Criterios Generales de Actuación aprobados por Resolución DG Nº 12, del 31 de enero de 2012 donde entiende que “la cláusula inserta en el art. 12 inc.6º de la CCABA debe entenderse en el sentido de facilitar ampliamente el acceso a la justicia de aquellos que, por razones económicas, no pueden costearse los servicios de un abogado particular o los gastos que irroga el proceso”. Ello lleva a que “los defensores de primera instancia deberán intervenir en los términos de los arts. 41 y 45 de la Ley Nº 1903 en todas las acciones, recursos y reclamos patrimoniales derivados del accionar de las autoridades administrativas, por su actuación activa o pasiva, de carácter lícito o ilícito, que resulten competencia de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Nótese que en esta interpretación la función de los defensores se extiende de una función reactiva —defensa ante el inicio de una acción por parte del Estado— a una activa —interposición de acciones, recursos y reclamos patrimoniales—. Asimismo, esa pro—actividad se ve realzada porque no necesariamente debe haber una acción del Es-

La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharlo y los padres o tutores le informen de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. También debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.

Es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez”. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso.

Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de

los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

En tal sentido, el propio Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

La esencia del debido proceso radica en la oportunidad o posibilidad suficiente de participar, o tomar parte con utilidad.

Y todo ello no fue posible en el sub lite, en tanto se viene negando tal participación del niño tanto en forma directa ante el órgano jurisdiccional

tado que perjudique a la persona, sino que basta su omisión sea esta de carácter lícito o ilícito. Es decir que el ámbito de actuación de la Defensoría se multiplica, pudiendo cumplir así su autoatribuida función de “contribuir a la cohesión social”. Ha sido, justamente, en cumplimiento de estos objetivos que el Ministerio Público de la Defensa ha tenido un muy importante papel en la discusión del derecho a la vivienda de las personas en situación de calle, frente a la normativa emitida al respecto por el Poder Ejecutivo de la CABA. (22) Ha patrocinado a muchas personas en esa condición frente al Gobierno CABA y es ella la que ha logrado, frente a un fallo adverso ante el TSJ CABA, la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya mencionado caso Quisberth Castro.

En la misma tónica, la Defensoría General objetó los criterios de actuación de la Fiscalía General en las causas por usurpaciones, sosteniendo la necesidad de que se le otorgara a ésta una intervención temprana que garantizara el derecho del acusado a la defensa técnica. Luego de un intercambio

de notas y peticiones, la Fiscalía General reafirmaría su posición de que el derecho de defensa en juicio se encuentra debidamente resguardado por la libre elección del imputado a ser asistido por un letrado de su confianza o por un Defensor Oficial, no siendo necesaria la intervención de la Defensoría desde el mismo momento de la denuncia. (23) En lo que aquí nos interesa, en tanto ejemplificativo de las lógicas de actuación de los organismos actuantes así como de los procesos que conducen a la judicialización, este conflicto fue llevado por la Defensoría General ante los estrados del Tribunal Supremo de la CABA (24), denunciando la privación de justicia que, por omisión, generaría el Ministerio Público Fiscal al no otorgarle la intervención solicitada. Dicha denuncia sería rechazada *in limine* —por unanimidad— por sentencia del 2 de marzo de 2011. (25)

2. c) Asesoría General Tutelar

Como dijimos anteriormente, la atribución de competencias se halla estructurada de la siguiente forma: mediante el sistema de lista (arts. 17 y 18)

(22) Cf. CHRISTE, Graciela, “Derecho a la vivienda digna y Defensa Pública”, Revista Institucional de la Defensa Pública, Diciembre 2011, pp. 17-36.

(23) Cf. Punto VI de la Resolución FG 382/2010.

(24) Cf. art. 36, ley 402.

(25) Expte. Nro. 7892, “Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia”, 2 de marzo de 2011.

(principio de inmediación) quien no fue oído en forma directa por el órgano jurisdiccional, previo a resolver del modo en que se lo hizo, ni por intermedio de su representante promiscuo (la Señora Asesora Tutelar), a quien se le negó legitimación para intervenir en autos, y mucho menos a través de la actuación de un abogado del niño, opción que ni siquiera se barajó como posibilidad desconociéndose asimismo, el derecho del niño a contar con una defensa técnica eficaz de sus derechos en juicio.

V. e).— Derecho a una vivienda digna. Lo cierto es, que en el sub examen, se encuentran claramente comprometidos derechos fundamentales de mis defendidos, los que se vienen desconociendo y entre ellos se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales, que tienen plena vigencia y la más alta jerarquía en el derecho positivo de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 17, 20, 21, 23, 26 y 31 CCABA) y en la Constitución Nacional, por ende, son exigibles judicialmente.

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por Ferrajoli en cuanto a que: "(...) Una constitución

no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular" (v. Ferrajoli, Luigi "Pasado y futuro del derecho", en Revista Internacional de filosofía política, 17, Madrid, UNED/Universidad Autónoma Metropolitana, 2001).

Y tal como lo expresó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender al derecho a la vivienda en un sentido limitado o restrictivo que lo equipare al simple hecho de tener "un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad" (cf. Observación General Nº 4, art. 11. Pár. 1, adoptada el 13 de diciembre de 1991 (v. <http://www.unhchr/tbs/doc.nsf/>).

Al respecto el Relator Especial sobre el derecho a la vivienda el Sr. Miloon Kothari destacó que: "el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a

la ley le atribuye competencias al Ministerio Público en general y luego, al delinear los tres órganos nombrados, va especificando sus funciones específicas. **(26)** En consecuencia, no hay una clara atribución de competencias específicas ya que, por el principio de unidad, los tres órganos tienen las competencias generales pero la enumeración específica que debería delimitar su ámbito de ejercicio específico no remite directamente a ese listado. Es decir, que las atribuciones específicas de competencias —v.gr.: en el caso de la AGT, los arts. 46 a 49 de la Ley— no remiten específicamente a ese listado, quedando la duda sobre si existe exclusividad o concurrencia en el ejercicio de las mismas. Por ejemplo, según la ley y la interpretación que la propia AGT le ha dado a la misma, su misión es promover la justa aplicación de la ley, la legalidad de los procedimientos y el respeto, protección y satisfacción de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y de las personas afectadas en su salud mental. Para ello, la Asesoría General Tutelar desarrolla una inter-

vención vinculada al contralor de la política pública local a través de acciones de monitoreo, interpe-lación, articulación y seguimiento del debido funcionamiento de las instituciones del Estado. **(27)** La atribución de esta amplísima misión significará, como en el caso que aquí comentamos, una discusión sobre los alcances procesales concretos que la misma asume. **(28)**

Un primer caso, de enorme relevancia institucional, puede servir de ilustración respecto de la dinámica que nos interesa analizar al comentar el caso resuelto por la Corte Suprema. El mismo se planteó en el ámbito de la justicia porteña al discutir acerca de si la AGT tenía competencia para interponer las acciones declarativas de inconstitucionalidad dispuestas por el art. 113 CCABA. En principio, el art. 18 de la Ley 402, que rige los procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, autorizaba en su inc. d) a interponer dichas acciones declarativas a "(...) los/las titulares de cada uno de tres organismos que componen

(26) Ministerio Público Fiscal (arts. 29 a 35), Defensoría General (arts. 36 a 45) y Asesoría General Tutelar (arts. 46 a 49).

(27) Cf. en este sentido, las palabras de la Asesora General Tutelar, Dra. Laura Musa, en el libro *Asesoría General Tutelar: El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las Políticas Públicas* -1ª ed.-, Buenos Aires: Eudeba, 2010.

(28) Debemos recordar, en este sentido, que la Resolución de la Fiscalía General 121/08 que regula el protocolo de actuación en esas causas dispone específicamente el ofrecimiento de asistencia inmediata a la población que se encuentre en situación de riesgo en el inmueble usurpado, lo cual evita la alejación de su desprotección (vid. supra 2. a) Fiscalía General in fine). Estamos más bien ante un conflicto interno de com-

tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad”. Asimismo subraya que, la realización del derecho a la vivienda está íntimamente ligado a la realización de otros derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la protección de su vida privada, de su familia y de su domicilio, el derecho a no estar sometido a tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la salud y está unido al respeto de los principios fundamentales de la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres (cf. El informe presentado por el relator especial sobre el derecho a la vivienda presentado en la 57ª sesión de la Comisión de derechos Humanos, E/CN.4/2001/51, parágrafo 8, del 25 de enero de 2001).

El derecho a la vivienda está reconocido en numerosos documentos internacionales, siendo el primero de ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la que se proclama, que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la ali-

mentación, el vestido, la vivienda...” (artículo 25). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (1966), que en su art. 11 establece el compromiso de los Estados partes de tomar las medidas necesarias para realizar “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuada, y a una mejora continua en las condiciones de existencia...” (...).

Por su parte, en la Convención sobre los Derechos del Niño, el estado se comprometió a ayudar a los padres, u otras personas que tienen a cargo al niño, a dar efectividad al derecho de alojamiento y en caso necesario a proporcionar asistencia material y programas de apoyo particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y vivienda (art. 27).

El Comité de los derechos del Niño cree que “(...) Conviene hacer hincapié en que el derecho a la vivienda de los niños está interrelacionado y es interdependiente con casi todos los demás derechos contenidos en la Convención. Esto pone de

el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Dicha ley, sancionada en junio del año 2000, es anterior a la sanción de la ya referida ley 1903 que en su art. 29 inc. 2) atribuye dicha potestad, en forma expresa, solamente al Fiscal General. Paradojalmente, el párrafo del art. 21 de la Ley 402 prevé que sea este Fiscal General el que dictamine una vez contestado el traslado por parte del Gobierno de la Ciudad. **(29)** Este intrínquilis sería objeto de decisión por parte del Tribunal Superior de Justicia en la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada respecto al art. 27 de la Ley 12. **(30)** En primer lugar, el Tribunal se pronunciaría sobre la petición del Fiscal General de que se le corra vista “de manera previa a decidir sobre la admisibilidad de la acción”. El TSJ accede a dicha petición **(31)** y, una vez corrida la vista, trata la legitimación de la AGT para interponer la acción declarativa del art. 113 CCABA. **(32)** Con fundamentos parcialmente diferentes, los 5 sen-

tenciados coinciden en reconocerle la competencia a la AGT. **(33)**

En lo que respecta concretamente al Derecho a la Vivienda, esta atribución de competencias sería especialmente relevante ya que sería la AGT la que ejercería esta asignada potestad de solicitar la inconstitucionalidad en abstracto para la impugnación, ante el Tribunal Superior de Justicia, de las normas del decreto 960/08 que modificó el programa de “Atención para Familias en Situación de Calle” aprobado por el decreto 690/06. Esta interpretación que acabamos de describir le otorga un poder a la Asesoría General Tutelar que no resulta expreso de la normativa, ni parece *a priori* coherente con la arquitectura que informa el sistema, pero que se logra ante la pasividad del Ministerio Público Fiscal y gracias a la interpretación expansiva del Tribunal Superior de Justicia. Menos suerte tuvo la AGT respecto de su pedido de intervención en los supuestos

petencia entre los órganos del Ministerio Público respecto de quien debe ocuparse de esos derechos.

(29) Lo cual haría que, si la acción de inconstitucionalidad fuera ejercida por la AGT o por la Defensoría General, que sería el Ministerio Público Fiscal el que dictaminaría sobre su petición (como de hecho sucedió en el caso que mencionaremos en este mismo apartado). En caso de que la acción fuera intentada por el mismo MPF, se deduce que el dictamen de ese organismo no procedería.

(30) Expte. n° 5541/07 “Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GIBAS/ acción declarativa de inconstitucionalidad”.

(31) Decisión del 27 de diciembre de 2007.

(32) Decisión del 19 de marzo de 2008.

(33) Algunos -Ruiz y Maier- esgrimen el argumento de la asignación expresa por parte del art. 18 de la Ley 402, otros -Lozano y Conde- interpretan que la asignación de funciones de los arts. 48 y 49 de la Ley 1903 supone implícitamente esa

relieve el valor global y holístico de la Convención y de su proceso de aplicación y vigilancia” (informe sobre el 11º período de sesiones, enero de 1996, CRC/C/50). “En esta declaración el Comité menciona expresamente el derecho del niño a participar en las decisiones relacionadas con la vivienda (artículo 12): esta consideración puede parecer un lujo para el niño que carece de hogar, pero, de hecho, es importante que cualquier gobierno decidido a mejorar las condiciones de alojamiento tenga en cuenta sus opiniones”. (cf. Manual de Aplicación de la convención sobre los derechos del Niño Unicef, Fondo de la Naciones Unidas para la infancia, Suiza, 2001, p. 374, el destacado me pertenece).

La Declaración de Vancouver de 1976 adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos, los estados declararon que: “Disponer de una vivienda y de servicios suficientes es un derecho fundamental del hombre y los gobiernos tienen la obligación de procurar que todos sus residentes puedan ejercer este derecho, empezando por ayudar a

las capas más desfavorecidas de la población instituyendo programas que alienten la iniciativa personal y la acción colectiva. Es necesario que los gobiernos se esfuercen por eliminar todos los obstáculos que retrasan el alcance de sus objetivos.” (Sección III (8)).

Obligaciones mínimas de un Estado. La Observación General Nº 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 13 de diciembre de 1991, reconoce al menos ciertas obligaciones, entre las cuales se encuentran, las de respetar, proteger, facilitar y realizar el derecho a la vivienda.

Un estado en el que un gran número de personas está privado del acceso a una vivienda digna mínima o al menos a un lugar de refugio temporal, viola prima facie su obligación de realizar el derecho de vivienda. Los países más pobres, si no tienen los recursos suficientes para respetar esa obligación mínima, tienen que pedir ayuda a la cooperación internacional para poder solucionarlo.

de devolución anticipada de inmuebles. Todas las instancias de la Ciudad de Buenos Aires rechazaron su pedido y el Tribunal Superior hizo lo propio con su Recurso Extraordinario. La decisión se basó en el carácter de derecho procesal local que tiene la materia de legitimación, ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema. El argumento se refuerza al analizar, como hemos hecho, los conflictos inter-orgánicos que manifiesta, también de inculcable jurisdicción local. Como veremos a continuación, para resolver el recurso, la Corte Suprema deberá decidir si están en juego los derechos sustantivos que la AGT aduce proteger y, así, la cuestión a dilucidar pasa a ser la existencia de los derechos involucrados antes que las normas atributivas de competencias. El paso a la jurisdicción federal transmutaría así la naturaleza de la cuestión debatida.

3. Los derechos del niño como puerta de entrada al sistema

La existencia de niños en los inmuebles que se quieren desalojar y restituir a los dueños es la ra-

zón que va a motivar el pedido de intervención de la Asesoría General Tutelar, ya que —según vimos— la defensa de sus derechos es la que delimita su competencia específica. En un primer momento, la apelación de la AGT ante la Cámara se basó en que el rechazo respecto de su posibilidad de intervenir en el proceso —basada en que la ley local 2451 de Régimen Penal Juvenil solo la prevé para cuando los menores de edad sean imputados, víctimas o testigos de delitos (34)— conculcaba el derecho de los niños a ser escuchado e intervenir en todo procedimiento que lo afecte en su persona. (35) Luego, ese argumento mutaría en la presentación directa hacia una versión más sustantiva del mismo: lo que se encontraría conculcado sería el derecho de los niños a gozar de una vivienda digna en los términos de los artículos 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, puesto que “tal derecho incluye el de poder articular defensas contra una pretensión de desalojo y tal oportunidad no fue provista por

facultad y otros -Casás- realizan el hecho de que el Fiscal General no se ha opuesto en su intervención para dictaminar sobre la admisibilidad de la acción.

(34) Vid. supra nota 4.

(35) Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 12. 1) Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones

de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por me-

Asimismo, la Observación General Nº 7 sobre “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos (16º período de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV (1997), establece que: “(...) 10 Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. (...) Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación. 11. Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados.”

los jueces de la causa”. **(36)** La centralidad de la posición del niño en estos planteos va a derivar en la intervención del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia, cuya presentación se anexa a la sentencia del tribunal. Va a afirmar allí que

“... cabe poner de resalto que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su par de la ley 26.061 (arts. 19, 24 y 27) al consagrar el derecho a ser oído, apuntan a aquel niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, es decir que haya alcanzado una edad específica o que tenga suficiente inteligencia y entendimiento para formarse un juicio sobre la cuestión. En base a los datos incorporados a la causa, se encontrarían residiendo en el inmueble al menos 20 niños (...)

El interés superior de los niños reclama que las decisiones que los afectan no se tomen a sus espaldas. En tal sentido, no se le confiere intervención al niño como juez o árbitro, para dirimir un conflicto muchas veces originado en la disputa de sus progenitores, de modo que tenga que sentirse responsable de la elección entre uno de ellos, sino que su participación es en su carácter de sujeto de

Ahora bien, sin la adecuada participación del niño involucrado con la representación de la Asesora Tutelar o de un abogado especializado que los patrocine, tales standards internacionales no podrán ser exigidos ni verse garantizados.

V. f).- Interés Superior del niño.

Desde otra óptica, no puede tampoco pasarse por alto, que la protección del derecho a la vivienda adecuada y el derecho a la seguridad y no discriminación en los comprometidos en el resultado de esta acción, entre otros el derecho de mi defendido al más “...la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos...” (Fallos: 328: 2870).

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es

derecho interesado en intervenir en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida. (...)

Y todo ello no fue posible en el *sub lite*, en tanto se viene negando tal participación del niño tanto en forma directa ante el órgano jurisdiccional (principio de inmediación) quien no fue oído en forma directa por el órgano jurisdiccional, previo a resolver del modo en que se lo hizo, ni por intermedio de su representante promiscuo (la Señora Asesora Tutelar), a quien se le negó legitimación para intervenir en autos, y mucho menos a través de la actuación de un abogado del niño, opción que ni siquiera se barajó como posibilidad desconociéndose asimismo, el derecho del niño a contar con una defensa técnica eficaz de sus derechos en juego.” **(37)**

El Comité de los Derechos del Niño —organismo previsto en los arts. 43 y siguientes de la Convención para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes— vincula de modo inextricable el derecho a ser escuchado con la defensa del Interés Superior del Niño, uno de las bases de ese ordenamiento.

dio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

(36) Cf. Dictamen del Procurador Eduardo Ezequiel Casal del 10 de noviembre de 2011, apartado II.

(37) Presentación del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián Horacio Langevin, del 9 de junio de 2011.

más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño. En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisfaga a todos ellos. Se trata de “bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular” (v. BELANDRO, Rubén Santos, “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos).

Sin embargo, lejos de todo ello, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, impidió a mis defendidos el acceso a la justicia y a la tutela efectiva de los delicados derechos en juego, pasando por alto que el propio art. 4 de la CDN, establece que los Estados partes, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la convención.

Así, en base a la normativa invocada y ante el caso concreto planteado, debió el tribunal superior de la causa, admitir la participación activa de

los niños afectados y de su representante promiscuo, de modo tal que pudieran peticionar en este proceso, las medidas pertinentes para garantizar la plena efectividad de sus derechos, mas no asumir la conducta obstaculizadora y poco tuitiva de los delicados intereses en juego.

En ese marco, le compete ahora a esa Corte, en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa de modo que a los menores de autos, se le conceda con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la ley de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Ley Nº 26.061, su derecho a un debido proceso en el que se le garantice su derecho de defensa en juicio, a hacer oído y participar activamente en todo asunto que lo afecta e involucra y, fundamentalmente, se le tutele su derecho a crecer en el seno de una vivienda digna, haciendo operativo y efectivo su interés superior.

Por lo expresado, va de suyo, que el remedio federal deducido deberá prosperar.

Este último es conceptualizado así como un derecho procesal que debe tender a asegurar que ese interés sea respetado en las decisiones públicas o privadas. (38) El instrumento —escucha del menor— está en íntima relación con la sustancia —satisfacción del Interés Superior del Niño— y esa vinculación entre lo procesal y lo material del derecho es la que se manifiesta en el caso que estamos analizando. Esto tiene una gran importancia por la naturaleza que asume ese interés como

principio jurídico expansivo de la discrecionalidad judicial. (39) Un ejemplo concreto de la relevancia de este principio en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema está, justamente, en la resolución del *leading case* relativo al derecho a la vivienda, Quisberth Castro, donde la participación del hijo discapacitado de la actora es un factor relevante para la concesión de la ayuda solicitada. Este es una entre las muchas decisiones en que el tribunal ha utilizado ese principio, muchas veces de forma

(38) Comité de los Derechos del Niño: Observación General Nro 12: El derecho del niño a ser escuchado, 51º Período de Sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

(39) La formulación del principio como la obligación de brindar una “consideración primordial” al “interés superior del niño” ha generado numerosos problemas interpretativos. Las normas jurídicas que establecen prohibiciones -como la del trabajo infantil- son fácilmente discernibles en sus contornos interpretativos, al igual que las que establecen obligaciones concretas. En cambio, determinar qué significa el “interés superior del niño” en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño es complejo y, más aún, lo es saber cuál es ese mejor interés en la situación concreta. Esta situación ha generado no pocas críticas a su inclusión en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, algunos sostienen que genera más dudas que las que resuelve al ser indeterminado y de difícil aplicación (Cf. GONZALEZ CONTRÓ, Mónica: Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación, México: Universidad Nacional Autónoma

de México, 2008, p. 404) Asimismo, otros autores resaltan el hecho de que los resultados de cualquier interpretación son indeterminados, o sea, no podemos saber *ex ante* cómo impactará la decisión en el futuro del niño (cf. David Archard and Marit Skivenes: “Balancing a Child’s Best Interests and a Child’s Views”, *International Journal of Children’s Rights* vol. 17 (2009), p. 8). Esa vaguedad otorgaría un amplio poder al intérprete, ya que la generalidad del término utilizado le brinda una discrecionalidad de actuación casi ilimitada y, en definitiva, terminaría conspirando contra sus derechos, en la medida en que estos dependerían del arbitrio judicial. En la medida en que el principio se va concretando en su significado, de modo general -v.gr: a través de la fijación de reglas decisorias o procedimentales-, el poder del intérprete decrece y su actuación se hace más previsible (cf., en este sentido, GARRIDO ALVAREZ, Javier, “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* -Universidad Nacional Autónoma de México- Nro. 7 (2013)).

VI.- Por ello, solicito a V.E. que se declare procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoque la resolución apelada y se dé efectiva participación a los niños involucrados y a su representante promiscuo, la Asesora tutelar, a fin de garantizar la tutela efectiva de sus derechos. 9 de junio de 2011. Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dictamen de la Procuración General de la Nación:

Suprema Corte:

-I-

El 22 de septiembre de 2009, A. R. se presentó ante la comisaría n° 24 de la Policía Federal y, en carácter (e copropietaria del inmueble de la calle ..., denunció que la casa había sido ocupada por personas desconocidas.

En el curso del proceso por el delito de usurpación se acreditó tanto el carácter invocado por la

denunciante como el hecho de la ocupación de la vivienda por varias familias entre cuyos integrantes había niños y adolescentes.

Los intrusos pretendieron justificar la posesión mediante contratos falsos que fueron fácilmente descalificados como títulos legítimos para permanecer en el lugar.

El fiscal a cargo consideró que se encontraban reunidas las condiciones que establece el último párrafo del artículo 335 del código procesal local para hacer lugar a la medida cautelar de restitución del inmueble y, en consecuencia, solicitó al juzgado interviniente el desalojo de los ocupantes.

La Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas tomó conocimiento de la existencia de ese pedido y requirió al juez una vista de las actuaciones a fin de emitir un dictamen en relación con los derechos e intereses de los menores de edad que residían en el inmueble que pudieren verse afectados por el desalojo.

que significó un acrecentamiento de sus facultades juzgadoras —v.gr: al admitir la existencia de una adopción post-mortem, no prevista en el ordenamiento, para favorecer la situación del menor—. (40) De este modo, la apelación al Interés Superior del Niño tiene, por la misma estructura del principio y también por su potencia retórica, una virtualidad expansiva que favorece el proceso de judicialización.

Sin embargo, en este caso, la Corte Suprema se mantiene dentro de los cauces formales que fija el específico procedimiento de restitución anticipada de inmuebles y niega la coartada que la presencia de menores significaría para “abrir” el proceso hacia la discusión de cuestiones que exceden su limitado marco. Frente a las tendencias habituales en su jurisprudencia, tanto el dictamen de la Procuración General como la remisión que a ella hace la Corte Suprema adoptan una postura restrictiva sobre la incidencia de los derechos de los menores en la causa:

“En el caso bajo examen, la cuestión debatida viene delimitada normativamente por la regla que faculta al juez a disponer —como medida provisional— el reintegro inmediato de la posesión

(40) CSJN, “M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, sentencia del 26 de septiembre de 2012.

del inmueble al damnificado por una usurpación, cuando el derecho invocado fuere verosímil (conf. artículo 335 del Código Procesal Penal local). Por lo tanto, los hechos relevantes sobre los que habrá de versar la discusión son, por un lado, la existencia del delito de usurpación y, por otro, la demostración verosímil del derecho del reclamante sobre el inmueble. Ninguno de esos extremos atañe a relaciones jurídicas de titularidad de los menores. En cuanto al primero, ciertamente los niños que ocupan la casa no son titulares de la relación jurídica que representa la imputación del delito; en cuanto al segundo, tampoco son titulares de ninguna relación jurídica real con ese inmueble ni de alguna relación personal con su propietario que pueda justificar la pretensión autónoma de resistir el desalojo” (...)

“En el concepto de la *a quo*, el impacto que el desalojo indudablemente tiene sobre la situación material de los niños que habitan la casa por decisión de los adultos responsables de ellos, no es equiparable a la afectación directa de estatus jurídico que se requiere para ser parte con legitimación autónoma. Con un argumento que procede por reducción al absurdo, el tribunal señala de manera convincente que si ello fuera así, la asesoría tutelar debería intervenir como parte necesaria en toda causa penal en que pudiera resultar sancionada una persona con hijos menores, puesto que siempre en tal caso los intereses de los niños po-

El juez resolvió que la Asesoría Tutelar carecía de legitimación para actuar en el proceso, pues a tenor del artículo 40 de la ley local n° 2451 —régimen penal juvenil— su intervención en causas penales estaba limitada a supuestos en que menores de edad fueren imputados, víctimas o testigos de delitos, condición que no revestían en el caso.

El asesor tutelar apeló la decisión por considerar que era lesiva del derecho del niño a ser escuchado e intervenir en todo procedimiento que lo afecte en su persona, reconocido por normas tanto de nivel constitucional como legal. En ese sentido, postuló que el desalojo podía menoscabar el derecho a la vivienda digna, en función del cual los intereses de los menores debían ser oídos.

La apelación fue rechazada in limine por la alzada bajo el mismo argumento de la ausencia de legitimación para ser parte en procesos penales en los que el menor no reviste la calidad de imputado, víctima o testigo.

drían verse indirectamente comprometidos (ver fs. 8/9).” (41)

En lenguaje sencillo, lo que hace aquí la Corte Suprema es confirmar la lectura restrictiva que habían hecho los jueces de la Ciudad de Buenos Aires al interpretar las facultades de la Asesoría General Tutelar en los procesos en los que los menores son parte a partir de la norma del Régimen Penal Juvenil. (42) El camino elegido es el propio de la vía extraordinaria en la que nos encontramos, donde no se interpreta directamente esa norma de carácter local sino que se lee la controversia desde la apelación a los derechos de los niños involucrados. Esa lectura sustantiva entiende que la opinión de los niños —o de sus representantes, en este caso— en “todos los asuntos que lo afecten” (43) debe leerse como “en todos los asuntos en que son titulares de una relación jurídica”. Como podemos apreciar, este razonamiento requiere que los menores a los que aquí nos referimos no sean —en este caso— sujetos pasivos del derecho a la vivienda, cuestión con la que el dictamen cerrará el argumento.

(41) Dictamen del Procurador Eduardo Ezequiel Casal del 10 de noviembre de 2011, apartado IV.

(42) Vid. supra nota 2.

(43) Cf. formulación del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, transcripta supra nota 33.

Contra ese pronunciamiento, se interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad, que no fue concedido. La queja por recurso denegado fue, asimismo, desestimada por la mayoría del tribunal superior local por considerar, en lo sustancial, que la cuestión no era apta para ser conocida en esa instancia de excepción, pues versaba sobre la aplicación del derecho procesal y de relación directa e inmediata con las cláusulas constitucionales provocadas.

Esa resolución fue objeto del recurso extraordinario, esa denegación motivó esta queja.

-II-

En la presentación directa, la Asesora Tutelar contradujo la interpretación del a quo al insistir en que el caso versa sobre el derecho de los niños a gozar de una vivienda digna en los términos de los artículos 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución de

4. Derecho a la vivienda: cuestión estructural y de derechos individuales

El derecho a la vivienda forma parte del conjunto que se conoce como derechos económicos y sociales, es decir, aquellos que, a diferencia de los clásicos derechos decimonónicos —v.gr: la libertad de transitar—, requieren una prestación o actividad positiva por parte del Estado. Los primeros obedían a un esquema de relación entre sociedad y Estado en el que la primera se protegía de la intervención del segundo, resguardando un ámbito de libre actividad. El clásico “*laissez faire, laissez passer*” decimonónico expresa la idea que animaba este espíritu social que se consagraba en la primera ola del constitucionalismo. Por esta razón, los derechos allí reconocidos pasan a denominarse negativos, es decir aquellos que por la mera abstención del Estado se cumplían. Como bien sabemos, esa estructura social comienza a variar al compás de la industrialización, en el plano económico, y de la democratización, en el político. El Estado empieza a ser conceptualizado como un actor que debe equilibrar las fuerzas en juego en el orden social, corrigiendo las denominadas “fallas del mercado”. Se habla así de un Estado social (de Derecho), que se imbrica en la vida social regulando la actividad económica, asistiendo a los más desprotegidos, fijando reglas para el desenvolvimiento de la vida laboral, expandiendo los derechos políticos y sociales. Para esas actividades ya no es suficiente con la mera abstención sino

la Ciudad de Buenos Aires, puesto que tal derecho incluye el de poder articular defensas contra una pretensión de desalojo y tal oportunidad no fue provista por los jueces de la causa.

Señaló además que esa garantía venía ya reconocida en general por el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto consagra el derecho de los niños a participar en todo proceso judicial que los afecte, ya sea directamente o a través de un órgano apropiado.

Destacó, por último, que la decisión apelada no respeta el criterio relativo al debido proceso adjetivo establecido por V.E. en Fallos: 332:1115, según el cual es descalificable toda sentencia que omita dar intervención al ministerio pupilar para que ejerza la representación promiscua, si dicha resolución compromete en forma directa los intereses de un menor, pues ello importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones.

que se requieren prestaciones positivas por parte del Estado, ya sean regulaciones que equiparen a las fuerzas en juego (v.gr: legislación laboral) o provisión de bienes que subsanen las desigualdades o asistan a los más desprotegidos (v.gr: seguro de desempleo). A esta clase de derechos, conocidos también como de segunda generación, pertenece el derecho a la vivienda.

Mucho se ha hablado sobre la naturaleza del derecho a la vivienda, sobre todo en cuanto a su carácter de derecho social que no generaría obligaciones jurídicas en cabeza del Estado sino solamente deberes de índole política. (44) En concreto, la doctrina tradicional afirma el carácter meramente programático de estos derechos sociales, que servirían así solamente como directivas para la política pública pero no serían exigibles jurídicamente. Ello obedecería a que estos derechos requieren de acciones positivas por parte del Esta-

A fojas 57 se dio vista de las actuaciones al señor Defensor Oficial ante la Corte, quien postuló que se haga lugar al reclamo de la Asesora Tutelar. Como fundamento de esa opinión, dijo que a los niños corresponden los mismos derechos que a toda persona, más un plus justificado por su condición vulnerable, tal como lo reconocen las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Afirmó que ese estándar de protección calificada no fue cumplido al negar la intervención del asesor tutelar en el incidente de desalojo, y con ello también se frustró la doble finalidad tuitiva de la representación promiscua de velar por los intereses de los menores en caso de que entrasen en contradicción con los de sus representantes legales, a la vez que suplir la eventual inacción o la falta de diligencia de éstos en procesos que afecten a sus representados menores.

Para el Defensor Oficial, esta causa se trata de un proceso que afecta claramente el derecho de los niños a una vivienda digna y, por lo tanto, la intervención de éstos a través del órgano especia-

do y éstas se encuentran dentro del ámbito de discrecionalidad del mismo y, por lo tanto, no serían controlables por el Poder Judicial. Esta postura, en uno de los extremos del espectro interpretativo, se ha visto crecientemente matizada, en el sentido de que el derecho a la vivienda involucra una serie de deberes jurídicos en cabeza del Estado, con distintos niveles de exigibilidad. (45) Esta naturaleza compleja del derecho a la vivienda, con múltiples niveles de significado jurídico, obedece a que el mismo se concreta en una situación particular pero la misma depende de las condiciones estructurales que permiten el acceso a su satisfacción. Por esa razón, no se puede sostener que exista un derecho del individuo a obtener una vivienda pero sí a que estén dadas las condiciones que, eventualmente, lo permitan. Ello, como puede suponerse, genera un amplio campo para la intervención judicial, dando lugar al fenómeno del “litigio estratégico”. (46) En estos supuestos, el

(44) Vid. la discusión de esta visión en ABRAMOVICH, V. y COURTISS. C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 19 y ss.

(45) En este sentido: “... el derecho a la vivienda, al igual que los restantes derechos sociales, implica para las autoridades diferentes niveles de obligaciones, a saber; por un lado, obligaciones de respetar y proteger, que requieren que el Estado no adopte medidas que impidan o dificulten su goce y, a su vez, que garanticen que terceros no privan a las personas del derecho a la vivienda;

por el otro, obligaciones de realizar y promover, que implican el deber estatal de planificar y ejecutar actividades que fortalezcan el acceso de la población a la vivienda, de manera tal que quienes se encuentran en una situación de pobreza puedan superar la crisis y asegurarse una morada por sus propios medios.” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario CABA, Sala I, “D.A.V. c. GCBA s/amparo”, 23/03/2003).

(46) Cf. BASCH, Fernando, “Breve Introducción al litigio de reforma estructural”, Documento base para el Seminario

lizado es una exigencia tanto de reglas de derecho interno como internacional (artículo 27 de la ley 26.061 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño).

-III-

V.E. ha considerado que la legitimación sustancial es materia de derecho procesal, ajena en principio a la vía del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 311:1906; 318:986).

En este sentido, cabe destacar que los tribunales de la causa a través de las sucesivas instancias rechazaron la pretensión de la Asesoría Tutelar por aplicación de las normas procesales locales, cuya inteligencia no corresponde a la Corte examinar.

Sin embargo, no es menos cierto que la recurrente ha venido planteando desde su primera intervención que su legitimación como parte en el incidente de desalojo, está prescripta directamente por ramas de rango constitucional, cuyo

desconocimiento por parte de los jueces de la causa constituye cuestión federal suficiente para ser conocida por la vía del recurso extraordinario federal.

La asesora tutelar se refiere, en general, a las normas convencionales y constitucionales que garantizan a todas las personas el derecho al debido proceso, la defensa en juicio y la protección judicial contra todo acto que lesione sus derechos fundamentales (artículos 18 de 12 Constitución Nacional y 25 de la CADH); y en particular al artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño que establece que se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

Para el *a quo*, no obstante, tales normas carecen de atención directa con el caso, puesto que el presente no es un proceso que afecte alguna relación jurídica sustantiva en cabeza de los niños. En las palabras del tribunal, “el objeto de este proceso no se relaciona con el derecho a la vivienda que tienen las personas menores de dieciocho años de

caso individual “abre” la cuestión estructural y el juez interviene como promotor y coordinador de una política pública que remedie la situación. (47)

La situación planteada en este caso supone un obstáculo a esta lógica, ya que aquí el Estado actúa como garante de un derecho individual de propiedad —el del titular del inmueble— por lo que la oposición del pretendido derecho a la vivienda de los menores debería realizarse, en todo caso, frente a él pero no respecto al propietario. Para que el derecho a la vivienda de los menores, protegido constitucionalmente, pudiera ser discutido en este caso debería haber identidad en cuanto al obligado, ello es, el Estado. Como esta no es la situación de autos, la apelación al derecho a la vivienda plantea una dicotomía que no es sostenible constitucionalmente. Tal como lo establece el dictamen del Procurador General:

“Es digno de ser señalado que, si como razón el asesor tutelar, la legitimación para intervenir en representación de los menores viene dada porque este procedimiento judicial de desalojo afecta el derecho fundamental de los niños a una vivienda adecuada, entonces se sigue, por contraposición, que no autorizar el desalojo sería la obligación correlativa que exigiría en este caso el derecho a la vivienda. Esto permitiría inferir dos conclusiones. La primera es que tolerar la ocupación ilegal de una casa puede ser eventualmente una manera de satisfacer el derecho a la vivienda. La segunda es que podría existir contradicción entre el derecho de propiedad privada del que reclama un desalojo y el derecho a la vivienda de los que habitan la casa a desalojar. En mi opinión, se trata de conclusiones insostenibles que muestran los defectos del planteo como caso constitucional”.

A la Corte Suprema le interesa destacar que la usurpación no puede ser generadora de un derecho a la vivienda, ello es, ese hecho no puede conformar un derecho mejor que el que los menores tenían antes. Esto es destacado por el tribunal al citar expresamente la parte del dictamen en que se hace referencia a Observación General n° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde sostiene que “entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda ade-

“Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural”, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.

(47) Como señalan *Sabel and Simon*, la causa judicial funciona, en esos casos, como un elemento “desestabilizador” del sistema” (Cf. *SABEL, Charles F. and SIMON, William H., “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, Harvard Law Review Vol. 117 (2004), pp. 1016 y ss.*).

edad (...) ni se discute el compromiso asumido por el Estado local de procurar o garantizar tal derecho a todas las personas en general”.

El caso ha sido calificado por el tribunal como uno en el que la única cuestión a dilucidar es si corresponde restituir la posesión del inmueble al titular del derecho de dominio que alega haber sido despojado. Se afirmó que en el limitado marco de esa cuestión el derecho a una vivienda digna no podría tener cabida como defensa frente a la pretensión de recobrar del propietario legítimo, ni tal pretensión puede interpretarse como contradictoria con el derecho constitucional a la vivienda. En otras palabras, los niños no podrían repeler la acción de desalojo alegando la titularidad de un derecho a la vivienda adecuada, pues eso sería, por así decir, colocar en cabeza del propietario individual la obligación de satisfacer ese derecho a costa del suyo propio (conf. 7).

En el concepto del a quo, el impacto que el desalojo indudablemente tiene sobre la situación material de los niños que habitan la casa por decisión

de los adultos responsables de ellos, no es equiparable a la afectación directa de estatus jurídico que se requiere para ser parte con legitimación autónoma. Con un argumento que procede por reducción al absurdo, el tribunal señala de manera convincente que ello fuera así, la asesoría tutelar debería intervenir como parte necesaria en toda causa penal en que pudiera resultar sancionada una persona con hijos menores, puesto que siempre en tal caso los intereses de los niños podrían verse indirectamente comprometidos (ver fs. 8/9).

IV.— Desde el punto de vista de los requisitos formales de la apelación federal, es menester señalar que los agravios del recurrente resultan ser la reiteración de asertos vertidos en las instancias anteriores que ya fueron desechados sobre la base de los argumentos reseñados en el punto anterior y que, en mi opinión, no han sido rebatidos mediante una crítica eficaz. Al respecto, V.E. tiene dicho que los reclamos presentados en tales condiciones no cumplen con el requisito de fundamentación autónoma (Fallos: 324:4085; 326:2586; 330:1534).

cuada figura la seguridad jurídica de la tenencia (conf. ap. 8), ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho.” Por lo tanto, a los argumentos antes expuestos, se suma uno de carácter estructural: la usurpación, por su misma naturaleza, no es apta para satisfacer el derecho a la vivienda, tal como éste es conceptualizado por el Comité. Esta aseveración —que a la Corte Suprema le interesa especialmente destacar y de allí la cita expresa, reforzando la referencia al dictamen del Procurador— cierra una argumentación que marca claramente el ámbito en que los derechos deben ser discutidos, cuestión que se ve reforzada por la puesta en conocimiento de la situación de los menores a las autoridades pertinentes realizada en el considerando 3ro. de la sentencia. Ese es el camino que se le marca a la Asesoría General Tutelar para la defensa, al menos en este caso, del derecho a la vivienda de los menores desalojados.

5. Colofón: el rechazo de la queja

La cuestión aquí debatida es simple en su formulación, pero compleja en sus implicancias más profundas. La discusión respecto legitimación procesal de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires abre el juego al entramado de relaciones y significados en los

que se anudan los procesos de judicialización de políticas públicas. La participación de la Corte Suprema en esta disputa, de carácter eminentemente local, debería transformar una discusión eminentemente procesal en una sustantiva, referida al derecho a la vivienda de los menores que vivían en el inmueble usurpado. La Corte Suprema, a través del dictamen de la Procuración General al que adhiere, transita ese camino sólo para demostrar su falta de viabilidad. En efecto, al final del mismo se nos recuerda que “la invocación de preceptos constitucionales con motivo de situaciones regidas por normas de inequívoca naturaleza no federal— como son las normas de procedimiento local— no basta para demostrar la relación directa e inmediata con el objeto debatido en la causa”, lo que lleva a desestimar la queja. Así, la Corte apuesta por el sendero estrecho y rechaza el uso expansivo de principios y derechos que dilatarían indebidamente el ámbito de actuación judicial. Y lo hace a través de una argumentación contundente, delimitando conceptos y dando pautas concretas para la interpretación futura. ●

En efecto, la crítica parece obviar que en materia de legitimación procesal, la Corte tiene establecido que la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, siendo acusado determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer, el cual resulta esencial para garantizar que aquél sea una parte propia y apropiada que puede provocar el poder judicial federal. En síntesis, la “parte” debe demostrar persigue, en forma concreta la determinación del derecho debatido y tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia en como lo ha sostenido V.E., que los agravios expresados la afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial” (Fallos: 306:1125; 308:2147 y 310:606, 331:2287 entre otros).

A la inversa, la carencia de legitimación se configura cuando alguien que se reputa parte no es titular de la relación jurídica esencial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta a cargo como fundamento (Fallos: 321:551; 322:385; 326:1211).

En el caso bajo examen, la cuestión debatida viene delimitada normativamente por la regla que faculta al juez a disponer —como medida provisional— el reintegro inmediato de la posesión del inmueble al damnificado por una usurpación, cuando el derecho invocado fuere verosímil (conf. artículo 335 del Código Procesal Penal local). Por lo tanto, los hechos relevantes sobre los que habrá de versar la discusión son, por un lado, la existencia del delito de usurpación y, por otro, la demostración verosímil del derecho del reclamante sobre el inmueble. Ninguno de esos extremos atañe a relaciones jurídicas de titularidad de los menores. En cuanto al primero, ciertamente los niños que ocupan la casa no son titulares de la relación jurídica que representa la imputación del delito; en cuanto al segundo, tampoco son titulares de ninguna situación jurídica real con ese inmueble ni de alguna relación personal con su propietario que pueda justificar la pretensión autónoma de resistir el desalojo.

Por ello, podría decirse —siguiendo la terminología de V.E.— que el interés sustancial y directo que alega el asesor tutelar en términos de derecho a la vivienda adecuada —el estatus de los niños como titulares de tal derecho— no tiene nexo lógico con el reclamo que procura satisfacer —i.e. evitar el desalojo—, por lo mismo que esa parte tampoco puede perseguir en este incidente la determinación concreta de tal derecho.

Es digno de ser señalado que, si como razona el asesor tutelar, la legitimación para intervenir en

representación de los menores viene dada porque este procedimiento judicial de desalojo afecta el derecho fundamental de los niños a una vivienda adecuada, entonces se sigue, por contraposición, que no autorizar el desalojo sería la obligación correlativa que exigiría en este caso el derecho a la vivienda. Esto permitiría inferir dos conclusiones. La primera es que tolerar la ocupación ilegal de una casa puede ser eventualmente una manera de satisfacer el derecho a la vivienda. La segunda es que podría existir contradicción entre el derecho de propiedad privada del que reclama un desalojo y el derecho a la vivienda de los que habitan la casa a desalojar.

En mi opinión, se trata de conclusiones insostenibles que muestran los defectos del planteo como caso constitucional. En primer lugar, porque como lo señala el señor Defensor Oficial en su presentación de fs. 58/65, con cita de la Observación General n° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido “que lo equipare al simple hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente una comodidad. Debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” (conf. § 7). Así pues, entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia (conf. § 8), ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho. Por tal motivo, considero que si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él.

El segundo defecto consiste en haber formulado el problema en términos de conflicto entre el derecho del propietario individual y el derecho de todos a una vivienda adecuada, cuando es conocido el papel de la administración de justicia —en especial las instancias superiores— a favor de la unidad del sistema de los derechos, que no debe ser interpretado sino como un todo coherente (vid. Fallos: 322:622; 317:1195; 320:875, 2701; 324:4367). En el sub lite, la cuestión fue resuelta, a mi juicio con acierto, en el nivel de la adecuación. Así, de todas las normas que podrían prima facie regir un supuesto general de “desalojo forzado” y que conducirían a soluciones opuestas, sólo la especificación lo más completa posible de este caso individual es la que permite descartar con razones concluyentes —ya señaladas a lo largo del dictamen— que la garantía constitucional que consagra el derecho a la vivienda esté comprometida directamente en la gestión, y, en consecuencia, que

en función de esa regla exista legitimación sustancial para intervenir en el proceso como parte.

En síntesis, las normas constitucionales invocadas en la apelación consagran a favor del niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; pero a mi modo de ver asiste la razón al a quo en cuanto a que este proceso no llega de manera directa e inmediata intereses de los niños, lo que no quiere decir que éstos no merezcan una primordial tutela por parte del Estado a través de las vías legales pertinentes, sino simplemente que el derecho federal alegado carece de relación directa e inmediata con la decisión que causa agravio.

En supuestos como el presente, V.E. siempre consideró la invocación de preceptos constitucionales con motivo de situaciones regidas por normas de inequívoca naturaleza no federal — como lo son las normas de procedimiento local — no basta para demostrar la relación directa e inmediata con el objeto debatido en la causa, y menos aún si la queja pretende reeditar en la instancia extraordinaria planteos ya resueltos por los jueces de la causa con suficientes fundamentos de derecho común, ya que de otro modo, la jurisdicción de la Corte sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (Fallos: 310:2306; 311:100; 320:1546).

En consecuencia, opino que V.E. debe desestimar la queja interpuesta.

Buenos Aires, 10 de noviembre de 2011. *Eduardo Ezequiel Casal*.

Buenos Aires, primero de agosto de 2013.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa Escobar, Silvina y otros s/inf. art. 181, inc. 1° C. P.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que remite en razón de brevedad, especialmente en cuanto allí se expresa: “con cita de la Observación General n° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido ‘que lo equipare al simple hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente

una comodidad. Debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte’ (conf. § 7). Así pues, entre los aspectos que atañen al concepto de vivienda adecuada figura la seguridad jurídica de la tenencia (conf. § 8), ausente en toda situación precaria. No se trata del mero estar en una casa sino de estar allí con derecho. Por tal motivo, considero que si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él” (apartado IV, párrafo 7° del mencionado dictamen; énfasis agregado).

2°) Que, asimismo, corresponde atender a lo establecido en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño con relación al nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de aquél. La vivienda, en los términos antedichos, es de esencial importancia para que ese desenvolvimiento resulte efectivo y dotado de dignidad. En tal sentido, el citado instrumento de jerarquía constitucional establece que “(a) los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”. Seguidamente, señala que “los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

3°) Que, en línea con todo lo anterior, esta Corte dispone que los jueces de la causa pongan en conocimiento de las autoridades competentes la situación de las niñas/os y/o adolescentes que pudieran verse afectados en autos, a los fines del pertinente resguardo de sus derechos de rango constitucional.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Devuélvase los autos oportunamente requeridos con copia de la presente resolución, atento a lo dispuesto en el considerando precedente. Notifíquese y, previa devolución del expediente principal, oportunamente, archívese la queja. — *Ricardo Luis Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Carlos S. Fayt*. — *Enrique S. Petracchi*. — *E. Raúl Zaffaroni*. — *Carmen M. Argibay*. — *Juan Carlos Maqueda*.

Voto del señor ministro doctor don *Enrique Santiago Petracchi*:

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, y conforme con lo dictaminado en aquél, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución del expediente principal, archívese. — *Enrique S. Petracchi.*

Voto del señor ministro doctor don *Juan Carlos Maqueda:*

Considerando:

1°) Que las actuaciones se iniciaron con motivo de la denuncia efectuada por la propietaria del inmueble sito en la calle ... de esta ciudad con sustento en que la casa había sido ocupada por personas desconocidas. En el proceso por el delito de usurpación iniciado en consecuencia, una vez acreditada la titularidad del bien en cabeza de la denunciante y que los presuntos usurpadores carecían de título legítimo para permanecer en el lugar —tras haber pretendido justificarlo con documentos falsos— la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires consideró que se hallaban reunidas las condiciones previstas en el art. 335 del Código Procesal Penal de la ciudad y solicitó al juez de la causa que se hiciera lugar a la medida de restitución del inmueble, con la consecuente expedición de orden de desalojo de los ocupantes, entre los que se encontraban niños y adolescentes.

2°) Que estando pendiente de resolución la decisión relativa a la medida solicitada por el fiscal, la Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas tomó conocimiento de ese pedido y se presentó en el proceso, pidiendo vista de las actuaciones para emitir el correspondiente dictamen.

Tanto primera instancia como la alzada rechazaron la petición con fundamento en que carecía de legitimación para actuar en el proceso atento a que, por ley 2451 de la Ciudad de Buenos Aires, su intervención en causas penales se encontraba limitada a los casos en que los niños fueran imputados, víctimas o testigos de delitos y, en el caso, no revestían ninguna de estas calidades.

Rechazado el recurso de inconstitucionalidad, el tribunal superior de justicia local resolvió denegar la correspondiente queja dado que en lo sustancial confirmó lo resuelto previamente y descartó que

las normas convencionales invocadas por la parte obligaran a reconocerle el carácter de parte. Contra dicha decisión, la Asesoría Tutelar planteó recurso extraordinario federal, que también fue desestimado y motivó la queja bajo examen.

3°) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente, ya que la sentencia impugnada es, por sus efectos, equiparable a una sentencia definitiva en tanto origina a la recurrente un agravio no susceptible de reparación ulterior al negarle legitimación para intervenir en la causa.

En efecto, si bien la legitimación sustancial es materia de derecho procesal, ajena —como regla— a la vía del art. 14 de la ley 48, no puede dejar de tomarse en consideración que la recurrente ha fundado su pretensión, desde el inicio, en normas constitucionales y convencionales que cuentan con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), lo que suscita cuestión federal suficiente, y la decisión del superior tribunal de la causa —al igual que las de las instancias anteriores— ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Asimismo, cabe recordar, en este punto, que en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del a quo ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que recatemente les otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos otros).

4°) Que la Asesora Tutelar, con cita de diversas normas constitucionales y convencionales e invocando distintos pronunciamientos emitidos por los órganos internacionales destinados a controlar y supervisar su aplicación, así como también lo previsto en la ley 26.061, sostiene que el desalojo por la fuerza pública que aparejaría la concesión de la medida solicitada por el fiscal representa una franca violación de diversos derechos y garantías constitucionales, como el acceso pleno a la jurisdicción, la defensa en juicio, el debido proceso, el acceso a la vivienda digna y la operatividad de la Convención sobre Derechos del Niño, y por lo tanto, alega que éste indiscutiblemente afectaría a los niños, niñas y adolescentes que residen en él ya que podría privarlos de la vivienda que habitan. Además, mantiene que es un imperativo dar oportunidad al niño de ser oído ante cualquier situación que lo afecte, como sucedería en este caso, debiendo dar para ello oportuna intervención a los órganos respectivos a esos efectos (arts. 18 y

14 bis de la Constitución Nacional; arts. 3 y 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observaciones Generales n° 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 17 del Comité de Derechos Humanos y Observación General n° 5 del Comité de los Derechos del Niño; Opiniones Consultivas nros. 16 y 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, arts. 2, 3, 24 y 27 de la ley 26.061).

5°) Que, sin embargo, esta Corte entiende que de las normas constitucionales y convencionales citadas, conforme la exégesis que de estas últimas efectuaran los órganos mencionados que constituyen su intérprete autorizado (Fallos: 331:2047; 332:709) —y de las previsiones de la ley 26.061— no se sigue en forma directa que deba reconocérsele legitimación a la Asesoría Tutelar para intervenir en este proceso penal en calidad de parte cuando se da la circunstancia particular de que no hay niños, niñas o adolescentes que revistan la calidad de imputados, testigos o de víctimas del delito en trato.

En efecto, como sostuviera el tribunal a quo en un fundamento que no fue debidamente rebatido por la apelante, la cuestión suscitada en esta incidencia se halla centrada en el dictado de la medida cautelar prevista en el art. 335 del Código Procesal Penal local que habilita al juez, en los casos en que se investiga la presunta comisión del delito de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin el dictado de auto de elevación a juicio, a disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho fuera verosímil. Por lo tanto, la discusión necesariamente conducirá a la demostración de la verosimilitud del derecho del reclamante del inmueble y a la existencia del delito de usurpación.

Respecto de estas dos cuestiones, la situación en que se encuentran los niños o adolescentes que actualmente residen en ese lugar no importa de por sí su intervención en el proceso en calidad de parte. En cuanto a la primera, ellos no son titulares de una relación jurídica real con el bien ni personal con el propietario que pudiera justificar una pretensión autónoma de oponerse al desalojo. En lo atinente a la segunda, tampoco son sujetos de la relación jurídica que representa la imputación del delito.

Por estos motivos, y por los fundamentos que en sentido concordante se brindan, en lo pertinente, en el dictamen del señor Procurador Fiscal de

fs. 67/71, no es posible admitir la pretensión de la recurrente de tomar intervención en este proceso penal a efectos de actuar como parte cuando los niños, niñas o adolescentes no revisten ninguna de las calidades antes señaladas, sin que la intervención en el carácter pretendido pueda justificarse en la mera circunstancia de que, de alguna manera indirecta, se pueda llegar a producir una afectación a los derechos o intereses de aquéllos por residir en el inmueble cuya restitución anticipada fuera solicitada.

6°) Que, no obstante lo dicho precedentemente, se debe señalar que la debida consideración al plexo constitucional y convencional y al correlativo marco infraconstitucional antes citados sí llevan a reconocer que se debe garantizar la intervención de la Asesoría Tutelar con el alcance que requieren las especiales circunstancias de este caso.

En efecto, en perfecta concordancia —en su aplicación al sub lite— con lo establecido en el art. 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ya transcripto, esta Corte ha dicho en otras oportunidades que no solo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio del “interés superior del niño” analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de éstos puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten (Fallos: 331:2047, cit., entre muchos otros).

En este sentido, es preciso enfatizar que, si bien en este caso la Asesora Tutelar no es parte y por ello no se encuentra legitimada para efectuar planteos vinculados al objeto procesal ni a cuestionar las medidas cautelares que se dicten durante su transcurso, cuando se adopten decisiones como la requerida en el sub examine, claramente debe asegurarse su anoticiamiento en el proceso con tiempo suficiente a fin de que, en salvaguarda de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que pudieran resultar por ella afectados, pueda recurrir “a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que... pudiera, a todo evento, generar” la implementación de la medida de restitución anticipada solicitada (cf. *mutatis mutandi*, Fallos: 333:927; considerando 9°).

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la resolución recurrida con el alcance indicado. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y remítase. — *Juan Carlos Maqueda*.

PARTIDOS POLÍTICOS

Sistema de composición definitiva de la lista de candidatos a diputados nacionales. Necesario respeto de las minorías. Deber de modificar el reglamento.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: *Un grupo de afiliados a un partido político impugnaron el sistema electoral de lista completa, previsto en su acta constitutiva y reglamento, para la composición definitiva de la lista de candidatos a diputados nacionales para las elecciones generales. Solicitaron la aplicación del sistema de reparto proporcional denominado D' Hondt. La sentencia rechazó la acción. La Cámara la revocó.*

Una alianza electoral debe modificar su reglamento a fin de prever un procedimiento de composición de listas definitivas de candidatos a diputados nacionales, pues el sistema de lista completa

elegido por ella conlleva necesariamente al cerceamiento de los derechos de las minorías, lo cual no es coherente con la importancia que tienen éstas en el sistema democrático, así como tampoco con la exigencia de representación prevista en el art. 38 de la Constitución Nacional.

#NroFallo# — CNElectoral, 2013/08/01. - Unión para Vivir Mejor s/ constitución dealianza electoral - incidente de apelación.

Cita on line: AR/JUR/44732/2013

! CONTEXTO DEL FALLO

Citas legales: ley nacional 26.571 (Adla, LXX-A, 99)
Contexto doctrinario: BARBAROSCH, Eduardo, "Algunas reflexiones en torno a la libertad de participación política", LA LEY 24/06/2009, 1, LA LEY 2009-D, 1341.

Un fallo pionero en torno a la protección de las minorías políticas (1)

SUMARIO: I. Introducción. II. El artículo 38 de la Constitución Nacional. III. El rol institucional de las minorías políticas en la democracia constitucional. IV. La sentencia de la Cámara Nacional Electoral y sus fundamentos. V. Reflexiones finales: en defensa de las minorías.

Jorge Alejandro Amaya

I. Introducción

La Cámara Nacional Electoral (CNE) acaba de decidir un caso de envergadura que ha pasado desapercibido, tanto para la doctrina especializada como para los medios de comunicación masiva,

probablemente en razón que la decisión del Tribunal discurrió —en apariencia— en torno a un tema técnico electoral vinculado con la impugnación del sistema de selección de candidatos a diputados nacionales vigente en los estatutos internos de una alianza constituida en la Provincia de Santa Cruz, pero que —según nuestro criterio— sienta principios alrededor de la doctrina correcta (y alentadora por cierto) sobre el rol que cabe a las minorías políticas en la democracia constitucional. (2)

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Consideramos al fallo pionero en razón de la poca jurisprudencia existente en torno a la protección de las minorías políticas. Entre los pocos antecedentes puede citarse un voto en minoría de los Dres. Kemelmajer y Nanclares en autos "Mónaco Elba G. Junta Electoral de Mendoza", a propósito de la interpretación de la ley de cupo femenino de la Provincia de Mendoza. La disidencia sostuvo que de cada tres can-

didatos uno debía ser mujer, pero que si esta conformación de las listas partidarias afectaba el derecho de las minorías, debía prevalecer la garantía para las últimas. Cfr. GELLI, María A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Tomo I, Editorial La Ley, cuarta edición, p. 543.

(2) Hemos abordado este tema en muchos trabajos. Al respecto pueden verse, entre otros, AMAYA, Jorge Alejandro, "Democracia v. Constitución", Fundación para el desarrollo

2ª Instancia. — Buenos Aires, 1º de agosto de 2013.

Y Vistos: Los autos “Unión para Vivir Mejor s/ constitución de alianza electoral – incidente de apelación” (Expte. Nº 5462/2013 CNE), venidos del juzgado federal con competencia electoral de Santa Cruz en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 82/83 vta. contra la resolución de fs. 76/vta., obrando la contestación de los agravios a fs. 99/101 vta., el dictamen del señor fiscal actuante en la instancia a fs. 109/vta., y

Considerando:

1º) Que a fs. 71/72 vta. los señores Marcelo Alberto Saa, Exequiel Francisco Pérez, Abelardo Javier Neira y Ángel Gustavo Gómez, afiliados al partido Unión Cívica Radical de Santa Cruz, integrante del Frente “Unión para Vivir Mejor”, impugnaron el sistema electoral de composición definitiva de la lista de candidatos a diputados nacionales para las elecciones generales previsto en el acta constitutiva (art. 6º) y en el reglamento de la referida alianza (art. 29).

Solicitan la aplicación del sistema de reparto proporcional denominado D’Hondt, pues consideran que debe garantizarse “a las listas que se presenten [a las elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias] la posibilidad de acceder a una participación en la lista definitiva” (fs. 72).

A fs. 76/vta. la señora conjuce federal rechaza la impugnación planteada.

A fs. 82/83 vta. los impugnantes apelan y expresan agravios.

A fs. 99/101 vta. Susana Moreno, apoderada de la alianza de autos, contesta los agravios.

A fs. 109/vta. emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia, quien considera que debe confirmarse la sentencia apelada.

2º) Que tal como se ha dicho en reiteradas ocasiones el artículo 38 de la Constitución Nacional define a los partidos políticos como institucio-

II. La causa

La causa se origina ante la impugnación planteada por un grupo de afiliados a la Unión Cívica Radical de Santa Cruz, del sistema electoral de composición definitiva de la lista de candidatos a diputados nacionales para las elecciones generales del próximo mes de octubre previsto en el reglamento de la alianza “Unión para Vivir Mejor” de la cual participó dicho partido centenario, solicitando la aplicación del sistema de reparto proporcional D’Hont pues consideraban que debía garantizarse a las listas presentadas en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) la posibilidad de acceder a una participación en la lista definitiva que surgiera de dichas elecciones internas.

Ante el rechazo de esta pretensión por parte del Juzgado Federal con competencia electoral de

Santa Cruz los accionantes apelan y expresan sus agravios, los que una vez contestados por la apoderada de la alianza y emitido el dictamen fiscal (que se inclina por dar aval a la sentencia del inferior) el expediente pasa a consideración de la Cámara.

III. El artículo 38 de la Constitución Nacional

En nuestro ordenamiento constitucional el derecho de asociación política se encuentra consagrado en el artículo 38 de la CN, introducido en la reforma de 1994. Antes de dicha modificación, la asociación política encontraba sustento constitucional en el artículo 33 de derechos no enumerados o implícitos y en la facultad de asociarse con fines lícitos que prevé el artículo 14. El texto nacional encuentra concordancias con los artículos 1º; 14; 22; 28; 33; 36; 37; 45; 54; 99, inciso 3º CN y 16 y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). (3)

de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012; “Justicia Constitucional y Derechos Políticos”, elDial.com, DC1962, Suplemento de Derecho Procesal, publicado el 01/10/2012; “De Mayorías y Minorías en la Democracia”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, Nº 197, Julio/diciembre de 2006; “Los Derechos Políticos en la Reforma de 1994. Un mal comienzo, un buen final”, ED, número 57, Buenos Aires, octubre de 2004; “Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios”, Revista de Doctrina, Fascículo Nº 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; “Entre las fronteras del de-

bate político y la libertad de expresión” en “Poder Político y Libertad de Expresión” (coordinado por el Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina) Abeledo Perrot, Buenos Aires, mayo de 2001; “A propósito de la Reforma Política: Reflexiones en torno a democracia y representación”, RAP (Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública), octubre de 2002, año XXV, Nº 289.

(3) También con las siguientes constituciones del derecho público local: Ciudad de Buenos Aires, artículo 61; Buenos Aires, artículo 59, inciso 2º; Catamarca, artículos 241, 242; Cór-

nes fundamentales del sistema democrático. En este sentido, debe señalarse que es indudable que los partidos políticos, por su esencia articuladora, contribuyen a la formación institucional de la voluntad estatal. Debido a ello es que nuestra ley fundamental garantiza su libre creación y funcionamiento, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas – artículo 38 citado- (cf. Fallos CNE 1824/95, 3010/02 y 3743/06, entre otros).

En este orden de ideas, el Alto Tribunal los ha caracterizado como organizaciones de derecho público no estatal necesarios para el desenvolvimiento de la democracia y, por tanto, instrumentos de gobierno (Fallos 310:819 y 315:380 y Fallo CNE 3112/03), y destacó que éstos tienen un deber fundamental como es el de consolidar el sistema democrático. Por ello, deben ser democráticos en sí mismos, procurando que su propia organización interna responda a principios republicanos (cf. Fallo citado).

Esta norma, luego de establecer que *“los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático”*, lo que es recordado en el inicio del fallo en comentario (4), y que *“su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución”*, merita un conjunto de facultades y deberes de los mismos. Entre las facultades enuncia *“... la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas”*; y entre los deberes, *“... su organización y funcionamiento democráticos...”* y *“... la representación de las minorías”*.

Nos abocaremos a realizar un breve análisis conceptual de dichos deberes que constituyen la centralidad del fallo que comentamos.

Bien podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que los partidos políticos por sobre sus destacadas crisis y reformulaciones históricas (5), son los grandes protagonistas en las democracias mo-

3°) Que, sentado ello, es menester resaltar que con la reforma de 1994 *“la Constitución [determinó] [...] que la representación de las minorías forma parte de la estructura de los partidos políticos”* (cf. convencional Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, *“Convención Nacional Constituyente”*, 15° reunión, 3° sesión ordinaria del 22 de julio de 1994, pág. 1860).

Al respecto, se señaló que *“[e]n la democracia, la regla de la mayoría está justificada; sin embargo ésta no puede ni debe ejercer legítimamente todo el poder, por cuanto resulta posible que de esta manera oprima a la minoría, al abandonar la protección de sus intereses e ignorar las oportunidades de progreso; asimismo, la puede dejar fuera del equilibrio de fuerzas en la sociedad sin participación efectiva en los procesos políticos. En tal sentido, para que los valores de la democracia estén presentes, la mayoría aludida debe tener la mayor parte de los puestos de representación, aunque no todos, porque algunos de ellos corresponden a las minorías”* (cf. PEDICONE DE VALLS, *“Derecho electoral”*, Ediciones La Rocca, Bs. As., 2001, pág. 85).

dernas, al punto tal que son identificados con la democracia misma.

Pero ante un concepto jurídico político multívoco para muchos pensadores de la teoría democrática, cabe reflexionar sobre *¿qué es la democracia?* (6)

Una respuesta breve, pero no por ello superficial, conduce a sostener que como sistema político la democracia intenta hacer efectivas la igualdad y la libertad; y como sistema de gobierno constituye un conjunto de procedimientos para hacer efectivo la toma de decisiones públicas.

Este aspecto *procedimental* ha conducido a sostener que la democracia es el poder de la mayoría, la voluntad del mayor número como fuente genuina de derechos. Bajo esta concepción primaria, toda falta de acuerdo se resuelve mediante la regla simple de la mayoría. Y éste parecería ser el concepto que anida detrás de algunas actitudes

doxa, artículo 33; Corrientes, artículo 36; Chaco, artículo 89; Chubut, artículos 40 y 261; Jujuy, artículos 86, 92, 95; La Pampa, artículo 49; La Rioja, artículo 75; Neuquén, artículo 56; Río Negro, artículo 24; Salta, artículos 53, 54, 55; Santa Cruz, artículos 78, 79, 80; Santa Fe, artículo 29; San Juan, artículo 48; San Luis, artículos 37, 38, 96; Santiago del Estero, artículo 43; Tierra del Fuego, artículo 27.

(4) Considerando 2º).

(5) Un profundo e interesante derrotero de esta afirmación puede verse en DALLA VÍA, Alberto R., *“Los partidos políticos: entre la demonización y el elogio”*, conferencia pronunciada el 26 de abril de 2006 al incorporarse el autor como miembro de número a la Academia de Ciencias Morales y Políticas

(6) Cfr. SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, Altamir ediciones, Bogotá, 1994.

Resulta indispensable destacar, en este sentido, que “[l]a representación política no puede desconocer los derechos y los intereses de las minorías”, lo que conlleva la “necesidad de que los grupos minoritarios estén representados en los órganos del estado” (cf. XIFRA HERAS, Jorge, “Curso de derecho constitucional”, T. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, p. 455). Dicha “necesidad de representar a las minorías fluye lógicamente del espíritu de las instituciones republicanas”, y por ello “[l]as minorías no pueden ser excluidas del derecho de representación proporcional” (cf. ESTRADA, José Manuel, “Curso de derecho constitucional”, T. II, Editorial Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez, Bs. As., 1927, p. 232 y ss.).

4°) Que, en este orden de consideraciones cabe destacar que si bien el referido principio democrático (cf. art. 38 de la Constitución Nacional) no propone una receta única para implantar un sistema electoral determinado, sí excluye cualquiera que no deje sitio a las representaciones minoritarias (cf. BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual

de la Constitución reformada”, T. II, Ed. Ediar, Bs. As., 2001, p. 266).

Es oportuno recordar aquí, que resulta incuestionable la incidencia que tienen los sistemas electorales en la composición de la representación política. Aquéllos se dividen, en general, en mayoritarios y proporcionales, aunque también existen los “mixtos” como resultante de la combinación de elementos de los dos anteriores. En los de mayoría, el triunfador se queda con todos los cargos a cubrir, y generalmente se proponen candidatos individuales. Los proporcionales, en cambio, procuran que la adjudicación de las bancas reflejen lo más fielmente posible los resultados de la elección, razón por la que encuentran cabida las diferentes minorías, presentándose sus candidatos, en líneas generales, a través de listas. Este último, a su vez admite dos modalidades que son el procedimiento del divisor y el del cociente electoral. Es precisamente el método del divisor común, más conocido como método D’Hondt, el adoptado por nuestra legislación a efectos de convertir en bancas los votos obteni-

del gobierno, que han dejado un sabor amargo en importantes sectores de la sociedad, el cual advierte que sus ideas, propuestas y derechos constituyen meros actos discursivos o románticos textos constitucionales, ante la inflexibilidad de los proyectos oficiales o la conducta desbordada de las banderas mayoritarias. Por ello hoy en el marco de nuestra democracia se asiste a continuos y fuertes debates en torno a la extensión, contenido y límites de la misma.

Algunos participantes de este debate parecen olvidar que desde mediados del siglo XIX el concepto de *mayorías* y *minorías* en la democracia ha venido dando un vuelco valorativo radical. En la ciencia política estadounidense la expresión *democracia madisoniana* recuerda que la democracia no se define como el poder omnímodo de la mayoría, sino como el compromiso constitucional con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria, que han dado cabida al concepto de *Democracia Constitucional*.

Es que sometido a un escrutinio lógico, el concepto de mayoría pierde sustancia y sólo queda

(7) *Ibidem*, p. 87 y ss..

(8) Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995.

como instrumento aritmético operativo. ¿Qué cualidad ética añade un voto para tener la virtud mágica de convertir en correcto el querer de 51 y en incorrecto el de 49? (7) En esta situación, la *regla de la mayoría* no puede ser la panacea dogmatizada para zanjar todas las diferencias en una sociedad, aunque todavía sea insustituible como esquema de cooperación entre ciudadanos que se ven a sí mismos como libres e iguales.

Por consiguiente, la *Constitución* limita a la democracia y la define, ya que la democracia en su concepción primaria constituye el gobierno mayoritario del pueblo y la constitución los límites que el mismo pueblo impone al ejercicio del autogobierno. Esto implica que la *Democracia Constitucional* conlleva un conjunto de derechos, libertades y deberes que actúan como corazas protectoras contra la amenaza mayoritaria. Son como el as de la baraja en el juego de los derechos. (8)

Subrayamos que estos conceptos son válidos —según nuestra visión— tanto para los criterios *decisionales* como para los criterios *electorales*. Si bien *elegir* es una cosa y *decidir* es otra, siendo el ámbito de *decisión* mucho más extenso que el de *elección*, el *principio mayoritario absoluto* que divide al pueblo en una *mayoría* que toma todo y una *minoría* que pierde todo, permite que la mayoría reduzca a las *minorías* a la impotencia, lo cual no

dos en las elecciones para diputados nacionales (cf. Fallos CNE 3069/02 y 3608/05).

5° Que, asimismo, es dable mencionar que en el ámbito de las elecciones internas partidarias, las agrupaciones, mediante sus cartas orgánicas, determinan el sistema electoral que mejor se adecue a las circunstancias socio-políticas imperantes en un momento determinado.

En efecto, la ley 26.571, en su artículo 19, al establecer que todas las agrupaciones políticas procederán en forma obligatoria a seleccionar sus candidatos a cargos públicos electivos nacionales mediante elecciones primarias, en forma simultánea en todo el territorio nacional, en un solo acto electivo, señala que “[e]n la elección de diputados nacionales [...] cada agrupación política para integrar la lista definitiva aplicará el sistema de distribución de cargos que establezca cada carta orgánica o el reglamento de la alianza partidaria” (cf. art. 44).

En este sentido, debe resaltarse que “la ley no es imperativa en cuanto al régimen electoral de

puede ser permitido en un modelo que se edifica sobre los principios del pluralismo, la tolerancia y la alternancia.

Y dentro del esquema de estos derechos sabido es (aunque resistido por el poder público) que las libertades de expresión, de opinión, de prensa, de crítica, de *información pública y difusión de las ideas* (tal el lenguaje del artículo 38 CN) exceden el marco de derechos individuales para proyectarse con jerarquía institucional como protectores del propio modelo democrático constitucional, permitiendo que la oposición de hoy pueda ser alternativa de gobierno mañana.

IV. El rol institucional de las minorías políticas en la democracia constitucional

El Derecho Constitucional clásico del siglo XVIII en su vertiente liberal; y el moderno reformulado en Europa luego de finalizada la segunda gran guerra, han edificado y reafirmado su postulado de limitación del poder, tanto desde la perspectiva de la organización del mismo, como de la individual de los derechos humanos.

La transformación de las sociedades y de las relaciones surgidas en su seno, hizo necesario admitir sujetos colectivos, como los partidos políticos y los sindicatos, los cuales ya han alcanzado relevancia constitucional hasta garantizarles una es-

mayorías y/o minorías, proporcional o mixto, ni a las reglas de la mecánica electoral, que quedan reservadas a la carta orgánica por el principio de la autonomía partidaria. Por ello serán en la forma que lo establezca cada partido” (cf. Fallos CNE 420/87 y 3608/05).

No obstante, y dado la importancia que -por mandato constitucional- poseen las minorías en el sistema democrático, “las cartas orgánicas deben prever un método o procedimiento para que en sus cuerpos orgánicos estén representadas las líneas internas minoritarias [...], [las que también] deben estar representadas en las listas de candidatos a cargos electivos” (cf. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “Tratado de derecho constitucional”, T. III, Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 592).

6° Que, ahora bien, en el sub examine, en el reglamento electoral de la alianza de autos (cf. fs. 4/8) se estableció que la integración de la lista definitiva de candidatos a diputados nacionales fuese realizada por la Junta Electoral aplicando el sistema de lista completa, adjudicándosele a aquélla que re-

fera de derechos que operan también como límite a la acción del poder.

Sin embargo, existen dogmas como el de la existencia de una voluntad general única soberana que se deposita sobre esquemas formales que en la realidad sociopolítica se han transformado profundamente.

Este aspecto plantea problemas cuando la teoría constitucional mantiene principios que claramente contradicen la práctica política, es decir, cuando el esquema institucional no responde al esquema teórico con el que se intenta explicarlo, y lo que es peor, con el que se intenta legitimar la democracia. En estos supuestos, el desfase existente entre el sistema de valores y los principios proclamados y las instituciones concretas, conduce a una teoría incapaz de captar la realidad política, entrándose en una peligrosa dinámica de deslegitimación de las instituciones.

Actualmente parece haberse aceptado que la concepción unitaria de la sociedad, es decir el pueblo como titular homogéneo de la soberanía, no se ajusta a la realidad. (9) El pluralismo se ha

(9) Como señalara Kelsen la unidad del pueblo solo puede afirmarse en sentido normativo, ya que según un criterio sociológico es una aglomeración heterogénea. Cfr. KELSEN, Hans, Esencia y valor de la democracia, Guadarrama, Madrid, 1977, p. 30.

sultare más votada en las elecciones primarias “la totalidad de las candidaturas” (artículo 29).

Es decir, dentro de un panorama de posibles alternativas, se ha optado por el sistema de lista completa, en virtud del cual la lista definitiva –con la que participará la agrupación en los comicios generales– estaría compuesta únicamente por representantes de la lista ganadora, aun cuando ésta le saque un solo voto de ventaja a la que le sigue en número de votos.

7º) Que ahora bien, en atención a lo hasta aquí expuesto, este Tribunal advierte que el sistema electoral elegido conlleva necesariamente al cerceamiento de los derechos de las minorías, circunstancia que no es coherente con la importancia que tienen aquéllas en el sistema democrático, así como tampoco con la exigencia prevista en el artículo 38 de la Constitución Nacional consistente en que tales minorías se encuentren representadas.

Se ha dicho que bajo este sistema electoral “[t]odos los votantes minoritarios (aunque pue-

afirmado como uno de los principios fundamentales del sistema democrático moderno.

Sin embargo, y tal como ocurriera en su momento con los partidos políticos, el derecho todavía no ha receptado todas las consecuencias de esta nueva situación, ya que aceptar el pluralismo supone admitir que siendo el pueblo plural, su voluntad soberana también lo es, y en consecuencia, tanto la voluntad *mayoritaria* como la *minoritaria* emanan de la fuente misma del poder soberano. (10)

Así, una cosa es que la técnica de las *mayorías* constituya un medio necesario para posibilitar la formación de una voluntad única del Estado como forma de organización social; y otra es que esa técnica se proyecte sobre todo el funcionamiento estatal, y en especial sobre el ámbito de la discusión y elección, justificando ciertos desequilibrios a favor de la *mayoría* hasta dificultar la expresión o elección de opiniones alternativas. Estas son en tanto que opiniones concurrentes a la formación de la voluntad estatal, tan legítimas como la *mayoría*.

Por lo tanto, no solo debe tolerarse su existencia, sino que debe reconocerse la función o rol ins-

(10) Cfr. BASSO, Lelio, *Natura e funzioni dell'opposizione dell'ordinamento costituzionale italiano*, en *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 377.

dan llegar a rozar en números al ganador) se quedan sin nada: partes sustanciales del electorado pueden llegar a quedarse sin representación” (cf. ESCHINELLI, Guillermo Carlos “Dominación y equilibrio de los partidos políticos en el Congreso”, en “Estudios de Derecho Constitucional con motivo del Bicentenario”, VV.AA., *El Derecho*, primera ed., Buenos Aires, 2012).

En tales condiciones, y en cumplimiento de la prescripción constitucional, siendo que la decisión adoptada en relación al sistema electoral elegido importa una restricción irrazonable del derecho de representación de las minorías, pues lo desconoce o altera en su esencia, consagrando una manifiesta inequidad, corresponde que la alianza de autos modifique su reglamento a fin de prever un procedimiento que asegure a las minorías estar representadas en la lista definitiva de candidatos a diputados nacionales.

8º) Que, por lo demás, y solo a mayor abundamiento, no pueden dejar de señalarse las consecuencias que la referida previsión constitucio-

titucional que ejercen, garantizándose los instrumentos y derechos necesarios para el desempeño de este rol institucional.

El planteo, por consiguiente, consiste en que desde nuestra perspectiva debe integrarse la voluntad de la *minoría política* en los órganos estatales para que el ejercicio del poder no quede exclusivamente en manos de la *mayoría*. Así corresponderían a la *minoría política* funciones y derechos como la capacidad de conocer como la *mayoría* ejerce el poder con el fin de denunciar sus errores o buscar aportar alternativas; el derecho a presentar ante la sociedad sus posturas y discrepancias frente a cada decisión que deba tomarse; la capacidad para activar la discusión en aquellas materias que a su juicio deban plantearse; y, como centra el corazón del propio fallo que comentamos, la posibilidad concreta del *sistema electoral* de otorgar representación efectiva a las *minorías*.

No ignoramos, que existe una notable falta de desarrollo en muchos ordenamientos jurídicos en torno a esta situación, si la contrastamos con la homogeneidad alcanzada en el ámbito de los derechos humanos individuales, aunque algunos de ellos tengan una dimensión colectiva.

La distancia entre realidad y norma, entre funcionamiento del sistema político y encuadramien-

nal presenta -también- con respecto al derecho de participación de los afiliados.

En este sentido, vale recordar que cuando un ciudadano se afilia a un partido político, además de hacerlo fundamentalmente por coincidir con la declaración de principios y las bases de acción política, ha tenido en cuenta también, muy particularmente, las oportunidades que concretamente le va a ofrecer dicho partido de participar en las decisiones relativas a temas tan importantes como la elección de aquellos que lo van a representar, no sólo en los cuerpos orgánicos partidarios, sino asimismo en las instituciones políticas previstas en la Constitución y en las leyes nacionales y provinciales. Esa posibilidad cierta de participación se encuentra en la actualidad -en lo que respecta a la definición de quienes luego podrán postularse en las elecciones generales- garantizada por las elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. No obstante, bajo el sistema de lista completa un número

de votantes verán frustrada su expectativa de que en las elecciones generales participe por su partido -integrando la lista definitiva- algún candidato que fuese de la lista de su preferencia, circunstancia que podría implicar que la nominación de los candidatos no resulte suficientemente representativa de la totalidad del cuerpo de electores.

En mérito de lo expuesto, oído el señor fiscal actuante en la instancia, la Cámara Nacional Electoral resuelve: Revocar la resolución apelada, debiendo la coalición de autos obrar de conformidad a lo señalado en el considerando 7º, último párrafo de la presente.

Regístrese, notifíquese, hágase saber vía facsímil, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen. — *Alberto R. Dalla Via.* — *Rodolfo E. Munné.* — *Santiago H. Corcuera.*

to constitucional, se acrecienta en muchos de los llamados nuevos constitucionalismos latinoamericanos, particularmente en aquellos países que se han visto encandilados por políticas populistas que han generado grandes movimientos sociales y políticos de apoyo. En estos contextos las *minorías políticas* sufren serios embates que restringen los derechos de sus integrantes hasta límites previamente inadmisibles.

V. La sentencia de la Cámara Nacional Electoral y sus fundamentos

La lectura de los fundamentos de la CNE (con los cuales coincidimos) —único tribunal especializado en temas electorales a nivel federal y uno de los pocos existentes a lo largo y ancho del territorio nacional— dejan en clara evidencia que la preocupación del Tribunal radicó en destacar y garantizar la importancia que las minorías poseen en el sistema democrático por mandato constitucional, sosteniendo en coincidencia con el recordado Miguel Ekmekdjíán que las *“cartas orgánicas deben prever un método o procedimiento para que en sus cuerpos orgánicos estén representadas las líneas internas minoritarias (...) (las que también) deben estar representadas en las listas de candidatos a cargos electivos”*. (11)

A esta conclusión llega la Cámara partiendo de analizar la importancia de los partidos políticos como instituciones democráticas articuladoras de la voluntad estatal; en relación con la legitimidad constitucional que el artículo 38 CN otorgó a las minorías a partir de 1994; y la concepción atenuada que debe darse a la regla de la mayoría en la democracia constitucional. (12) *“... si bien el referido principio democrático... no propone una receta única para implantar un sistema electoral determinado, si excluye cualquiera que no deje sitio a las representaciones minoritarias”* (13), haciendo hincapié la sentencia en la incidencia que tienen los sistemas electorales en la composición de la representación política, a través de un recorrido pedagógico de las características de los mismos que formula en el considerando 4º).

Y si bien la ley 26.571 de las PASO en su art. 19 señala —en aplicación del principio de autonomía partidaria— que en la elección de diputados nacionales cada agrupación política para integrar la lista definitiva aplicará el sistema de distribución de cargos que establezca la carta orgánica del partido o el reglamento de la alianza; el sistema de lista completa utilizado por las autoridades de la alianza “Unión para Vivir Mejor” en aplicación del artículo 29 del reglamento de la misma,

(11) Cfr. EKMEKDJÍÁN, Miguel A., Tratado de Derecho Constitucional, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 592, Considerando 5º último párrafo.

(12) Considerandos 2º) y 3º).

(13) Considerando 4º) con cita de BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada, Tomo II, Ediar, Buenos Aires 2001, p. 266.

que adjudicó a la lista más votada la totalidad de las candidaturas, no resiste el test constitucional al cercenar los derechos de representación de las minorías políticas previsto en el artículo 38 CN.

En consecuencia de lo expuesto, el fallo ordena la modificación del reglamento de la alianza a fin de prever un procedimiento que asegure a las minorías estar representadas en la lista definitiva de candidatos a diputados nacionales. (14)

Finalmente, la Cámara sostiene en su último considerando (15) que cuando un ciudadano se afilia a un partido político considera —entre otras cuestiones— las oportunidades que tendrá de participar en las decisiones de selección de sus representantes en los órganos internos y en las instituciones políticas constitucionales. Esta posibilidad se encuentra garantizada, en lo que respecta a quienes luego podrán postularse en las elecciones generales, por las PASO, pero de aplicarse el sistema de lista completa en la selección definitiva de los candidatos a las elecciones generales, un número de votantes verán frustrada su expectativa de que en las mismas participe por su partido (integrando la lista definitiva) algún candidato que fuese de la lista de su preferencia, circunstancia que podría implicar que la nominación de los candidatos no resulte suficientemente representativa de la totalidad del cuerpo de electores.

Este último razonamiento de avanzada se encuadra —desde nuestra perspectiva— en el siguiente concepto cualitativo: en la democracia los órganos decisorios son más representativos cuanto mejor reflejen en su composición la distribución de preferencias mayoritarias y minoritarias de un universo ciudadano.

(14) Considerando 7º).

(15) Considerando 8º).

VI. Reflexiones finales: en defensa de las minorías

Los Tribunales Constitucionales y de Derechos Humanos más prestigiosos del mundo han consolidado y construido una protección fortalecida de los derechos y libertades que circundan la participación ciudadana, a partir de la aplicación de los valores del pluralismo, la tolerancia y el resguardo de las minorías. Es que allí donde todos piensan lo mismo, el hecho es que nadie piensa realmente, porque la única verdad política es la pluralidad de verdades políticas.

Los últimos años del siglo XX significaron el desafío del reencuentro con la democracia. El siglo XXI encierra otro desafío no menos trascendente para la sociedad argentina y su conducción institucional y política: edificar una institucionalidad derruida; fomentar la cultura de la ley; y asimilar la necesaria vigencia de los principios democráticos en todos los ámbitos públicos y privados del sistema jurídico y social. Bajo esta línea de pensamiento, el respeto y la participación de las minorías constituyen un condicionante no solo de la calidad democrática sino de la democracia misma.

Celebramos los argumentos del fallo de la Cámara que entendemos sientan doctrina; y esperamos que los tribunales inferiores con competencia electoral se hagan eco de los mismos.

Los actores políticos que entienden a la democracia como la regla de la mayoría, en realidad la jaquean en su evolución y la ponen a prueba cotidianamente. Porque no deberíamos olvidar que “yo soy mi mayoría y no siempre tomo las decisiones por unanimidad” (Miguel de Unamuno). ●

Cita on line: AR/DOC/3299/2013



DERECHO INTERNACIONAL

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Condena a jóvenes por delitos cometidos siendo niños. Prisión y reclusión perpetuas. Penas incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño. Tortura. Pautas para la determinación de la pena cuando se juzga a menores de edad. Deberes del Estado respecto de las personas bajo su custodia. Revisión de la sentencia condenatoria.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: *Fue demandado el Estado argentino por la condena a prisión y reclusión perpetua —según*

el caso— de varios jóvenes por delitos cometidos cuando eran niños. Dos de ellos perdieron la vida, uno por suicidio y otro en un motín y otros sufrieron torturas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado demandado.

1. - El Estado Argentino es responsable por la violación del derecho art. 7.3 de la CADH en perjuicio de varios internos menores de edad, al imponerles sanciones penales de prisión y reclusión perpetuas, por la comisión de delitos siendo niños, pues para decidir así, los jueces no consideraron la aplicación de los principios que se desprenden de la normativa internacional en materia de los derechos de los niños.
2. - Para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por

Nunca más prisión ni reclusión perpetua a adolescentes en Argentina

SUMARIO: I. Introducción.- II. Antecedentes del caso.- III. La imposición de penas perpetuas por delitos cometidos siendo menores de edad.- IV. Reparaciones: pautas mínimas para la implementación de un sistema penal juvenil en Argentina.- V. Conclusiones.

Natalia Martino

I. Introducción

La respuesta del poder punitivo del Estado a los delitos cometidos por personas menores de edad constituye el tema central que ocupa y preocupa a los profesionales abocados al estudio y aplicación de los sistemas penales juveniles a nivel mundial.

La pena, sanción o medida que se impone a adolescentes infractores de la ley penal, ha recibido a

lo largo de la historia disímiles interpretaciones que van desde tratar al niño como niño, brindarle el mismo trato que a un adulto y hasta someterlo a peores tratos que los recibidos por personas mayores de edad.

Me propongo recoger en este trabajo los parámetros mínimos que un sistema penal juvenil, respetuoso del derecho internacional de los derechos humanos de la niñez, debería asegurar con el fin de evitar la imposición de penas perpetuas a jóvenes infractores.

II. Antecedentes del caso

El caso sometido a examen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en fecha 17 de junio de 2011, denominado *Mendoza y otros vs. Argentina* (1), encuentra su columna

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones). Sentencia del 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad, que implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.

3. - De conformidad con el art. 5.6 de la CADH, la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños, antes bien, implican la máxima exclusión del menor de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor.
4. - Si bien no existen elementos para determinar el fin o propósito de los golpes —en la planta de los pies— que recibieron los jóvenes a quienes se les impuso la pena de prisión y reclusión perpetua por delitos cometidos siendo niños, de conformidad con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, esta conducta puede ser realizada con fines

de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin, correspondiendo responsabilizar al Estado demandado, pues no proporcionó prueba, mediante una investigación efectiva, para desvirtuar la presunción de responsabilidad por las torturas sufridas de quienes se encontraban bajo su custodia ni para acreditar que esas lesiones fueron producto de una “reyerta”. [1]

5. - Tratándose de la investigación de la muerte de una persona que se encontraba bajo custodia del Estado, como es un joven alojado en un penal, las autoridades tienen el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que debe ser realizada a través de todos los medios legales disponibles para la determinación de la verdad y la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.
6. - Si las investigaciones por la muerte de un joven y la tortura de otro en dependencias carcela-

vertebral en la imposición de penas de privación perpetua de la libertad a César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández, Saúl Cristian Roldán Cajal y Claudio David Núñez, por hechos que ocurrieron cuando aún eran niños en aplicación de un sistema de justicia penal de adolescentes, vigente en la República Argentina, que permite que éstos sean tratados al igual que los adultos infractores. El objeto de la controversia refiere además a las restricciones en el alcance de la revisión de las sentencias condenatorias a través de los recursos de casación interpuestos por las víctimas, y a las violaciones de derechos humanos ocurridas en la ejecución de las condenas a prisión perpetua bajo la custodia del Estado.

En aras de plasmar los hechos del caso, el Tribunal refirió, en primer lugar, que los jóvenes peticionarios habían crecido en barrios marginales, con una situación de exclusión y gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias materiales que condicionaron su desarrollo integral; que todos ellos habían abandonado sus estudios primarios y secundarios antes de concluirlos y tuvieron los primeros contactos con la justicia penal a muy

temprana edad, lo cual trajo como consecuencia que pasaran gran parte de su infancia en institutos de menores hasta cumplir los 18 años de edad. (2)

El hecho de iniciar el análisis de la controversia en las circunstancias personales, sociales y económicas *previas a la imposición de la prisión perpetua a los adolescentes pre citados*, resulta sumamente significativo; es que los deberes de prestación del Estado en relación a la infancia y sus derechos, como política pública, *siempre deben tener un lugar prioritario y anterior a la puesta en marcha de una intervención desde el sistema penal juvenil*. Los adolescentes condenados fueron detenidos por primera vez a edades tempranas que van desde los doce años hasta los dieciséis, lo cual tuvo lugar entre el año 1990 y el año 2000; evidenciándose así que el *principio de efectividad de derechos* no había tenido consagración alguna en la vida de las víctimas.

Avanzando en la descripción del asunto puesto a su consideración, la Corte IDH recopila los datos referentes a las sentencias penales dictadas en contra de las víctimas, y en orden a ello, especifica que César Alberto Mendoza fue condenado en fecha 28 de octubre de 1999 por el Tribunal Oral de Menores Nro. 1 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la pena de prisión perpetua; Claudio David Núñez, fue condenado el 12 de abril de 1999 por el

(2) Apartado VII del fallo comentado.

rias fueron archivadas sin que el Estado haya proporcionado una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido a fin de desvirtuar la presunción de responsabilidad, el demandado es responsable por la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con el art. 1.1 de ese tratado, así como por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

7. - Si los recursos de casación interpuestos a favor de personas que habían sido condenadas a prisión y reclusión perpetua por delitos cometidos siendo niños fueron denegados in limine —art. 474 del Cód. Procesal Penal de la Provincia de Mendoza y art. 456 del Cód. Procesal Penal de la Nación, según el caso—, con base en una fórmula rígida contrarias a la revisión integral del fallo en el sentido exigido por la CADH, sin ningún análisis sobre el fondo de la cuestión, y sin considerar que las cuestiones fácticas y probatorias también pueden incidir en la corrección de una condena penal, esas decisiones, en los términos de la jurisprudencia sobre los alcances del derecho de recurrir del fallo, son contrarias al art. 8.2.h) de la norma internacional.

8. - El recurso extraordinario de revisión no satisface el derecho previsto por el art. 8.2.h) de la CADH en cuanto a la posibilidad de interponer un recurso antes de que la sentencia condenatoria quede firme y adquiera calidad de cosa juzgada, si esa revisión, en el caso respecto de las condenas de varios jóvenes, por delitos cometidos cuando eran niños, se logró aproximadamente 12 años después.

#NroFallo# — Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013/05/14. - Caso Mendoza y otros c. Argentina.

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente o en laleyonline.com.ar]

Cita on line: AR/JUR/25707/2013

! CONTEXTO DEL FALLO

Jurisprudencia Vinculada: [1] Ver también. Entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Penitenciarías de Mendoza c Argentina, 30/03/2006, LLO.

Tribunal Oral de Menores Nro. 1 de la Capital Federal a la pena de reclusión perpetua y en la misma sentencia se condenó a Lucas Matías Mendoza a la pena de prisión perpetua. Respecto de Saúl Cristian Roldán Cajal y de Ricardo David Videla Fernández, el Tribunal en lo Penal de Menores de Mendoza de la Primera Circunscripción Judicial, impuso a ambos la pena de prisión perpetua por sentencia de fecha 8 de marzo de 2002 y sentencia de fecha 28 de noviembre de 2002, respectivamente. Todos ellos cometieron los delitos que se les imputara siendo aún menores de 18 años de edad, y luego de haber sido sometidos a un “tratamiento tutelar infructuoso”, conforme con las leyes 22.278 y 10.903, se les impuso estas condenas máximas alcanzada la mayoría de edad, esto es, 21 años según ley vigente al momento de los hechos (artículo 126 del Código Civil - Ley 17.711).

Puede leerse entre los considerandos de la sentencia condenatoria a Saúl Cristian Roldán Cajal que “... este Tribunal Penal de Menores considera justo y equitativo aplicar la pena de [prisión perpetua], ponderando en tal sentido la edad del causante al momento de la comisión de los hechos y la adaptación al régimen carcelario impuesto...” y

en el fallo que condenara a Lucas Matías Mendoza que “... sumado a su influenciabilidad, falta de carácter y demás circunstancias ambientales, a lo que se añade su condición de menor al tiempo de delinquir, se le impondrá la pena de prisión perpetua...”. Surge indudablemente de esta jurisprudencia una pauta de ponderación de la pena a aplicar que considera fundamento suficiente para aplicar la pena máxima la corta edad del infractor. De alguna forma, la edad de las víctimas al momento de cometer los hechos delictivos que se les enrostrarán, tuvo un rol preponderante en la elección de la especie de sanción y de la extensión de la misma, al punto tal de determinar en forma contundente su agravamiento.

Contra las sentencias dictadas, las defensas técnicas de los jóvenes interpusieron sendos recursos de casación, de inconstitucionalidad y el recurso extraordinario federal, de los cuales ninguno obtuvo resultados favorables a los peticionarios; es así que las condenas a prisión y reclusión perpetua obtuvieron firmeza en el derecho interno. A partir de este momento se dio inicio a la instancia internacional ante el Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos.

Entre el 9 de abril de 2002 y el 30 de diciembre de 2003 las víctimas, a través de sus representantes, presentaron varias peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuestionando la imposición de la pena de prisión perpetua, y dada la estrecha similitud entre las alegaciones de hecho y de derecho, dicho organismo decidió acumular las referidas peticiones en un solo expediente. El 14 de marzo de 2008, la CIDH aprobó el Informe de admisibilidad Nro. 26/08, por el cual concluyó que era competente para examinar los reclamos de los peticionarios; y el 2 de noviembre de 2010, emitió el Informe de fondo Nro. 172/10, mediante el cual concluyó que el Estado argentino era responsable por la violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) a favor de las víctimas (artículos 5º, 7º, 8º, 19 y 25 en relación con los artículos 1.1 y 2º), y recomendó al Estado *“disponer de las medidas necesarias para que César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal puedan interponer un recurso mediante el cual obtengan una revisión amplia de las sentencias condenatorias en cumplimiento del artículo 8.2 h) de la Convención Americana [...], y en la cual se apliquen los estándares internacionales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes en los términos planteados en el [...] Informe [de fondo] y se determine la situación jurídica de las [presuntas] víctimas en congruencia con dichos estándares y disponer las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años, sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena, según los parámetros formulados en el [...] Informe [de fondo]”*.

El Informe de fondo fue notificado a Argentina el 19 de noviembre de 2010, y luego de otorgársele un plazo de dos meses conjuntamente con tres prórrogas, sin que el Estado adoptara las medidas correspondientes, la CIDH sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH en fecha 17 de junio de 2011 *“... por la necesidad de obtención de justicia para las víctimas ante la falta de avances sustanciales en el cumplimiento de las recomendaciones...”*, solicitando que se declarara la responsabilidad internacional del Estado y se ordenaran medidas de reparación de las violaciones alegadas.

Tuvieron lugar en la instancia cursada ante la CIDH, numerosos intentos de conciliación y acuerdos entre los representantes de las víctimas y los del Estado argentino, los que una y otra vez fueron incumplidos. Estas desavenencias coadyu-

varon a prolongar en demasía los procesos instaurados, al punto tal que las penas impuestas cumplieron su cometido, ya que sólo restaban, al momento de dictarse la sentencia de la Corte IDH, cuatro años para que pudieran ejercer la endeble opción de la salida anticipada a través del instituto de la libertad condicional prevista en el artículo 13 del Código Penal de la Nación (texto según ley 11.179 - B.O. 16/01/1985). Esta circunstancia representa sin duda alguna una alerta para futuros casos contenciosos sometidos a la jurisdicción interamericana que versen sobre la violación a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes privados de libertad; los que de otro modo, devendrán en soluciones poco respetuosas de la garantía de un *plazo razonable acorde a los derechos de la infancia*.

III. La imposición de penas perpetuas por delitos cometidos siendo menores de edad

i. Alegatos de las partes.

La Comisión alegó que *“las condenas a prisión perpetua decretadas [...] se basaron en la Ley 22.278 de 25 de agosto de 1980, modificada por la ley 22.803”*, pero que dicha ley no cuenta con *“parámetros especiales para la aplicación de sanciones penales a adolescentes [...]”*, razón por la cual *“las víctimas del presente caso fuer[on] tratadas como adultos infractores”*. Asimismo, la Comisión señaló que los jueces que conocieron los casos no exploraron las diferentes alternativas a la pena impuesta ni fundamentaron la no aplicación de las facultades legales de reducción de la pena, lo que violó el estándar de limitar la privación de libertad de adolescentes *“como medida de ‘último recurso’ y ‘por el tiempo más breve que proceda’”*. Además, alegó que las presuntas víctimas no contaron con la revisión periódica de las condenas, y que *“[l]a posibilidad legal de excarcelación no es per se suficiente para que la aplicación de la sanción de prisión perpetua [...] sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena bajo la Convención Americana”*. Por todo lo anterior, la Comisión consideró que la prisión y reclusión perpetuas fueron aplicadas de manera arbitraria, y que la Ley 22.278 era incompatible con los derechos y obligaciones establecidas en la Convención Americana. (3)

La representante coincidió, en términos generales, con la posición de la Comisión. No obstante,

(3) Acápites 134 y 135 del fallo comentado.

también alegó que, en el caso concreto, los jueces no solo vulneraron el principio de subsidiariedad de la prisión, sino también el de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y las medidas de especial protección que impone el artículo 19 de la Convención Americana, pues las víctimas fueron condenadas a prisión perpetua, sin haberse hecho diferencia alguna de la sanción aplicable para un mayor de edad. Igualmente, alegó la violación del principio de la menor culpabilidad penal de los niños en conflicto con la ley penal, pues “el Régimen Penal de la Minoridad [...] establece que los menores de edad pueden ser condenados a cumplir las mismas penas de prisión que los adultos”, es decir, en lo relativo “a la determinación de los delitos, al establecimiento de las penas y a su ejecución, este sistema remite al de adultos, sin ningún tipo de distinción”. Por otro lado, la representante alegó que la condena a prisión perpetua viola el principio de la reforma y readaptación social como fin esencial de la pena. (4)

El Estado reconoció que hubo un “error de juzgamiento” en el caso concreto, puesto que “los tribunales intervinientes [...] les impusieron penas privativas de libertad perpetuas, las cuales estaban vedadas por imperio del principio de culpabilidad a tenor del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia [de Argentina] en el fallo ‘Maldonado’“. Finalmente, señaló que “no existe en el orden internacional una prohibición respecto de la aplicación de tales sanciones”. (5)

ii. Fundamentos de la no imposición de la prisión perpetua a adolescentes.

Si quisiéramos definir el marco legal por medio del cual fue posible que Argentina, único país en Latinoamérica, impusiera penas perpetuas por delitos cometidos antes de los 18 años, bastaría con mencionar al Decreto-Ley Nro. 22.278 denominado “Régimen Penal de la minoridad”. Este Decreto-Ley fue sancionado y promulgado por el Poder Ejecutivo “... en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional...” y publicado en el Boletín Oficial en fecha 28 de agosto de 1980, es decir, en época de la última dictadura militar, aquella que sigue presente en los *juicios de lesa humanidad* desarrollados en la Justicia Federal de nuestro país. Evidentemente, esta legislación anterior a la Convención sobre los Derechos

del Niño, respondió a una *ideología de control social y represión de la infancia pobre* a partir de encuadrarla en un estado de *situación irregular*. Las sentencias condenatorias que señalaron la edad de las víctimas como una cuestión peyorativa que coadyuvó a la imposición de estas condenas, reflejaban aquella doctrina que veía al *niño como lo bueno y al menor como lo malo*. Así también se plasmó en el articulado del decreto-ley, aún vigente en nuestro país, cuyo recurso principal para el tratamiento de la delincuencia juvenil consiste en la *disposición* de los menores de edad que hubieran cometido delitos por parte de los *Jueces de Menores*, quienes cuentan con amplias facultades para someterlos a un período de *tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad*; y que, en el caso en que este tratamiento no hubiere dado sus frutos, sin indagar las razones de su fracaso, y una vez cumplidos los dieciocho años de edad, y declarada la responsabilidad penal del joven infractor, *si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa*; contrariamente, si considerara innecesario aplicarle una sanción, se lo dota de la potestad para absolverlos. (6)

Sobre la base de esta legislación, los Jueces de Menores condenaron a las cinco víctimas del caso sometido a la Corte IDH a las penas de prisión y reclusión perpetuas, entendiendo que la edad jugaba como una condicionante para la individualización de la pena que hacía imposible la reducción de la escala penal correspondiente en los delitos endilgados en la forma prevista para la tentativa; consideraron que ello también encontraba justificativo en la gravedad misma de los delitos cometidos por los jóvenes. *Tratarlos como adultos por haber cometido delitos de adultos* fue la base que permitió arribar a condenas que desconocieron su derecho a un tratamiento diferencial.

Puede decirse entonces que la aplicación de una pena a personas menores de edad, de conformidad con el sistema de responsabilidad penal juvenil en vigencia, no se produce en forma automática. Para aplicar una sanción a un niño, es preciso que el Juez de Menores descarte ciertos requisitos previos que desaconsejen absolver al joven infractor, y optando por la solución más gravosa, cual es privarlo de su libertad, todavía queda al Juez la *posibilidad* de reducir la escala penal en la forma prevista para la tentativa. Pese a las opciones que prevé el decreto-ley 22.278 en su artículo 4°, los Magistrados intervinientes en el caso de

(4) Acápite 136 y 137 del fallo comentado.

(5) Acápite 138 del fallo comentado.

(6) Artículo 4° del Decreto-ley 22.278 - B.O. 28/08/1980.

marras, optaron por aplicar las penas más gravosas previstas en nuestro ordenamiento: la prisión y reclusión perpetuas.

En cuanto a los fundamentos que determinaron la responsabilidad del Estado Argentino por la aplicación de esta especie de penas a menores de edad, la Corte IDH subrayó que si bien la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos; "... [n]o obstante, es pertinente señalar que, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad. Expuso que, conforme a este principio debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad. (7)

Asimismo, enunció que de acuerdo al ordenamiento jurídico interno, ni el decreto-ley 22.278 ni el Código Penal de la Nación contienen disposiciones sobre la forma en que las sanciones penales previstas en este Código serán aplicadas a los menores de 18 años de edad punibles. Esto resulta relevante si consideramos que el principio de trato diferenciado aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a "su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas", sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil. (8) Esa asimilación entre niños y adultos formulada en el derecho penal argentino, propició la solución a la que arribaron los jueces de menores, quienes consideraron *justo y equitativo aplicar la pena de prisión perpetua*

"ponderando" la edad en el momento de la comisión de los hechos delictivos.

A continuación, la Corte IDH encuadró el presente caso en las prescripciones del artículo 7.3 de la Convención Americana, el que establece que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios", y echando manos al *corpus iuris internacional*, señaló que la propia Convención sobre los Derechos del Niño dispone también que "ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente". Esta fórmula universal de los derechos humanos, es interpretada por el Tribunal en este sentido: *si los jueces deciden que es necesaria la aplicación de una sanción penal, y si ésta es privativa de la libertad, aun estando prevista por la ley, su aplicación puede ser arbitraria si no se consideran los principios básicos que rigen esta materia;* y seguidamente refiere a ellos: 1) de *ultima ratio* y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que "[l]a detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" (9), 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, ha establecido que "la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico". (10)

(7) Acápite 151 del fallo comentado, aludiendo a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, Regla 5.

(8) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10.

(9) La regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) señala que: "[e]l sistema de justicia de menores

hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito". Asimismo, la regla 17.1.a) indica que: "[l]a respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad".

(10) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 77.

La Corte IDH destacó que si bien la Convención Americana no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas, de conformidad con su artículo 5.6 “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; y sobre esa base sentencia que *la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños.* (11)

Efectivamente, las penas absolutas como la prisión y la reclusión perpetua se caracterizan por imposibilitar la graduación de la respuesta punitiva del Estado en la medida en que son penas fijas, así como impiden la determinación temporal de la sanción, ya que justamente la perpetuidad predica acerca de la indeterminación del castigo, en las antípodas de estos dos principios. (12) Tampoco puede predicarse de estas sanciones vitalicias, que su ponderación pueda conciliarse con la culpabilidad reducida por el hecho que se predica para el caso de los niños, como un producto necesario de su etapa vital evolutiva.

Finalmente, el Tribunal Interamericano precisó que *las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.* (13) Es así que, sobre la base de considerar a las penas perpetuas no proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores, y sumando a ello que las expectativas de libertad eran mínimas (recién cumplidos 20 años de cumplimiento de la condena iniciar el trámite para obtener la libertad condicional) lo cual produjo en las víctimas un impacto psicológico particularmente grave por el período de la vida en el que éstas trascurrían; *declaró que las penas impuestas constituyeron tratos crueles e inhumanos.*

En este punto, resulta imperioso destacar que el Comité de los Derechos del Niños, en su Ob-

servación General Nro. 10, recordó a los *Estados Partes que condenen a menores a la pena de cadena perpetua con la posibilidad de la puesta en libertad o de libertad condicional, que esta pena debe estar plenamente en armonía con los objetivos de la justicia de menores consagrados en el párrafo del artículo 40 de la Convención* [sobre los Derechos del Niño]; y *que teniendo en cuenta la probabilidad de que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, recomendó firmemente a los Estados Partes la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años.* (14)

La contundencia de esta decisión quedó materializada en el punto 21 de la parte resolutive del fallo dictado, el cual reza “*El Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentran cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas*”.

iii. El Abogado del Niño en los procesos penales.

Desde la promulgación, el 21 de octubre de 2005, de la ley nacional 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, se ha puesto en crisis la noción de derecho del niño a ser oído y su derecho a la participación, acuñadas durante años por los órganos judiciales de nuestro país; dado en su art. 27 inc. c, d y e establece en concreto que todo niño tiene derecho *a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, a participar activamente en todo procedimiento, a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte, previendo además que en caso de que el mismo carezca de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.*

Este tipo de soluciones acompañan el espíritu de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a

(11) Acápites 166 del fallo comentado.

(12) JULIANO, Mario Alberto y ÁVILA, Fernando en “Contra la prisión perpetua. Una Visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad”, Editores del Puerto S.R.L., 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 163.

(13) Cfr. T.E.D.H., Casos de Harkins y Edwards Vs. Reino Unido, (No. 9146/07 y No. 32650/07). Sentencia de 17 de enero de 2012, párr. 132.

(14) Ídem anterior nota al pie.

la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” adoptadas en la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada del 4 al 6 de marzo del año 2008. *Estas Reglas consideran que los niños son grupo vulnerable y merecen una protección especial por parte de los órganos estatales y de los abogados a fin de garantizar condiciones de acceso efectivo a la justicia sin discriminación alguna. Entre los estándares garantizados se encuentra la promoción de la asistencia técnica jurídica de calidad, especializada y gratuita, la oralidad y la proximidad.* (15) También el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 10 recomienda a los Estados Partes que *presten en la mayor medida posible asistencia jurídica profesional adecuada, por ejemplo, de abogados especializados o de profesionales parajurídicos.* (16)

En igual sentido, en el Acápite Nro. 143 del fallo se dice que: “... el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso...” (17)

En el caso que nos ocupa, tanto la CIDH como la representante alegaron que César Alberto Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal no fueron notificados personalmente de decisiones contra las cuales todavía podían interponerse recursos, impidiéndoles continuar defendiéndose hasta las últimas instancias contempladas en la legislación interna, violando así su derecho a la defensa de conformidad a lo prescripto en el artículo 8.2 incisos e) y d) de la CADH. Frente a estos argumentos, el Estado no hizo alegatos.

Por su parte, la Corte IDH consideró que si bien no constaba que ambos jóvenes hayan sido notificados personalmente de la decisión recaída en los recursos extraordinarios interpuestos por su defensa; de la disposición del artículo 8.2 incisos e) y d) no se desprende *expresamente* que, contando con un abogado defensor, toda decisión recaída a

los recursos interpuestos por éste deba también ser notificada personalmente a los inculpados, y entendió que carecía de elementos para pronunciarse sobre la supuesta violación alegada.

A mi entender, la interpretación de la pauta convencional que formula la Corte IDH para este asunto en concreto, resulta desacertada. En este caso se acreditó fehacientemente que los derechos de los jóvenes peticionarios se vieron afectados por la acción del aparato punitivo del Estado que obvió considerarlos como niños y brindarles la protección especial que les asegura el derecho internacional de los derechos humanos.

Es que, la asistencia jurídica que se proporcione a los niños, sobre todo en casos como el presente, debería redoblar la apuesta facilitando la información de manera clara y sencilla, y alertando al joven privado de la libertad -sobre todo si se trata de un condenado a prisión perpetua- acerca de los derechos y garantías que lo asisten para recurrir el fallo dictado en su contra. El principio de progresividad en la participación de los niños en los procesos judiciales debe servir de guía a las intervenciones que un defensor técnico efectúe, principalmente si pueden repercutir desfavorablemente en las circunstancias que aquejan a sus asistidos.

En mi opinión, la garantía del Abogado del Niño ha tenido escaso tratamiento en las sentencias dictadas por la Corte IDH, y este fallo, según lo reseñado, ratifica mi postura al respecto.

IV. Reparaciones: pautas mínimas para la implementación de un sistema penal juvenil en Argentina

En último término, la Corte IDH concluyó que el Estado incumplió con la obligación contenida en el artículo 2º de la CADH (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), en relación con los artículos 7.3 y 19 de la misma, por entender que: 1) el decreto-ley nro. 22.278 aplicado a las víctimas en el presente caso deja librada la determinación de las penas, su graduación y la tipificación de los delitos al Código Penal que es igualmente aplicable a

(15) BELLOF, Mary; DEYMONNAZ, Virginia; FREEDMAN, Diego; HERRERA, Marisa; TERRAGNI, Martiniano, en Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, Anotada y Concordada, 1ª ed., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 112.

(16) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 49.

(17) Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 102, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 230. La regla 14.2 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) señala que: “[e]l procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”.

los adultos infractores; 2) dejando un amplio margen de arbitrio al juez para determinar la sanción por la comisión de un delito por personas menores de 18 años de edad, tomando como base no sólo el delito, sino también otros aspectos que refieren a un derecho penal de autor, como “los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el Juez”. Agrega así que “... Si bien la Ley No. 26.061 se refiere, entre otros, a algunos aspectos relativos a los “derechos de las niñas, niños y adolescentes”, las “garantías mínimas de procedimiento” y las “garantías en los procedimientos judiciales o administrativos” (artículo 27), los aspectos relativos a la determinación de las sanciones penales a niños se rigen por la Ley 22.278 y por el Código Penal de la Nación, los cuales siguen vigentes en Argentina...”. (18)

En consecuencia, condena a Argentina a ajustar su marco legal a los estándares internacionales vigentes en materia de justicia penal juvenil, y dice que: 1) los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil; 2) el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática, entre los que figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran; 3) el principio de trato diferenciado de los adultos debe ser tomado en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil; 4) conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil; 5) la regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) establece que “[e]l sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier

respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”; 6) el debido proceso y las garantías judiciales deben respetarse no sólo en los procesos judiciales, sino en cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo; 7) a nivel internacional, es importante destacar que los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar los parámetros establecidos en los artículos 37 y 40 de aquel tratado; 8) conforme al principio de proporcionalidad debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad; 9) por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, se deben aplicar especialmente los principios de *ultima ratio* y de máxima brevedad, de delimitación temporal desde el momento de su imposición, y establecerse la posibilidad de revisión periódica de las medidas impuestas.

V. Conclusiones

El fallo “Mendoza y otros c. Argentina” se inserta en una comunidad que no ha dado respuestas claras a la adecuación del sistema penal juvenil a los estándares internacionales de derechos humanos, y en la cual se evidencian avances y retrocesos inconciliables: a) un año después de que el Estado argentino fuera denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la imposición de prisión perpetua a menores de edad, en el Congreso Nacional se aprobó la ley Nro. 25.892 (19), que modificando el artículo 13 del Código Penal, aumentó de 20 a 35 años el plazo a partir del cual los penados a prisión perpetua pueden acceder al beneficio de la libertad condicional; b) pese a los esfuerzos de la Corte Suprema de la Nación para desbaratar la aplicación de penas perpetuas a adolescentes en nuestro país, esbozados en el fallo “Maldonado” (20) que sentó como doctrina que las penas absolutas son inaplicables a los menores de edad, el 01 de junio de 2010, un Tribunal de Menores de la provincia de Santa Fe disponía que “... la imposición de la pena máxima es técnicamente posible desde la previsión del art. 37 “a” 2do. párrafo de la CIDN, cuando se prevea la posibilidad de excarcelación y refirió que “... requiere de argumentos verdaderamente irrefutables, en un discurso que haya desplazado por completo la características de ‘última ratio’ que la sanción privativa

(18) Acápites 297 del fallo comentado.

(19) B.O. 12/11/2004.

(20) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Maldonado, Daniel Enrique y otros, causa no.1174, fallo del 7 de diciembre de 2005, Fallos: 328:4343.

de libertad tiene en el cuerpo normativo vigente para los menores. Y esto aquí se ha dado..." (21), citando en abono de su posición, el voto de la señora Ministra doctora Argibay en el caso "Maldonado"; c) no obstante la interposición de sendos recurso de revisión por la defensa los jóvenes peticionarios, que concluyeron en la reducción de la pena para Roldán Cajal a 15 años (9 de marzo de 2012) y en la concesión a los demás de su excarcelación (8 de septiembre de 2012), el 5 de octubre de 2012, el Fiscal General de la Nación interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de la Nación, pretendiendo dejar sin efecto esta última decisión, con fundamento, básicamente, en que se había violado el principio de cosa juzgada y en que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 80 inciso 7º del Código Penal era "arbitraria".

(21) "C., D. F. sobre REVISIÓN PENAL" de la C.S.J. de Santa Fe, Nº 375, año 2012, Reg.: A y S t. 246 pp. 409-456.

En modo alguno puede deducirse de este fallo el fundamento esperado por muchos sectores de la sociedad para bajar la edad de inimputabilidad de las personas menores de edad en Argentina. Ello significaría trastocar los fines de la sentencia comentada y desvirtuar su esencia como consagración definitiva del derecho de niños, niñas y adolescentes a no sufrir la imposición de penas a perpetuidad que coarten su vida a las experiencias aprehendidas en las cárceles. Por el contrario, esta condena internacional debería movilizar al Estado argentino a la creación de una Comisión especial para el monitoreo y control de la revisión de las catorce sentencias que condenaron a penas perpetuas a adolescentes por delitos cometidos antes de cumplir 18 años de edad, poniendo primordial interés en aquellos casos que no fueron sometidos a la jurisdicción del Corte Interamericana. ●

Cita on line: AR/DOC/3201/2013



DERECHO PROVINCIAL

FERTILIZACIÓN ASISTIDA

Cobertura de un tratamiento de inyección intracitoplasmática de espermatozoides. Aplicación de la Ley 26.862. Derecho de las personas por nacer. Derecho a la vida.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: *Un matrimonio inició acción de amparo solicitando que se ordenara a la empresa de medicina prepaga a la que están afiliados otorgar cobertura integral y total de los gastos que insumiera el primer intento de inyección intracitoplasmática de espermatozoides —ICSI— y, en caso de resultar positiva, la cobertura integral para el*

niño o niña por nacer, incluyendo el parto y el servicio neonatal. Asimismo, peticionaron, para el caso de que no se produjese el embarazo, el reconocimiento de los intentos que resultaran necesarios para lograrlo. La sentencia rechazó la demanda. La Cámara la revocó.

- 1.- Una empresa de medicina prepaga debe cubrir el tratamiento de inyección intracitoplasmática de espermatozoides —ICSI— requerida por un matrimonio para llegar al embarazo, pues, aun cuando no se detallan acabadamente aspectos que el Tribunal consideró relevantes en la causa “R., N. F.” —03/09/2010, DFyP 2011 (marzo), 282—, para determinar las condiciones que resguarden el derecho a la vida de los embriones, no puede desconocerse la reciente sanción de la Ley 26.862, que incluyó la técnica

Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH

Ignacio Colombo Murúa

El fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta “*L. O., A. y ot. c. Swiss Medical s/amparo*”, *expte. N° 007/13*, que se sienta en el voto elaborado por Luis Renato Rabbi Baldi (adhiera Roberto Lotay y se excusa José Villada) versa sobre un amparo presentado contra Swiss Medical con la finalidad de que se ordene, en favor de un matrimonio, la cobertura integral y total de los gastos que insuma un tratamiento de fecundación asistida. Ante el rechazo del mismo en primera instancia los amparistas apelan a la Cámara. Ésta concede parcialmente el amparo ordenando la cobertura del tratamiento pero, y acá está lo relevante del

pronunciamiento, estableciendo una serie de recaudos respecto al tratamiento de los embriones. Los recaudos estipulados se explican desde el momento en que la Cámara salteña considera que un embrión es persona desde el momento mismo de la concepción (sin el requisito de la implantación que recientemente ha establecido jurisprudencialmente la Corte IDH).

La disparidad de criterio entre el reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “*A.M. y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*”, *sent. del 28/11/12*” (el cual, por otra parte, ha sido esgrimido por los amparistas como fuente de su pretensión) y la posición del tribunal salteño respecto a la naturaleza de los embriones (1), nos lleva de inmediato a enmarcar

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Esta sentencia concluye en que la prohibición de la fecundación in vitro constituye una discriminación contra las personas con discapacidad y, la más polémica, de que el em-

brión no es, aún, persona, con lo cual no merece una protección jurídica integral y cualquier limitación al respecto debe ceder completamente ante el derecho de los potenciales padres. en efecto, sostuvo -en síntesis- que a partir de la implantación y

requerida como “prestación obligatoria” en el PMO. [1]

2. - Las referencias a que la protección de la vida humana se posee “según su desarrollo” o “grado de madurez” entrañan una arbitraria selección de quien es —o no— persona en función de un criterio taxativamente vedado, tanto por la filosofía sobre la que se basa la moderna concepción de los derechos humanos, como por los textos constitucionales.
3. - Si bien la protección de la mujer resulte doblemente fundamental cuando está en situación de embarazo, habida cuenta de su propio carácter de persona y de su condición de portadora del no nacido, no puede afirmarse que ella sea el objeto directo de la protección a la vida, pues se trata de dos individuos diferenciados, cada uno titular, por sí, del derecho a poseerla, conservarla y transitarla.
4. - Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ostentan sólo un carácter

orientativo o “fuerza moral”, pues si ni siquiera las decisiones de nuestro Alto Tribunal poseen carácter vinculante, menos aún cabe predicar tal concepto de las sentencias de un tribunal internacional, fuera del alcance establecido en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#NroFallo# — CFed. Salta, 2013/07/08. - L. O., A. y otros c. Swiss Medical s/ amparo.

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente o en laleyonline.com.ar]

Cita on line: AR/DOC/33815/2013

! CONTEXTO DEL FALLO

Jurisprudencia Vinculada: [1] Ver también. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de Salta, “R., N. F. – O., N. c. Obra Social Del Poder Judicial de la Nación”, 03/09/2010, LLNOA 2010 (noviembre), 991, JA 2010-IV, 72, DFyP 2011 (marzo), 282, AR/JUR/46134/2010.

el asunto dentro de la debatida cuestión acerca de la obligatoriedad o no, para los jueces locales, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en los que la Argentina no ha sido parte.

Esta problemática no ha pasado desapercibida por la Cámara salteña, la cual realiza un extenso análisis de la cuestión presentando argumentos y líneas teóricas susceptibles de enriquecer el debate en este tópico. Entonces, y pese a que el fallo resulta interesante desde diversas aristas, nosotros nos concentraremos en las consideraciones que se han efectuado respecto del control de convencionalidad en general y de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los jueces locales en los casos en los que el Estado Argentino no ha sido parte, pues aquí el fallo sienta una fuerte posición dentro

del debate doctrinario que, en este tema, dista de ser pacífico.

Tal y como veremos, la Cámara salteña concluirá que los fallos de la Corte Interamericana, cuando la Argentina no ha sido parte del proceso, no son vinculantes para el Estado argentino, y sólo fijan pautas interpretativas que deben tomarse en consideración. Por lo tanto, el tribunal fija posición en un tema que es arduamente debatido en doctrina. Incluso más, de una indagación sobre el estado de la cuestión puede inferirse que la posición sostenida por la Cámara es minoritaria (2), pues la mayoría de la doctrina ha postulado que los fallos de la Corte Interamericana son vinculantes para los Estados signatarios, aun o incluso cuando se trate de pronunciamientos dictados en cuestiones en los que ellos no ha sido parte. (3)

no de la fecundación, el embrión es considerado persona y titular del derecho a la vida y que la prohibición del uso de las técnicas produjo una discriminación indirecta respecto de las personas con infertilidad, a las que consideró protegidas por los derechos de las personas con discapacidad”.

(2) Algunos autores que han planteado objeciones a una aplicación directa de las sentencias de la Corte Interamericana al derecho interno han sido, por ejemplo: BIANCHI, Alberto B: “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, Septiembre de

2010; GELLI, María Angélica: “El liderazgo institucional de la Corte Suprema y las perplejidades del caso Mazzeo”, LA LEY, 2007-F, 1405. Otros han realizado distintas críticas al avance restringido de la doctrina del control de convencionalidad sobre el derecho interno: FUENTES TORRIJO, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, art. disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_pdf

(3) Por ejemplo, a favor de una aplicación a-crítica del control de convencionalidad se han pronunciado, entre otros: GIL

Lo primero que podemos decir es que la doctrina del control de convencionalidad ha evolucionado rápidamente en el contexto interamericano, principalmente a partir del año 2006 con el fallo “Almonacid con Arellano vs Chile”. (4) Desde allí, y en distintos pronunciamientos, ha sido la propia Corte Interamericana la que ha ido delineando los contornos del control de convencionalidad. En esa línea ha señalado, por ejemplo, que todos los jueces locales deben aplicar el control de convencionalidad (5), que este control debe ser hecho incluso de oficio, que el control de convencionalidad supone o implica realizar los mayores esfuerzos para armonizar la normativa local con la internacional (interpretación conforme) (6), que, además de los jueces locales,

corresponde a todo funcionario público realizar este control (7), y que *no sólo el texto del tratado, sino la interpretación que de él haga la Corte, es obligatoria para los Estados signatarios*. (8) Como consecuencia de esta acelerada evolución, la doctrina ha penetrado fuertemente en los sistemas domésticos al punto tal que se ha llegado a afirmar que en la actualidad ya no nos encontramos con constituciones que operan de forma aislada en la cúspide de los ordenamientos jurídicos internos, sino que las constituciones están “convencionalizadas” (9), es decir, que las normas supremas, para ser tales, deben ser interpretadas y puestas en correspondencia con las convenciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH. (10)

DOMINGUEZ, Andrés, “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar?”, LA LEY, 2010-B, 1302; GIL DOMINGUEZ, Andrés, “La Corte Suprema de Justicia reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio”, LA LEY, 09/09/2010; HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación.”, LA LEY, 27/07/2009; REY CANTOR, Ernesto, “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”, Porrúa, México DF, 2008; REY CANTOR, Ernesto, “La Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad de las Leyes”, en la obra colectiva dirigida por el Dr. MANILLI, Pablo Luis, “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, La Ley, Buenos Aires, 2010; SAGÜÉS, María Sofía: “Aproximación a la retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad a la luz de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, ElDial.com, DC1469, SAGÜÉS, Néstor Pedro: “El Control de Convencionalidad, en particular, sobre las Constituciones nacionales”, La Ley, 2009-B, 761; BAZAN, Víctor: “Algunos Problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2001, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, páginas 37/61. GONZÁLEZ TOCCI, María Lorena, “Efectos, consecuencias e implicancias de las sentencias dictadas por órganos supranacionales. Hacia un nuevo orden jurisdiccional supranacional frente al derecho internacional de los derechos humanos”, art. publicado en ElDial, 01/09/2008.

(4) La noción de “control de convencionalidad”, fue establecida por primera vez, en el mencionado caso “Myrna Mack Chang” del año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

(5) Vid. “Almonacid con Arellano vs. Chile”, 2006. “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, 2006.

(6) Vid. “Radilla Pacheco vs. México”, 2009.

(7) “Gelman vs. Uruguay”, 2011.

(8) Por ejemplo, de entre los muchos pronunciamientos en este sentido, se lee en el considerando 124 de “Almonacid con Arellano” que “... el Poder Judicial debe ejercer una especie de

“control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Para un completo análisis de este fallo NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, en Revista de Derecho, Universidad Católica, Montevideo, 2007, N° 2.

(9) En esa línea leemos a SAGÜÉS quien señala que “el control de convencionalidad parte tácitamente de la tesis de la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos incluso sobre la constitución nacional...”. (...) “Es decir, que la noción misma de control de convencionalidad, que se está imponiendo sobre la base de la doctrina elaborada por los Tribunales Internacionales, supone ya de por sí la preeminencia de los Tratados por sobre el derecho interno” (...) “este nudo de la cuestión será, probablemente, el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad. Pero en definitiva, bueno es que alguna vez se plantee y resuelva nitidamente. A nuestro entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto de que axiológicamente, el bien común internacional (en este caso el bien común regional) se erige como un valor superior al bien común nacional, y que tal cotización, planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir el Pacto sobre la Constitución”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, art. publicado en “Estudios Constitucionales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Chile; actualizado para el “Programa de Investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina, p. 10.

(10) Esta línea es sostenida, entre otros, por HITTERS, Juan Carlos “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y de convencionalidad”, La Ley Bs. As., 2008-E, 1169. PÉREZ TREMPES, Pablo, Escritos sobre

Como consecuencia de esta evolución, y es aquí en donde queremos detenernos, se ha sostenido que los fallos de la Corte Interamericana son obligatorios para todos los Estados, incluso para aquellos que no han sido parte en el proceso contencioso específico, pues los fallos son “cosa interpretada” y van configurando un *ius commune* que se eleva, cual bloque de convencionalidad, como la fuente obligatoria para todos los operadores jurídicos (incluidos, claro, los internos). Como la Corte IDH, señalan algunos, es la intérprete final de la Convención, ella es la que va delimitando el sentido y alcance del texto y estas interpretaciones se agregan a la inteligencia general de la Convención. “En efecto, precisa Sagüés, cuando el Pacto o la jurisprudencia mencionada se expiden en algún tema, construyen una suerte de *jus commune* latinoamericano, y el juez local no podrá hacer funcionar el derecho doméstico de modo libre, tendrá que hacerlo respetando ambas directrices”. (11)

Este fallo, en el contexto descrito, representa un claro cuestionamiento a la mencionada doctrina pues afirma que: “cabe concluir que la sentencia dictada por la CIDH en la citada causa “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) c. Costa Rica” carece de fuerza vinculante respecto de la decisión que aquí se toma”. Veamos, ahora, cuáles han sido los argumentos vertidos por la Cámara salteña para sostener esta conclusión:

Lo primero que la Cámara detecta, como hemos dicho, es el problema, pues señala que existe una falta de correspondencia entre su propia doctrina, sentada en el precedente “RNF” (que sostiene la cualidad de persona del embrión) y la reciente jurisprudencia de la Corte IDH (que niega que el embrión, antes de su implantación, pueda considerarse persona), por lo que, en primer lugar, se impone realizar un análisis previo sobre la obligatoriedad o no de los precedentes de la Corte Interamericana para el Estado Argentino.

En consecuencia, el primer nivel argumentativo del fallo consiste en un análisis formal de los alcances e implicancias de los fallos de la Corte IDH para la Argentina cuando ésta no ha sido parte directa en el proceso contencioso del que se

trate. En ese sentido, desarrolla diversos razonamientos para sostener que esas sentencias no son vinculantes sino meramente orientadoras para el Estado nacional.

a) El primer argumento que se esgrime es el “a contrario sensu”, así leemos: tal y como estipula la propia Convención Interamericana de Derechos Humanos en su art. 68.1 el fallo recaído en un proceso en el cual el Estado es parte, resulta de cumplimiento obligatorio para el mismo, dicho lo cual, a “contrario sensu”, los fallos recaídos en procesos en los cuales el Estado no ha sido parte no son obligatorios. La distinción que realiza la propia Convención hace evidente, según la Cámara salteña, esta conclusión. De otro modo no tendría sentido que la Convención haya estipulado de manera categórica que los fallos en los que los Estados son parte son obligatorios. Esta conclusión aparece evidente luego de un análisis de la técnica legislativa que se ha utilizado en la Convención Americana.

Esta posición, recuerda además la Cámara, ha sido esgrimida por nuestra jurisprudencia en distintos pronunciamientos, por ejemplo cuando en el Dictamen del Procurador General en el caso “Acosta” se afirmó, entre otras cosas, que: “de este modo, la decisión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un Estado parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, *erga omnes*, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado” (Fallos 335:533, del 08/05/2012, www.pjn.gov.ar).

En idéntica línea cita el precedente “Espósito” (2004, Fallos: 327:5668) cuando estableció “que tanto de los términos expresos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de su contexto se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido asignar carácter obligatorio de las decisiones emanadas de sus órganos

justicia constitucional, Porrúa. México, 2005, por ejemplo, pp. 84 y 85.

(11) Prosigue SAGÜÉS, “por ello, deberá excluir la aplicación de determinadas normas nacionales (constitucionales y subconstitucionales) opuestas a tales parámetros, y adoptar la interpretación de las restantes a lo que diga el Pacto de San José de Costa Rica o la jurisprudencia de la Corte In-

teramericana”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Empalmes del control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “constitución convencionalizada” La “constitución convencionalizada”, trabajo presentado dentro del marco del “Programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina”, p. 6 y p. 8)

de aplicación lo hizo en forma explícita. En este sentido la Convención dispone que ‘... *Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte...*’ (art. 68.1), por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia de ese tribunal internacional al aprobar la citada convención (ley 23.054)” (voto de los jueces Belluscio y Maqueda, consid. 9º), criterio luego reiterado en “Derecho” (2011, Fallos: 334:1504).

b) Luego se recurre a la denunciada falacia de “petición de principios” en la que se incurriría si se concluye que la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene obligatoriedad general sólo porque ella misma así lo estipula. La circularidad de este razonamiento es explícito y ha sido puesto de manifiesto, tal y como el fallo analizado destaca, en el ya citado Dictamen del Procurador en el caso “Acosta”. En ese entendimiento el Procurador había afirmado que “parece claro que la eficacia general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no puede inferirse lógicamente de la cita de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la Corte Interamericana tienen valor general más allá de los términos estrictos del art. 68.1 de la Convención. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber jurídico de seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana en virtud de la doctrina judicial del ‘control de convencionalidad’, si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en general (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia. Esta razón no podría pretender ser hallada en el argumento de que la Corte Interamericana es el último intérprete de la Convención. Este argumento sólo dice que la Corte Interamericana tendrá la última palabra sobre la interpretación de la Convención en los procesos internacionales seguidos en el sistema interamericano. Pero en los procesos judiciales internos, (...) [la Corte Suprema de la Nación] es el último intérprete del derecho constitucional,

y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad (art. 116 Constitución Nacional)”.

c) También la Cámara presenta un argumento “a fortiori”, al afirmar que “si se explora en nuestra propia tradición constitucional, la conclusión que surge diáfana es que *si ni siquiera las decisiones de nuestro más Alto Tribunal poseen carácter vinculante, a fortiori no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del art. 68.1 del Pacto*”. Es decir, si ni siquiera puede predicarse el seguimiento obligatorio por parte de los jueces internos sobre las sentencias del tribunal cimero cabeza del Poder Judicial, mucho menos puede predicarse de tribunales supranacionales que no guardan una directa relación ni supremacía sobre la judicatura local.

d) Apela, luego, a la tradición jurisprudencial como fuente de derecho. Dice al respecto: la jurisprudencia local ha marcado siempre este temperamento, con lo cual se encuentra asentada la posición jurisdiccional local en el sentido de la no obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH en los asuntos en los que Argentina no ha sido parte. Así leemos en el fallo: “nuestro Tribunal Cimero ha descripto un fecundo camino cuyo inicio puede encontrarse en el famoso caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos: 315:1492, de 1992, es decir anterior a la reforma) en el que precisó que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe “guiarse” por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación de aquél (Fallos: 315:1492), temperamento que siguió en las causas “Giroldi” (1995, Fallos: 318:514), “Nápoli” (1998, Fallos: 327:2869), “Felicetti” (2000, Fallos: 323:4131) y “Alianza” (2001, Fallos: 324:3143), debiendo remarcar, en lo que aquí interesa, que en “Felicetti” se señaló (considerando 6º) que “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, *no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales equiparable al recurso de revisión*-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional” (el destacado no pertenece al original)”. (12)

(12) A su vez, rechaza la postulación, sostenida por algunos autores, de que “el Alto Tribunal abandonó este temperamento en los precedentes “Mazzeo” (2007, Fallos: 330:3248) y “Videla” (2010, Fallos: 333:1657)” sobre la base de que allí el tribunal cimero ha afirmado que “como “una insoslayable pau-

ta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los dere-

e) Fija posición sobre cómo debe interpretarse el agregado “en las condiciones de su vigencia”. El art. 75 inc. 22 eleva a rango constitucional ciertos tratados de Derechos Humanos y dispone que tal elevación se realizará: “en las condiciones de su vigencia”. Como se sabe, sobre este punto se ha debatido ampliamente en doctrina, pues no estaría claro si cuando dice “en las condiciones de su vigencia” se refiere a que los Tratados deben ser aplicados según rigen en el orden internacional o, por el contrario, si se refiere a cómo y bajo qué condiciones han sido receptados en el orden interno (aquí cobrarían relevancia las reservas y las declaraciones interpretativas que ha realizado la Argentina oportunamente). Como se ve, de la literalidad, ambas posibilidades (que son contradictorias) son admisibles. La Cámara, recurriendo a una interpretación de tipo historicista, que busca indagar la intención de los convencionales, se inclina por este último entendimiento (13), esgrimiendo las opiniones de convencionales constituyentes como Horacio D. Rosatti y Rodolfo Barra. Es importante destacar que la elección del método historicista no es inocua y no repercute únicamente en la cuestión de si los tratados pueden ser modulados en su recepción interna por los Estados; sino que también repercute en el fondo de la cuestión. Es decir, no sólo sirve para determinar que la expresión busca salvar las reservas que hace Argentina, sino también para resaltar que la inclusión de la frase misma fue motivada por una posición de los constituyentes respecto del tema de fondo del caso. Si se toma en cuenta la intención con la que algunos convencionales incorporaron la frase analizada, se repara que la misma fue agregada, precisamente, para marcar una posición (discordante con el fallo de la Corte

IDH) sobre el comienzo de la vida y de la personalidad. Así, tomando fragmentos de las citas utilizadas por la Cámara en donde se refleja la opinión de Rosatti, leemos: “no me consta en absoluto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ de los tratados internacionales haya sido interpretada en la Convención Constituyente de 1994 (...) implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos... Me consta, por el contrario,... que *el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención* -más allá de que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada- *no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza desde el momento de la concepción...* la incorporación de la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ -referida a los tratados individualizados por el art. 75 inc. 22) segundo párrafo- permitía ‘elevar’ a la jerarquía constitucional la reserva realizada por la República Argentina (entender ‘por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad’) a la Convención sobre los Derechos del Niño” (“El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *www.laleyonline.com*, el énfasis se ha añadido). (14)

f) La Cámara salteña, reforzando su posición, también desliza la posibilidad de que su posición, discordante con la de la Corte IDH, pueda ser entendida dentro de la doctrina del “Margen de apreciación nacional” que ha sido elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “A su turno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

chos humanos”. Sintetizando, la Cámara salteña afirma que lo que esta afirmación sostiene, como sus términos lo indican de manera evidente, es que las sentencias de la CIDH se constituyen en “pautas interpretativas” y nada más que eso. Y es que la afirmación analizada “no es sino una manera -quizás más enfática pero no diversa- de considerarla una “guía” respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto”.

(13) La Cámara fundamenta esta elección interpretativa diciendo: “cabe destacar que el más Alto Tribunal tiene dicho que la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973, 312:529, 314:1842, entre muchos otros) y a su voluntad (Fallos: 330: 2800; 331:866, entre muchos otros), tarea en la que no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios y el mensaje del órgano que lo propone, que resultan útiles para conocer su sentido y alcance (Fallos: 328:2627 y en el mismo sentido, 323:3386; 325: 2386, entre otros)”.

(14) Además la Cámara, siguiendo nuevamente al Procurador en “Acosta”, señala un dilema constitucional “En efecto, si la cláusula ‘en las condiciones de su vigencia’ significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados en el art. 75, inc. 22, también la jurisprudencia de los órganos internacionales de control respectivos forman parte de la Constitución (nótese que esa disposición dice ‘tienen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia’), entonces cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos tendría, en los hechos, el efecto de modificar la Constitución. Pero dado que la Convención constituyente de 1994 tampoco estaba habilitada para modificar el régimen de reforma constitucional del art. 30 (dicho régimen se encuentra regulado, por lo demás, en la primera parte de la Constitución, cuya modificación la ley 24.309 había prohibido explícitamente), esta conclusión resulta poco persuasiva, porque, como dije, conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto”.

desde la sentencia dictada en el caso “Handyside c. Reino Unido”, del 7 de diciembre de 1976, ha adoptado la conocida doctrina del “margen de apreciación” que busca, por el debido reconocimiento al orden jurídico interno de cada Estado, otorgar deferencia al criterio de protección que en ese ámbito sea acordado a los derechos fundamentales”.

Esta no es una mención que deba pasar desapercibida, pues es tal vez el primer antecedente nacional en donde se hace referencia a esta teoría de larga elaboración en el Derecho Europeo. Si bien, la doctrina del “margen de apreciación nacional” ha sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina (15), ha sido receptada positivamente por otros autores (16) y los propios Estados parte de la Convención Europea. Es que el temperamento que ha primado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que nosotros consideramos sano, es el de entablar una relación de diálogo entre el Tribunal Supranacional y las judicaturas locales, máxime cuando se trata de temáticas, como la que es objeto de esta causa, que admiten distintas y diversas lecturas morales y jurídicas, de acuerdo a cada tradición estatal. Dicho de otro modo, no se debe tratar aquí de imponer la idea de unos tribunales subordinados a otros, sino la de judicaturas coordinadas y en constante diálogo, máxime en asuntos en donde soluciones rígidas y universales pueden no ser adecuadas y primar las perspectivas locales.

g) Por último realiza una afirmación extrema y, de entre las vertidas, la más polémica, al mencionar que en ocasiones ni siquiera las sentencias dictadas por la Corte IDH en procesos contenciosos son obligatorias para el Estado parte. Esto sucede cuando la sentencia viola o desconoce derechos sustanciales protegidos por la legislación nacional. En “Acosta”, recuerda la Cámara, se sugiere que tampoco las decisiones de la Corte IDH adoptadas en los términos del art. 68.1 resul-

tan obligatorias para el Estado que fuere parte del proceso si “imponen una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno”, lo que ha sido reflejado en el voto del juez Fayt en la causa “Derecho” cuando sostiene que “en el ámbito nacional, el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer el Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local”. (consid. 13, de su voto, el énfasis se ha añadido). (17)

Luego la Cámara salteña ingresa en un segundo nivel de análisis, en el que no nos detendremos por exceder nuestros objetivos, en donde comienza a tratar detenidamente la cuestión del fondo -la naturaleza de los embriones-. Lo que sí nos interesa destacar es que los razonamientos esgrimidos en esta parte del fallo son puestos en constante contraste, “diálogo” o “debate” con los postulados que la Corte IDH ha desarrollado en el precedente citado. Esta metodología es coherente con la línea argumentativa y las conclusiones expuestas en la primera parte del fallo, pues, como se ha dicho, los precedentes de la Corte Interamericana deben servir como fuente y guía ineludible y, consecuentemente, si la Cámara pretende apartarse de la misma debe confrontar con ella y dar “mejores argumentos” o razones para hacerlo.

Nosotros sólo nos detendremos en una de estas consideraciones, la aplicación del principio *pro persona*, pues el mismo resultará relevante para el objetivo de este artículo. Y esto es así puesto que cuando la Cámara recurre al principio de la interpretación más favorable a la persona se introduce de lleno en las propias premisas del control de convencionalidad, “atacándolo” desde sus propios postulados. Es decir, la doctrina del control de convencionalidad se asienta en el principio de la interpretación *pro homine* (18), con lo cual, la de-

(15) Sintetiza bien las principales críticas el trabajo de GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional teoría del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, art. publicado en UNED, Teoría y realidad Constitucional, Nº 20, 2007, pp. 117-143.

(16) Cf. NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Sobre la doctrina del Margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada con el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2012, disponible en www.juridicas.unam.mx. También, BENAVIDES, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación nacional en

la protección de los derechos humanos”, art. publicado en Ius Et Praxis, Nº 15/1, 2009.

(17) De hecho, y aunque la Cámara no lo menciona, tenemos en nuestra jurisprudencia el antecedente “Cantos”, en donde la Corte Suprema se ha negado a cumplir ciertas disposiciones de la Corte IDH alegando que ese acatamiento provocaría la violación de derechos constitucionales y, también, convencionales.

(18) Vid. PINTO, Mónica: “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”; en: “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”; p. 163; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997, pássim.

nuncia de que en el supuesto se está incumpliendo con dicho principio “hiere de muerte” al precedente y justifica su inaplicación para el caso bajo análisis, incluso bajo las propias reglas del control de convencionalidad que la misma Corte IDH ha desarrollado.

Por ello nos parece relevante transcribir algunas tesis de la Cámara al respecto, veamos: “la CIDH, pese a reconocer la existencia de dudas y controversias en torno al momento en que comienza la persona, se inclinó por la visión más restringida y acotada de la protección del derecho a la vida, lo que resulta incompatible con la aplicación del principio *pro homine* que gobierna la materia (...)”. “En ese sentido, lejos de “complementar” los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento interno, la conclusión de que “el embrión *no puede ser entendido como persona*” (parág. 256, el énfasis se ha añadido) *representa una involución en el alcance que el derecho a la vida ha alcanzado en este ámbito*” (...) “A propósito del principio de interpretación más favorable al objeto y fin del tratado, a pesar de que el tribunal no reconoció la personalidad de los embriones se expidió sobre la necesidad de armonizar *el interés* en su protección “con los *derechos* fundamentales de las *otras* personas, especialmente la madre” (parág. 260, el resaltado no pertenece al original). Más allá de la distinción entre interés y derecho -inaceptable si se admite la tesis de la personalidad de los embriones-, se evidencia un sorprendente desliz semántico cuando alude al vocablo “otras” contiguo al atributo de “personas”, lo cual estaría reconociendo que unos -embriones- y otros -especialmente la madre- son personas”. Y concluye la Cámara postulando que “Sea como fuere, es claro que asumido que los derechos fundamentales positivizados en los textos constitucionales evidencian, para decirlo con Alexy, las formas más relevantes del derecho racional de la modernidad, frente a la duda en torno de su alcance, como ya se adelantó, debe estarse a la aplicación del principio *pro homine*. Y en el caso, dicha aplicación conduce a la tesis opuesta a la sostenida por el tribunal internacional, es decir a asegurar la personalidad del embrión desde su inicio en la fecundación”.

La interpretación *pro homine* no es un argumento menor en este caso, pues, como hemos dicho, toda la estructura protectora de los Derechos Humanos se basa en la ampliación de los derechos fundamentales, con lo cual, ante normativas o posiciones incompatibles, se debe preferir aquella que brinde una mayor protección (sea la local o la supranacional). La Cámara, con esas reflexiones, se introduce en la médula del “edificio” conceptual, pues si la protección de los embriones am-

plifica los derechos fundamentales esta solución no puede soslayarse sin que se derrumbe el propio sistema protectorio. Si bien la Corte Interamericana asienta sus conclusiones en la premisa de que los embriones no implantados aún no son “persona” la Cámara trata de poner en crisis, justamente, esa misma premisa, pues si la misma Corte IDH ha admitido que no hay acuerdo científico ni jurídico sobre la naturaleza de estos embriones no podría aceptarse que se dé por probado, sin más, que estos embriones no son persona. En primer lugar porque la ciencia no lo ha definido, con lo cual la premisa es endeble, y en segundo lugar porque ante la duda, y acá está la clave, una ampliación de derechos (es decir, la aplicación de la pauta *pro homine*) parecería ser la solución adecuada. Dicho de otro modo, la Corte IDH aplica, según la denuncia de la Cámara salteña, de manera incorrecta o al menos incompleta, el principio de interpretación *pro persona*.

Por lo tanto, si la conclusión es que el fallo de la Cámara salteña es más favorable respecto de la ampliación de derechos que la de la Corte IDH debe prevalecer su posición, incluso frente al precedente del órgano supranacional, un estricto seguimiento del principio *pro homine* y de la teoría del control de convencionalidad así lo determina.

Consideraciones finales

Consideramos que este pronunciamiento de la Cámara salteña generará discusiones en la doctrina y reacciones jurisprudenciales de distinto tenor. Nosotros creemos que ésta es, precisamente, una de las principales virtudes del fallo, pues, postulamos que en el ámbito interamericano resulta cada vez más acuciante la búsqueda de “diálogo” entre los tribunales de los distintos niveles. La deliberación, el intercambio de perspectivas y visiones constituyen los mecanismos que se revelan como los más adecuados para alcanzar legitimidad en los escenarios multiculturales y heterogéneos que configuran los contextos actuales. Siendo esto así, el derecho supranacional no puede ser una imposición vertical proveniente de un órgano que opera como un “intérprete infalible” que, en cuanto tal, puede definir *a priori* y con precisión las soluciones a todos los casos y situaciones presentes y futuras (haciendo abstracción de todas las circunstancias particulares que se podrían presentar). Esta visión no es más que una “reedición” de la falsa y superada ilusión postulada por la filosofía de la ilustración acerca de la existencia de un legislador racional que soluciona en abstracto todos los problemas jurídicos y construye un ordenamiento normativo pleno y sin fisuras.

Incluso más, creemos que esta posición, que es abrazada como *dogma* por algunos autores y magistrados, está abiertamente reñida con una verdadera construcción de estructuras supranacionales legítimas que, como tales, deben ser flexibles y receptar la diversidad de perspectivas locales, máxime cuando se trabaja sobre temas que admiten diversas lecturas morales y jurídicas como en el caso *sub-examine*. Y es que el formalismo que se quiso evitar con el advenimiento de la “materialización” de las constituciones y el auge de los Derechos Humanos (como derechos inalienables que no dependen de la voluntad de los Estados para su existencia y reconocimiento) ha vuelto a surgir con la doctrina irrestricta del control de convencionalidad, pues ésta exigiría la aplicación automática y vertical de la normativa convencional -interpretada por la Corte IDH-. La sustancialización de las constituciones, tal y como recuerdan autores como Ferrajoli, Alexy o Zagrebelsky, vino acompañada de la presencia de un derecho de principios y valores, que, por propia naturaleza, son flexibles, dúctiles, y, por lo tanto, modulables con relación a las distintas situaciones e, incluso, perspectivas locales e históricas. La posición extrema sobre el control de convencionalidad, por el contrario, deja a los jueces locales imposibilitados para aplicar el principio de la sana crítica -que es connatural a la independencia judicial- (19) y buscar, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, la solución más adecuada y “justa”. Es decir, se postularía la vuelta a un esquema, aparentemente superado, de aplicación silogística y a-crítica de disposiciones y esquemas *a-priorísticos*. (20) A su vez, la postulación de la vinculatoriedad de los jueces locales a las sentencias supranacionales trae también hondos problemas de tipo filosófico y epistemológico pues implica, en el fondo, adherir a la tesis de que en todos los casos existe una, y sólo una, respuesta correcta. (21)

En esta línea de pensamiento es que toma relevancia el recurso a la doctrina del “margen de

apreciación nacional” que, nótese, ha sido una creación pretoriana del mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien, en ejercicio de un sano *self restraint*, y para evitar caer en lo que hemos descrito más arriba, deja un margen de libertad a los Estados para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos se desarrollarán en cada ordenamiento interno. Y es que esta es una exigencia clara de dos principios incuestionables que rigen en el derecho actual (y que, de manera circular, tienen también su consagración en el ordenamiento internacional y convencional): el derecho de la autodeterminación de los pueblos (democracia) y, ligado estrechamente a este, el derecho a la diversidad -tolerancia, multiculturalidad, heterogeneidad, etc.-.

Pues bien, la doctrina del margen de apreciación nacional se asienta, precisamente, en los límites que la jurisdicción internacional y supranacional debe tener en materia de derechos humanos. Esta tesis admite que en ciertos casos es posible la existencia de una pluralidad de valoraciones, por lo que aconseja al órgano jurisdiccional supranacional abstenerse de subrogar a las autoridades nacionales en la valoración de aquellas circunstancias que permiten configurar las versiones locales de los derechos universales. (22)

Desde esta perspectiva, dejar un margen de actuación y determinación para los poderes locales respecto al sentido y alcance de los derechos fundamentales, no es más que una consecuencia lógica del encuentro (o “choque”) del órgano jurisdiccional supranacional con ciertos principios y nociones que, lejos de estar en crisis -como aseguran algunos autores- sostiene y son pilares de los ordenamientos constitucionales modernos: constitución, poder constituyente, democracia y soberanía, entre otros. (23) Así se evita, dentro de un marco de prudencia y razonabilidad, el enfrentamiento con poderes constituidos y legitimados

(19) Un muy buen estudio al respecto puede consultarse en FERRERES, Víctor, XIOL, Juan Antonio, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

(20) Si coincidimos con autores como Ferrajoli, en el sentido de que se ha superado el esquema del “Estado Legislativo” y estamos bajo el paradigma del “Estado Constitucional”, en donde el esquema de fuentes se abre y la ponderación pasa a ser el método interpretativo por excelencia, podemos estar en un todo de acuerdo con la metodología del fallo de la Cámara salteña. Así, en el caso, nos encontramos con precedentes jurisprudenciales, normas constitucionales, leyes nacionales, tratados internacionales con jerarquía constitucional y un Fa-

llo de la Corte Interamericana. La pregunta que se impone es: ¿en base a cuáles de estas fuentes debe resolverse el caso? Dicho de otro modo, el presente fallo es una muestra cabal de la diversidad de fuentes con las que deben trabajar los operadores jurídicos en la actualidad.

(21) La posición dworkiniana ha sido sometida a diversas y numerosas críticas por lo que se presenta, en la teoría jurídica, al menos como polémica y discutible.

(22) Cf. LETSAS, George, A Theory of interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford, Oxford Press, 2007, pp. 80 y ss..

(23) Con tono crítico se expresa BIANCHI: Fruto de este nuevo orden constitucional -integrado desde 1994 por un texto

desde otras perspectivas políticas y se preservan los equilibrios institucionales y los fundamentos de cada uno de los órganos y ordenamientos comprometidos en la cuestión.

Por otro lado, cabe mencionar que la estructura “dialógica” en la aplicación e interpretación de los Derechos Humanos también se encuentra muy avanzada en Europa. Por un lado, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen, a diferencia de las de la Corte IDH, un efecto “declarativo”, esto es, se limitan a señalar si el Convenio, en el caso puesto bajo consideración, ha sido o no desconocido por el Estado parte (en algunos casos puede, además, establecer sanciones pecuniarias). (24) Luego de ello, corresponderá a cada Estado buscar los mejores mecanismos para ejecutar la sentencia. Por otro lado, en su jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha entablado distintos niveles de diálogo con las jurisdicciones o Tribunales Constitucionales locales, así nos encontramos, por ejemplo, con: a) *diálogo sobre estándares*: en “Valenzuela Contreras” c. España” de 1998, el TEDH entendió que la normativa española no respetaba la Convención en materia de interceptación de escuchas telefónicas; luego, en el año 2003, en el caso “Prado Bugallo”, la sentencia destaca que la normativa sobre el tema ha progresado según los lineamientos del Tribunal pero, pese a ello, aún no responde a todas las exigencias fijadas por la Convención. A partir de allí los tribunales españoles han ido aumentando los requisitos para que las intervenciones telefónicas sean

constitucionales y convencionales (25), elevando, incluso, los propios estándares del TEDH. El mismo Tribunal de Estrasburgo así lo ha reconocido en el caso “Coban contra España” del 2006. (26) b) *Diálogo que pone en evidencia errores de aplicación*: se han dado, también, diálogos que han marcado errores de apreciación por parte Tribunal Europeo, por ejemplo, en cuestiones de acciones estatales extraterritoriales: así, en el caso “Bankovic” de 2001 (27), originado a raíz de un bombardeo de la OTAN sobre un canal de televisión Serbia, el Tribunal entendió que no podía aplicarse el Convenio, pues el país afectado no era parte de la Convención y los hechos habían acaecido fuera del territorio de aplicación de la misma. Esta posición jurisprudencial fue duramente criticada, principalmente por la doctrina, y, sobre esa base, el Tribunal reaccionó y rectificó su postura en la sentencia “Al-Skeini” (28), caso que versaba sobre el asesinato de civiles iraquíes a manos de militares ingleses. Acá recurrió al criterio de “dominio efectivo”, desplazando al de “jurisdicción territorial”. Así afirmó, siguiendo los señalamientos doctrinarios que se le habían efectuado a su anterior fallo, que si el Estado tiene dominio efectivo en el territorio (como Gran Bretaña en el caso analizado) tiene responsabilidad y se le aplica el Convenio (inaplicó en el caso, entonces, el precedente “Bankovic”). c) *Diálogo en los casos de incumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo*: en algunos casos los tribunales locales han rechazado decisiones del Tribunal Europeo con argumentando robustos y el Tribunal de Estrasburgo ha

múltiple y abierto, susceptible de ser ampliado sin necesidad de convocar a una convención constituyente- la Corte Suprema, primero en Ekmekdjian y luego en Julio L. Mazzeo, incorporó la doctrina del llamado “control de convencionalidad”, al que alude la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cuando resuelve casos contenciosos. Definido sin dar muchos rodeos, se trata del control de la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcances que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial. BIANCHI, Alberto: “Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad”, art. cit. p. 1.

(24) LOPEZ GUERRA afirma: “El Tribunal Europeo no es un tribunal de casación: no anula sentencias de tribunales nacionales, no ordena a los poderes nacionales que llevan a cabo actividades concretas en cumplimiento de sus sentencias. Ese cumplimiento corresponde a las autoridades de los Estados, que tienen la obligación, de acuerdo con el artículo 1 del Convenio, de asegurar la garantía de los derechos allí reconocidos; y esta tarea es vigilada por un órgano del Consejo de Europa, el Comité de Ministros. Ello constituye una importante

diferencia con el sistema interamericano”. LOPEZ GUERRA, Luis, “Derechos Humanos y Juez Internacional”. Conferencia disponible en http://www.fundacionsantillana.com/upload/ficheros/noticias/201204/derechos_humanos_y_juez_internacional_final.pdf.

(25) La sentencia 26/2006 del Tribunal Constitucional español represente la más completa y reciente recopilación de esos requisitos. Y esta línea fue también seguida por las sentencias del Tribunal Supremo de España.

(26) El Tribunal de Estrasburgo en el caso “Coban contra España”, del año 2006, inadmitió la demanda. Se basó el Tribunal en que, si efectivamente la regulación legal era y es aún defectuosa, sus defectos habían sido corregidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional local.

(27) “Bankovic y otros contra Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y el Reino Unido”, decisión de admisibilidad, 12 de diciembre de 2001.

(28) Caso “Al-Skeini contra Reino Unido”, sentencia del 7 de julio de 2011. Se puede ver también, en línea similar: “Caso Al-Jedda contra Reino Unido”, sentencia del 7 de julio de 2011.

reconocido las razones de las judicaturas locales, variando, en consecuencia, su jurisprudencia. El caso más paradigmático al respecto se da luego de la sentencia: “Al-Khawaja c. Reino Unido” de 2009, en donde el Tribunal de Derechos Humanos impugna y considera nulos los juicios en los cuales se ha utilizado como prueba a testimonios obtenidos fuera de los procesos y que no han podido, luego, ser contrastados o corroborados. Como reacción, y poco tiempo después de este pronunciamiento, el Tribunal Supremo del Reino Unido, en el caso “*Regina v. Horncastle y Otros*” de 2009, en explícito desacuerdo respecto de la posición fijada por el TEDH, sostiene que en ciertos casos, aunque falte la constatación de testimonios en el proceso, estos pueden admitirse evitando la invalidación del litigio: 1) cuando las ausencias están justificadas (muerte o temor de los testigos) y 2) cuando existen otras pruebas o indicios. Seguidamente, y tomando estas argumentaciones, en la causa “*Gani vs. España*” del 19 de febrero de 2013, el Tribunal de Estrasburgo varió su doctrina en conformidad con la posición del Tribunal Supremo del Reino Unido, al considerar que la falta de contrastación en la declaración de una víctima de abusos y violencia de género (que padecía estrés postraumático) no anula o vicia el proceso, pues, en la causa, existieron otros medios probatorios paralelos. **(29)**

En el ámbito interamericano, en cambio, estamos muy lejos de esta posición dialógica. Muy por el contrario y yendo casi en un sentido contrario, el desarrollo de la noción de control de convencionalidad en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos apunta a una preeminencia vertical del Tribunal supranacional por sobre los jueces locales. Esta es, como hemos marcado, la posición mayoritaria en la doctrina y el rumbo que, a partir de sus recientes pronunciamientos, pareciera postular la Corte IDH. En esa línea, los más recientes avances en esta materia se encuen-

tran en la “Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman y otros Vs. Uruguay” del 20 de marzo de 2013. Allí el Tribunal Interamericano hace un esfuerzo por delimitar los efectos del control de convencionalidad, señalando, como primer paso, que el mismo es “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, *incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal*”. **(30)** Respecto a lo que ahora nos interesa, la Corte mencionó que “en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”. **(31)**

Sintetizando nuestra opinión, creemos que el fallo bajo análisis presenta buenas líneas argumentativas para pensar en los alcances de los fallos de la Corte IDH cuando el Estado no ha sido parte y, además, cuando se presentan problemáticas de alta complejidad moral y jurídica (lo que Dworkin llamó “casos difíciles”) que, en cuanto tales, admiten diversas perspectivas y modulaciones. En estos casos, recurrir a estructuras dúctiles (para utilizar la expresión de Zagrebelsky) y

(29) En una línea similar, respecto de la revisión de una posición jurisprudencial por reacciones de judicaturas locales, puede leerse el fallo a “*Hirst c. Reino Unido*” del 2005.

(30) Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 65. Allí señaló que es posible observar dos manifestaciones distintas de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia en discusión ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Es decir, la Corte en este punto hace una distinción entre la cosa juzgada (res judicata) y la cosa interpretada (res interpretata), párr. 67.

(31) *Ibidem*, párrs. 68 y 69. Cabe señalar que el Juez Mexicano en la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto concurrente, expone con mayor amplitud y precisión las categorías antes mencionadas, calificando a las sentencias de la Corte IDH como “norma convencional interpretada” con una vinculación indirecta con efectos “*erga omnes*” hacia todos los Estados Parte de la Convención, la cual funciona, a su vez, como parte de un sistema de “garantía colectiva”. Véase, Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

dialógicas parecería ser lo más adecuado y lo más ajustado al respeto de la diversidad y de principios como el de democracia y autodeterminación de los pueblos. A su vez, estas soluciones vienen avaladas por el Derecho Comparado, tal y como hemos visto en el presente ensayo, con doctrinas tales como la del “margen de apreciación nacional” **(32)** y el constante diálogo entre tribunales de distintos niveles. **(33)**

Podemos plantearnos como hipótesis ¿Qué pasaría, entonces, si esta causa u otra similar llegara a la Corte IDH? Los dos caminos posibles que se le abren a la Corte son: o con un mero recurso formal mantener sin más su posición previa, sin discutir las argumentaciones de la Cámara salte-

ña; o aceptar el desafío del diálogo, replantear los argumentos, verificar si las refutaciones son sólidas o si mantiene, pese a ello, su posición original (claro que no caprichosamente, sino aportando nuevas razones y argumentaciones). Creemos que esto es lo esperable y lo saludable para un sistema que podría legitimarse y crecer con mucha mayor robustez y sin grandes cuestionamientos sobre la base del diálogo y de aceptar (como los propios principios de Convención estipulan) la pluralidad de visiones que debe existir en los sistemas jurídicos contemporáneos. ●

Cita on line: AR/DOC/3300/2013

(32) Cuestión que parece lejana, cuando, por ejemplo, leemos expresiones como la del actual magistrado de la Corte IDH, CANÇADO TRINDADE, quien ha afirmado respecto de la misma que “afortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana

sobre Derechos Humanos”. CANÇADO TRINDADE Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, Chile, 2006, p. 389.

(33) Propuesta que también parece lejana si repasamos el citado fallo de seguimiento del Caso Gelman.



JURISPRUDENCIA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Obligatoriedad de sus recomendaciones. Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disidencia.

Hechos: *Un magistrado provincial que fue removido de su cargo, al que accedió mediante un decreto dictado por el gobierno local de facto, promovió una acción contencioso administrativa en la que reclamó la nulidad de la medida y la reparación de los daños causados, mas no la reposición en su función, cuestión que fue declarada “no justiciable”. Posteriormente presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que emitió un informe en el que recomendó al Estado argentino indemnizar al reclamante. En virtud de ello, el juez inició una acción declarativa para que el Estado Nacional reconozca su responsabilidad internacional. Se estableció una condena con fundamento en la obligatoriedad de las recomendaciones de aquel organismo, y ambas partes interpusieron recursos extraordinarios que, al ser denegados, dieron lugar a las quejas respectivas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, hizo lugar parcialmente al planteamiento del demandado y desestimó el del actor.*

- 1.- Las recomendaciones del art. 51.2 de la Convención Americana formuladas en el Informe 30/97, respecto de la necesidad de indemnizar a un magistrado por la destitución de su cargo, son de carácter obligatorio para el Estado Nacional, pues ello impone el “sentido” que debe atribuirse a los términos del precepto tanto en el “contexto” específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al “objeto y fin” del régimen de peticiones y de la CADH en su integralidad, y es el que mejor responde al principio de “buena fe” y al “efecto útil” del régimen, evitando así el “debilitamiento” del sistema y hasta del propio ser humano al cual está destinado a servir.
- 2.- Un resultado definitivo adverso para el Estado demandado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos implicará para aquél hacerse cargo de su responsabilidad internacional y del deber de remediar la situación examinada por el organismo, y ello es consecuencia del “ejercicio de su soberanía” al haber asumido el carácter de parte de la CADH y, por ende, haber aceptado la competencia de la Comisión.
- 3.- La queja interpuesta por el juez provincial que fuera destituido de su cargo, agravándose del monto indemnizatorio, no es atendible, pues el recurso extraordinario denegado carece de fundamentación suficiente para poner en cuestión el aspecto no federal de la sentencia contra el que se dirige, ya que sostiene que, para establecer la cuantía del resarcimiento debía tomarse en consideración aquello de lo que fue privado: los salarios caídos, el derecho a la carrera judicial (chance), el derecho a la antigüedad, a la jubilación o, en su defecto, el importe neto de los salarios no percibidos (sin el descuento jubilatorio), más la reparación del daño moral, sin expresar de manera concreta y pormenorizada, y ni siquiera de forma global, las bases de cálculo y el monto de ellos.
- 4.- Si la pretensión del juez destituido de su cargo, a los fines indemnizatorios, había descartado la reposición en su función, debe desestimarse la apelación federal interpuesta ante la suma concedida como resarcimiento, en razón de que el recurrente omite exponer las razones por las cuales deberían computarse en el monto final los “salarios caídos” o “el importe neto de los salarios no percibidos” o “el derecho a la jubilación”, rubro éste último, que no explica en que consiste.
- 5.- Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en el caso, Informe 30/97—, aun cuando en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, tienen valor para motivar acciones del Estado Argentino; otra conclusión no solo prescindiría del contexto del tratado sino que iría contra su objeto y fin, al optar por la interpretación que tiende a debilitar y quitar “efecto útil” al sistema de peticiones individuales consagrado en

los arts. 44 a 51 del Pacto, sin tener en cuenta que “el sistema mismo de la CADH está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo (del voto del Doctor Petracchi).

6. - Si bien el escrito presentado por la apelante no cumple con los recaudos exigidos por la Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde hacer la excepción prevista en su art. II en atención a la trascendencia de la cuestión federal en juego, esto es, la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la necesidad de reparar el daño sufrido por un magistrado provincial destituido de su cargo (del voto del Doctor Petracchi).
7. - La aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la CADH, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno, aun cuando sólo las decisiones de la Corte Interamericana son ejecutables en los términos del art. 68 de la CADH (del voto del Doctor Maqueda).
8. - Ante violaciones a los derechos humanos denunciadas ante la Comisión Interamericana, el organismo tiene dos caminos: uno que termina con una sentencia de la Corte Interamericana y otro que culmina con la publicación del informe sobre el comportamiento del Estado Parte que, en el caso, ha desconocido los derechos

humanos, este último de carácter no vinculante, por lo que corresponde dejar sin efecto la sentencia que con base en un informe del organismo atribuyó al Estado Argentino mala fe en la interpretación de la CADH por no haber creado una acción judicial que permita al juez destituido obtener la ejecución de una recomendación de la Comisión Interamericana (del voto en disidencia de la Doctora Argibay).

9. - En los casos en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide no instar el procedimiento ante la Corte Interamericana, la publicación de su informe es la sanción final que debe soportar el Estado Parte (del voto en disidencia de la Doctora Argibay).
10. - Aun cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la trascendencia de las recomendaciones que pudiera efectuar la Comisión Interamericana, alentando a los Estados a cumplir con ellas sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, no establece respecto de aquellas un criterio de obligatoriedad so pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado que eventualmente incumpliere, criterio que si, en cambio, reserva para sus fallos, derivado de lo prescripto en el art. 68.1 de la CADH, en cuyo articulado no existe disposición análoga alguna referida a las recomendaciones (del voto en disidencia de los Doctores Lorenzetti y Highton de Nolasco).

#NroFallo# — CS, 2013/08/06. - Carranza La-trubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut.

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente o en laleyonline.com.ar]

Cita on line: AR/JUR/38982/2013

