

FILOCAM

Octubre 2024



**LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE
ABOGADOS DE MORÓN**

VOLUMEN I

Colegio de Abogados de Morón
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega
Director: Cristian Callegari
Director adjunto: Osvaldo Nan
Codirector: Adrián Cetrángolo
Secretario: Martín Aldax
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM
Director
Jefa de Redacción y Coordinación General

Martín Aldax
Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción

Cristian E. Callegari - Osvaldo Nan –
Mariana Kaul

Staff permanente

Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena -
Mariana Kaul - Mariela Blanco - Luciana Sofía Frega -
Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro
- Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro
Janevic – Olga Mater – Marcela Leal - Carlos Birocco -
Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo
Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge
Oscar Rossi – Paloma Gazzano – Alberto Farinati - Max
Molina - Patricia A. Cozzo Villafañe - Rubén Adolfo
Rosenstock

Arte de tapa

Deniz Altindas - Juana Illia

S U M A R I O

Por una constitución de la tierra – <i>Cristian Callegari</i>	4
La clave es el consenso – <i>Martín Aldax</i>	8
La denominada cuarta generación de derechos humanos y su eventual incorporación constitucional – <i>Oswaldo Nan</i>	12
La reforma constitución en acción – <i>Carlos Juan Acosta</i>	29
Relectura de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros – <i>Juan Cruz Garcia</i>	34
El lecho de procusto en nuestra constitución - <i>Héctor Raffo</i>	40
A treinta años de la Reforma de la Constitución Nacional, ¿de quién nos defiende el Defensor del Pueblo de la Nación? - <i>Jorge Oscar Rossi</i>	48
¿Puede ser inconstitucional la Constitución? Reflexiones en torno al poder constituyente y al poder constituido en la reforma constitucional de 1994 – <i>Agustín Bernardo Bonaveri</i>	56
Una nueva concepción sobre los fundamentos de la usucapión inmobiliaria frente al paradigma que propone la reforma constitucional de 1994 – <i>Martín Dario Benitez</i>	64
La reforma constitucional del año 1994 y el artículo 2º - <i>Jorge Antonio Di Nicco</i>	117
Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1994 - <i>José Luis Nuñez</i>	120
Control de constitucionalidad y convencionalidad. Límites al poder constituyente - <i>Patricia Cozzo Villafañe</i>	128
Amparo constitucional de la previsión y seguridad social para profesionales - <i>P. Sebastián Villa</i>	137
AVISOS PARROQUIALES	153

Por una constitución de la tierra



Cristian Callegari¹

Esta edición especial de FiloCam nos permite esbozar algunos pensamientos revisionistas que nos llevan a otro portal.

Desde hace algún tiempo, he estado pensando y escribiendo sobre la ficción del pacto constitutivo en la creación de los estados modernos y liberales, como hemos reflejado en las Jornadas de FACA del año 2023 y en ediciones anteriores de nuestra publicación.

La importancia del pacto burgués, que equiparó a sectores de comerciantes y artesanos con los nobles en el siglo XVIII, dio nacimiento al derecho constitucional, por encima del derecho de familia. Esto, haciendo una interpretación laxa, ha permitido el debate sobre el divorcio que nos agobia en estos días y que reduce a la primera institución de la humanidad a la nada misma.

Todos sabemos que la familia y el clan son la base de la sociedad; por ende, el derecho de familia representa la verdadera constitución de un estado.

En definitiva, el Derecho Constitucional es el reflejo de las luchas de las minorías para que se les reconozcan derechos desde el poder. Sin embargo, muchas veces estas luchas solo se traducen en simples

¹ Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es Director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es revisor de cuentas y miembro del consejo directivo de la AAT, ex asambleísta en el CPACF., diplomado en Filosofía jurídica y función judicial (CEJ/USI), además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, preside la Comisión de sistemas informáticos de la Caja de la Abogacía, es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón y el Vice Director del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y es el presidente de la Comisión de deportes del colegio de abogados de Morón y del de abogados de la provincia de Buenos Aires, además de un dirigente colegial desde hace más de treinta y dos años.

declaraciones sin una real garantía de cumplimiento, resultando en intenciones, en su mayoría, demagógicas.

Solo el juez puede dar aplicación a dichas declaraciones y transformarlas en derechos. Para la población, el derecho constitucional se convierte en una simple guía o un cúmulo de declaraciones y cesiones del poder para una mejor convivencia, que pueden adquirir el estatus de derechos cuando efectivamente están garantizados.

La Constitución también organiza el funcionamiento del Estado, limita y reglamenta el poder, dimensiona los alcances y ofrece alternativas para la opresión de los débiles.

En definitiva, es una herramienta más del poder.

No obstante, existen posibilidades de regularizar a nivel global esas declaraciones, ampliando aún más la ficción del sujeto de derecho.

El proyecto de Luigi Ferrajoli, denominado "*Por una Constitución de la Tierra*"², presentado en la Facultad de Derecho de la UBA en 2022, es una cándida ilusión tendiente a mejorar las relaciones globales y el reconocimiento universal de los derechos humanos.

Sabemos que el reconocimiento de los derechos en los Estados Nacionales está sometido a la economía, los niveles de corrupción y las pujas electorales, que suelen tener una visión cortoplacista.

A nivel global, la ONU ha fracasado debido a la disparidad de fuerzas entre las naciones y al poder de policía universal.

Hans Kelsen ya había propuesto, en 1921, la necesidad de hacer obligatoria la jurisdicción de un tribunal permanente de justicia internacional, que probablemente se convirtió en el Tribunal Penal Internacional, conforme

² Ferrajoli, Luigi, "Por una Constitución de la Tierra", Editorial Trotta 2022.

al Tratado de Roma del 17 de julio de 1998, el cual no ha sido ratificado por la mayoría de las naciones.

“El constitucionalismo actual es, pues, impotente frente a los desafíos globales a causa de los límites espaciales y sectoriales que solo una Constitución de la Tierra podría superar”, dice Ferrajoli, y agrega que “la Constitución de la Tierra que se propone deberá caracterizarse por una extensión del paradigma del constitucionalismo rígido más allá del estado, en las cuatro direcciones no transitadas por los constitucionalismos nacionales: a) en primer lugar, en la dirección de un constitucionalismo supranacional o de derecho internacional, agregado al actual constitucionalismo estatal, mediante la introducción de funciones e instituciones supraestatales de garantía a la altura de los poderes políticos y económicos globales; b) en segundo lugar, en la dirección de un constitucionalismo de derecho privado, a través de la introducción de un sistema adecuado de reglas y garantías frente a los actuales poderes salvajes de los mercados; c) en tercer lugar, en la dirección de un constitucionalismo de bienes fundamentales, agregado al de los derechos fundamentales, con la introducción de garantías dirigidas a asegurar la conservación y el acceso de todos al goce de bienes vitales, como son los bienes comunes, pero también los fármacos esenciales y la alimentación básica; d) en cuarto lugar, en la dirección de un constitucionalismo de los bienes ilícitos, por la prohibición de los bienes mortales, como las armas, las escorias radioactivas, las emisiones de gases de efecto invernadero y los residuos tóxicos o, en todo caso, peligrosos”³.

Entiendo que, desde un planteo ideal, el generoso pensamiento de Ferrajoli sería pacificador y daría seguridad jurídica a todas las naciones,

³ Ferrajoli Luigi, ob. Cit. pág. 85

pero, como siempre, la economía, el poder, el imperialismo y los estados gendarmes lamentablemente nos avasallarán.

La clave es el consenso



Martín Aldax¹

En FILOCAM, todos quienes integramos esta revista estamos profundamente orgullosos de presentar este nuevo volumen, y lo estamos, en primer lugar, porque celebramos la llegada al número 50. Este es, sin duda, un logro significativo para una revista impulsada con esfuerzo y sin financiamiento externo. En segundo lugar, esta edición especial conmemora los 30 años de la reforma de la Constitución Nacional, tras una convocatoria que reunió voces diversas de múltiples corrientes ideológicas y especialidades. Creo que esta pluralidad de opiniones es el valor esencial de cada edición de FILOCAM.

A mi entender es importante subrayar un aspecto que va más allá de la reforma en sí: la capacidad de generar, en aquel entonces, un consenso tan amplio para modificar la norma fundamental de nuestro sistema jurídico. Antes de la reforma, las principales fuerzas políticas de la época acordaron el “Núcleo de Coincidencias Básicas”, una serie de puntos esenciales que facilitaron el consenso necesario para avanzar en el proceso. Todos estos antecedentes, tratados con profundidad en el artículo de Carlos Juan Acosta, subrayan el carácter colaborativo de esta histórica transformación.

En el contexto actual, parece casi inimaginable lograr un acuerdo similar entre los actores del arco político, mucho menos uno que incluya a la mayoría de las fuerzas políticas. Hoy, la posibilidad de consensuar políticas fundamentales parece improbable, y el consenso necesario para reformar nuestra norma base, inalcanzable. Sin embargo, como he sostenido en

¹ Martín Aldax es abogado; Especialista en Derecho de Daños (UBA); secretario del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM; director de Filocam; director de la Caja de la Abogacía; Autor de diversos artículos de doctrina y divulgación; ex Docente de Derecho Constitucional UM.

diversos artículos publicados en FILOCAM, el consenso es la base del progreso de toda sociedad, y creo que, pese a las diferencias actuales, en estos tiempos de crisis es urgente encontrar puntos de encuentro que permitan superar los desafíos que atraviesa nuestra República. Este espíritu de consenso es a mi entender el legado más valioso de la reforma de 1994 y de las fuerzas políticas que la hicieron posible.

Los principales líderes de la reforma fueron, indiscutiblemente, los expresidentes Carlos Saúl Menem y Raúl Ricardo Alfonsín. Más allá de las opiniones personales que pueda tener sobre ellos, considero que ambos fueron artífices de uno de los hechos políticos más trascendentes desde el retorno de la democracia. Desde una mirada retrospectiva, la década del 90 ofrece tanto similitudes con algunas políticas económicas actuales como notables diferencias, destacándose especialmente el rol de liderazgo que incluía una voz firme pero abierta a la disidencia, con capacidad de negociación y vocación de consenso. A su vez, la oposición, encabezada por Alfonsín, demostró una visión estratégica al adherir a una reforma que avanzaría aun sin la participación del radicalismo, consolidando así el Pacto de Olivos y el “Núcleo de Coincidencias Básicas”.

Hoy la situación es distinta: entre los principales referentes de las fuerzas políticas pareciera existir una brecha insalvable, como un río de lava ardiente que impide cualquier acercamiento o posibilidad de diálogo, incluso para reducir las distancias ideológicas. Lejos de buscar puntos de contacto, en las últimas semanas el Presidente ha manifestado su intención de cerrar el cajón del kirchnerismo con su líder dentro, una declaración que desde el otro lado recibe réplicas igualmente cargadas de violencia y desdén.

La reforma de 1994 trajo consigo importantes cambios al sistema legal, algunos de los cuales tienen gran relevancia y vigencia actual, como los derechos de tercera generación: la inclusión de los derechos del consumidor (art. 42) o el derecho a un ambiente sano para las presentes y futuras

generaciones (art. 41), un derecho hoy amenazado por el auge de ideologías negacionistas. Además, la reforma introdujo herramientas democráticas, tales como la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40).

No obstante, algunos aspectos de la reforma no tuvieron el éxito esperado, como el intento de moderar el presidencialismo mediante la figura del Jefe de Gabinete (arts. 100 y ss.), abordado en esta publicación por Juan Cruz García. Lamentablemente, la figura del Jefe de Gabinete no logró acercarnos al sistema parlamentario que Alfonsín proyectaba, en el que actuaría como un “fusible” para el Poder Ejecutivo. Tampoco logró el protagonismo deseado la Defensoría del Pueblo, tal como destacan los Dres. Jorge Oscar Rossi y José Luis Núñez en sus artículos.

Otro aspecto que sigue pendiente es el sistema de coparticipación, cuyas bases fueron incluidas en las atribuciones del Congreso (art. 75 inc. 2) para dictar una ley convenio de coparticipación federal y equitativa. A treinta años de la reforma, el Congreso ni siquiera ha discutido –y mucho menos sancionado– esta ley que establecería la distribución de los ingresos nacionales. Es probable que la reforma de 1994 haya sido insuficiente en cuanto a los parámetros necesarios para que esta ley convenio trascendiera la mera expresión de un deseo, y quizás, como sostienen muchos constituyentes, la reforma llegó tan lejos como el consenso permitió en ese momento.

A nivel internacional, una innovación notable e inédita hasta aquel entonces, fue la jerarquización constitucional de ciertos tratados internacionales (art. 75 inc. 22), entre los que se incluyeron: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que gozan de jerarquía constitucional. Esta inclusión fue luego adoptada por otras

constituciones, simbolizando una perspectiva progresista en nuestras normas jurídicas.

Tanto nuestra sociedad como la humanidad en su conjunto enfrentan múltiples desafíos que ponen en jaque los regímenes jurídicos, exigiendo una constante revisión de nuestras normas. De allí la necesidad de ampliar los ámbitos de debate, como el Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, para alcanzar consensos que permitan la evolución del derecho en sintonía con los tiempos. ¿Cómo preservaremos nuestro medio ambiente y planeta? ¿Quién asumirá la responsabilidad de velar por su sostenibilidad? ¿Cómo debemos responder a las evoluciones tecnológicas que avanzan más rápido que nuestras leyes? ¿Cómo legislar sobre nuevos actores sociales, como la inteligencia artificial y la robótica? ¿Cómo asegurar el sustento de toda la población y reducir la brecha entre pobres y ricos? ¿Qué hacemos frente a los derechos de cuarta generación? como plantea Osvaldo Nan en su artículo, o ante los problemas habitacionales, también abordados en este volumen por Martín Benítez.

Para todas estas cuestiones, es esencial generar espacios de discusión y, a pesar de las diferencias, llegar a los consensos necesarios para afrontar estos y muchos otros desafíos que surgen de la vida en sociedad, y en su caso modificar nuestra ley fundamental. Y, por qué no, proyectar una constitución de la tierra como nos comenta Cristian Callegari en la editorial que encabeza este volumen.

Como recomendación final, para quienes deseen profundizar la reforma constitucional de 1994, sugiero escuchar el podcast *Generación del 94*², en el cual el periodista Rodis Recalt ofrece interesantes entrevistas a distintos actores de aquella época, entre los que se destacan muchos constituyentes de gran renombre y vigencia política actual, permitiéndonos revivir el ambiente de esos días históricos.

² <https://open.spotify.com/show/257dDhCYUwgQ0trcojXyZv>

La denominada cuarta generación de derechos humanos y su eventual incorporación constitucional



Osvaldo Narí¹

Este año se conmemora el 30vo. aniversario de la Reforma Constitucional de 1994, y más allá contenidos e interpretaciones jurisprudenciales, el gran legado de la reforma, está constituido por la búsqueda del consenso, en un tiempo donde las dos mayores fuerzas política del momento dieron nacimiento a la reforma legislativa argentina con mayor impacto desde el siglo XX a la actualidad.

Lograr poner entre paréntesis diferencias, conflictos, discordias y disidencias, legando a la posteridad un documento de vigencia ininterrumpida; constituye un verdadero acierto respecto de la mirada de las políticas de estado. Pero, además, llevando adelante una experiencia extraordinaria de convivencia democrática, estímulo intelectual e intensidad política, en pos de la legitimidad de la Constitución Nacional, sosteniendo a la democracia argentina.

Nuestra situación en el marco de una revolución tecnológica.

En términos de repensar la condición humana en la sociedad tecnológica, debemos analizar la relación entre la denominada cuarta generación de derechos humanos ante la que nos encontramos presentes, la

¹ Abogado; director Adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, ex Docente del Dpto. de Filosofía de la Facultad de Derecho UBA; ex Docente de la Escuela de Gobierno dependiente del INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM. Docente de la UNPAZ.

ciudadanía y las redes digitales, donde dichos tres elementos juegan un papel clave entre la relación entre derechos intermedios y meta derechos, el poder comunicacional como biopoder y el conocimiento libre.

Los Derechos civiles y políticos de la denominada primera generación, procedentes de la tradición constitucionalista liberal, impactaron sobre la expresión de libertad de los individuos, y fueron recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos internacionales de 1966, a saber: el de los Derechos Civiles y Políticos y el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²

El escenario de la reforma constitucional de 1994

Entrada la década de los 90, luego de la recuperación democrática posterior a la dictadura cívico militar (1976-1983), y ya durante la presidencia de Menem, la argentina ingreso en una etapa de privatizaciones y liberalismo económico, pero con un amplio espectro de deudas sociales irresueltas. En el intento de su reelección, y ante la traba constitucional para lograrlo, Menem alcanzo un pacto con Raúl Ricardo Alfonsín, quien mantenía aun el liderazgo de su partido, y un prestigio ganado por su impulso al Juicio a las Juntas militares. En dicho acuerdo, se buscaba garantizar que el contenido de una reforma constitucional, no estuviera en contra de las posturas de las fueras de las que provenían, habiendo sido centrada la negociación en una serie de coincidencias básicas, luego conocidas como el Pacto de Olivos.³

Las reformas

² El 16/12/1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su resolución 2200 A (XXI): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

³³ Se conoce como Pacto de Olivos, el acuerdo entre la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista, representados por Alfonsín y Menem, firmado el 14/11/1993.

La reforma constitucional trajo consigo transformaciones profundas, incorporando derechos de tercera generación, que ponen el foco en la solidaridad y los derechos colectivos, como los vinculados a las comunidades y los pueblos. Entre sus avances más notables, se otorgó rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, elevándolos por encima de las leyes ordinarias. También se modificó la estructura del Senado, acortando los mandatos presidenciales y senatoriales, y se adoptó la elección directa del presidente mediante el sistema de balotaje. Se creó la figura del jefe de Gabinete, y se reconocieron de manera explícita los derechos de los pueblos originarios. La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires fue consagrada, y se estableció la edad máxima de los jueces en 75 años. Además, se reafirmó la soberanía argentina sobre las Islas Malvinas como un objetivo permanente e irrenunciable de la nación. Estos cambios reflejan un avance en la protección de los derechos humanos y la institucionalidad democrática.

El derecho a la dignidad de la persona y a su autonomía y libertad frente al Estado,

La normativa constitucional integra también derechos de segunda generación, centrados en la igualdad económica y social mediante la intervención estatal, garantizando el acceso igualitario a la educación, la salud y el trabajo. Asimismo, los derechos de tercera generación, surgidos en el siglo XX, protegen a colectivos vulnerables, abordando la discriminación socioeconómica y promoviendo el respeto a la diversidad cultural y la protección ambiental.

Finalmente, los derechos de cuarta generación, enfocados en la ciudadanía digital, contemplan el acceso a la información, la lucha contra la exclusión digital y la protección frente a la creciente influencia de las plataformas digitales sobre los individuos.

Se hace necesarias políticas de educación ciudadana, creando una inteligencia colectiva que asegure una inserción autónoma a cada país en un mundo globalizado, además, la protección del ciudadano frente a la cada vez más contundente llegada y asfixia que presenten las plataformas.

Los derechos de generación.

La llamada *teoría de las tres generaciones de derechos humanos*, que ya tiene más de 40 años, divide los derechos humanos en tres distintas generaciones con base en los derechos civiles y políticos; los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos o de solidaridad.⁴

Una de sus fallas más indudables, es su poco claro marco temporal. Karel Vasak no argumentó periodos explícitos para contextualizar el concepto generacional, sino que originalmente, utilizó un lapso de 30 años, remontado a la Declaración Universal de 1948, seguida de los dos Pactos de 1966.⁵ Esta versión de la teoría de las tres generaciones se basa en un encuadre posterior a 1945. Dos años más tarde, Vasak modificó la teoría al vincular las tres generaciones con los tres conceptos de la Revolución Francesa, *Liberté, Egalité y Fraternité*, lo cual implica incluso un retroceso de 150 años. Al decir de Steven L. B. Jensen, investigador senior en el Instituto Danés de Derechos Humanos: “...Es una tergiversación que ha socavado la complejidad histórica, ha excluido otras geografías de la evolución de los derechos humanos y ha ayudado a inculcar una jerarquía de derechos que fomenta la complacencia analítica y la simplificación excesiva. De esta

⁴ Karel Vasak, asesor legal de la UNESCO y distinguido experto en derechos humanos, en 1977, escribió en el UNESCO Courier, donde presentó la idea de las tres generaciones de derechos humanos. La teoría ganó fuerza entre los investigadores y profesionales, convirtiéndose en parte del vocabulario estándar que describe la historia y los contenidos del marco de los derechos humanos. A pesar de sus muchos defectos, se sigue mencionando como un marco analítico relevante para el estudio de los derechos humanos en revistas tan emblemáticas como Human Rights Quarterly.

⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron adoptados por la Asamblea General de las ONU el 16/12/1966.

*manera, la teoría ha causado considerables daños conceptuales a nuestra comprensión de los derechos humanos en la academia y la práctica. Su amplia difusión podría ser indicio de que los derechos humanos como campo de práctica son demasiado propensos a ciertas modas y formas superficiales de pensamiento...*⁶

Hoy consideramos a esta teoría, más un producto de su tiempo que una teoría genuina sobre la historia.

Los principales derechos de cuarta generación.

Este tipo particular de derechos, son una evolución que responden a los desafíos contemporáneos, impulsados por el avance tecnológico, la globalización y la creciente conciencia sobre el medio ambiente y la ética. Por eso es importante analizarlos desde perspectivas filosóficas, jurídicas y sociológicas, pero asimismo con una mirada multidisciplinar, que implique la posibilidad de identificar derechos y obligaciones que deberían ser integrados o reconocidos en el constitucionalismo actual.

Podemos indicar algunos de los principales derechos de este tipo son:

- *Derecho a la protección de los datos personales y la privacidad digital:* cuestión medular en la era tecnológica. Ante el riesgo de uso indebido de información, los Estados y empresas deben garantizar la seguridad de los datos y prevenir su uso discriminatorio o no autorizado, promoviendo la educación digital concientizando al ciudadano.
- *Derecho a un medio ambiente sano y sostenible:* derecho crucial en el contexto de la crisis climática, y que requiere un enfoque global y proactivo. Estados, empresas y ciudadanos deben proteger el medio

⁶ Steven L. B. Jensen es investigador senior en el Instituto Danés de Derechos Humanos. Actualmente trabaja en una historia de los derechos sociales y económicos en la política internacional del siglo www.openglobalrights.org/putting-to-rest-the-three-generations-theory-of-human-rights/?lang=Spanish

ambiente mediante políticas públicas sostenibles y prácticas ecológicas a nivel individual y corporativo, superando la visión tradicional de los derechos colectivos.

- *Derecho al acceso equitativo a la tecnología y a la información:* cuestión fundamental que facilita el ejercicio de otros derechos, como la educación y la participación política. Los Estados deben garantizar la infraestructura tecnológica, reduciendo la brecha digital.
- *Derecho a la bioética y la integridad humana:* busca proteger la dignidad y los derechos fundamentales frente a los avances en biotecnología, como la manipulación genética e inteligencia artificial. Los Estados deben regular estos desarrollos para garantizar un uso ético y responsable, evitando vulneraciones a los derechos humanos.
- *Derecho a la identidad digital:* En un mundo cada vez más digitalizado, la identidad de una persona también está presente en el entorno digital, lo que exige su reconocimiento y protección. Las instituciones deben garantizar la veracidad, integridad y protección de la identidad digital, evitando su uso fraudulento o malintencionado.
- *Derecho a la ciberseguridad y la protección frente a ataques cibernéticos:* En un contexto donde los delitos cibernéticos están en aumento, el derecho a la ciberseguridad se vuelve fundamental para proteger tanto a las personas como a las instituciones. Los Estados y las organizaciones deben implementar medidas de seguridad cibernética robustas y políticas internacionales que regulen y sancionen los delitos en este ámbito.

Perspectiva filosófica y constitucionalista

Desde la filosofía, estos derechos plantean cuestiones éticas sobre la relación entre tecnología, ser humano y naturaleza, así como la necesidad de proteger la autonomía individual en un entorno digital y globalizado. El

constitucionalismo actual debe adaptarse a estas nuevas realidades, estableciendo un marco jurídico que garantice estos derechos y regule sus límites y obligaciones, respetando los principios de justicia, equidad y dignidad humana.

Este enfoque integrador, tanto desde el derecho como desde la filosofía, asegura que el constitucionalismo actual no solo regule el presente, sino que se prepare para los retos del futuro.

Asimismo, en términos de construcción de sentido y de construcción de subjetividad del usuario en los entornos digitales, parece necesario imponer constitucionalmente, algunas formas de control que impidan que los usuarios queden a merced de las corporaciones que gobiernan dichos entornos digitales, de los discursos del odio, y del mercantilismo indiscriminado.

La necesaria puesta en consideración del control

Es esencial considerar mecanismos de control y protección para evitar que los usuarios queden vulnerables. La construcción de sentido y la subjetividad del usuario en estos entornos no solo se ve influenciada por las tecnologías que usamos, sino también por las dinámicas de poder y las narrativas que predominan en dichos espacios. Sin regulación adecuada, los usuarios quedan expuestos a múltiples riesgos que impactan su autonomía, dignidad y bienestar social.

Podríamos mencionar a modo de ejemplo, algunos puntos clave:

Protección frente a la manipulación comercial y el mercantilismo indiscriminado: Las grandes corporaciones digitales explotan los datos de los usuarios con fines comerciales, orientando interacciones y contenidos según sus propios intereses, lo que limita la autonomía de los usuarios. Los algoritmos priorizan contenido basado en criterios comerciales, construyendo

subjetividades y promoviendo conductas de consumo beneficiosas para las empresas.

Por ello es necesario regular el uso abusivo de datos personales y estableciendo barreras éticas al mercantilismo, así como la implementación de políticas transparentes de publicidad digital que otorguen a los usuarios mayor control sobre los contenidos y el procesamiento de sus datos.

Regulación contra los discursos de odio y la violencia digital: En los entornos digitales, la falta de regulación en muchas plataformas permite la proliferación de discursos de odio, afectando tanto a los individuos como al diálogo público y la cohesión social. Aunque la libertad de expresión es fundamental, no debe justificar la promoción de violencia o discriminación. La ausencia de control adecuado puede normalizar ideologías extremistas y erosionar la convivencia democrática. Es esencial que las plataformas adopten políticas estrictas y que los Estados colaboren en marcos legales internacionales para prevenir y sancionar estos abusos, equilibrando la libertad de expresión con la prevención del odio.

Derecho a la autonomía y control sobre los propios datos: La construcción de la subjetividad digital está mediada en gran medida por cómo los usuarios interactúan con plataformas que recolectan y procesan su información. Sin un marco adecuado de protección, el usuario queda expuesto a la manipulación por parte de los algoritmos que personalizan el contenido.

El usuario debería poder controlar qué datos personales comparte, cómo son utilizados, y tener derecho a la portabilidad y el borrado de esa información cuando lo desee.

Se hace necesario el establecimiento de leyes más estrictas de protección de datos ⁷. También se hace necesario fomentar un enfoque global de este tipo de legislaciones para garantizar que las personas mantengan control sobre su identidad digital.

Creación de un entorno digital ético y transparente: La subjetividad del usuario en los entornos digitales está profundamente influenciada por los modelos de interacción que imponen las redes sociales y plataformas digitales. Estas, generalmente, priorizan la captación de atención y el tiempo de permanencia de los usuarios, no en función de la calidad o relevancia del contenido, sino de sus propios intereses comerciales. Este enfoque, diseñado para maximizar beneficios económicos, fomenta la viralización de contenidos sensacionalistas, triviales y polarizantes, afectando negativamente la calidad del debate público y la construcción de un pensamiento crítico.

Es imperativo establecer marcos ético-constitucionales que regulen el diseño y funcionamiento de estas plataformas, poniendo en el centro el bienestar digital de los usuarios. Esto implicaría limitar las dinámicas adictivas y manipuladoras que socavan la capacidad de los individuos para reflexionar críticamente y tomar decisiones informadas. Una posible vía para lograr este objetivo es exigir a las plataformas la inclusión de opciones no algorítmicas para la presentación de información, promoviendo así un acceso más equilibrado y menos sesgado a los contenidos. Estas regulaciones deberían garantizar que el diseño digital respete la autonomía del usuario, fomentando una interacción más saludable y constructiva en el espacio digital.

⁷ Un ejemplo interesante y actual de protección de datos, es el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) que rige en la Unión Europea, claro ejemplo de cómo se puede proteger al usuario.

Fortalecimiento de la educación digital crítica

Finalmente, la construcción de subjetividad en entornos digitales no puede desligarse de la educación crítica sobre los medios y la tecnología. Los usuarios necesitan herramientas para comprender los mecanismos de manipulación y poder participar activamente en la creación de sentido dentro de estos entornos.

Estados y organizaciones, deberían promover la alfabetización digital desde una perspectiva crítica, no solo enfocada al uso de las tecnologías, sino entendiendo cómo funcionan, qué implican para nuestra privacidad, y cómo nos afectan la manera en que interpretamos el mundo.

Los entornos digitales no son solo espacios de interacción, sino que configuran la realidad de los usuarios, moldeando su consciencia y subjetividad. En este sentido, dejar al usuario a merced de los intereses corporativos y del mercantilismo indiscriminado, atenta contra la autonomía y libertad de pensamiento.

El derecho constitucional moderno, por tanto, debería proteger a los individuos no solo como consumidores de contenido, sino también como sujetos activos en la creación de sentido, asegurando que las plataformas digitales operen dentro de un marco ético y legal que promueva la dignidad, el respeto y la autonomía del usuario.

Derechos digitales para proteger a los ciudadanos de los riesgos de la tecnología

La creciente digitalización plantea escenarios complejos para la humanidad, lo que requiere replantear los derechos de los ciudadanos desde una nueva perspectiva, adaptada a los desafíos de la era digital. Estamos en una sociedad cada vez más digital, donde van a cambiar muchos procesos de decisión y formas de relación entre personas.

Es necesario incorporar los derechos de cuarta generación en las constituciones modernas debido a los cambios tecnológicos, sociales y ambientales que han transformado las sociedades y creado nuevos desafíos para la protección de los derechos humanos. Estos derechos, que incluyen temas como el acceso a la tecnología, la protección de los datos personales, la preservación del medio ambiente y la participación en la gobernanza global, reflejan la evolución de las necesidades humanas en un contexto globalizado y digitalizado.

La importancia de la incorporación al texto constitucional:

El Impacto y la expansión de internet y las tecnologías digitales plantea cuestiones relacionadas con la privacidad, la seguridad cibernética y el acceso a la información, por lo tanto, en defensa de la sociedad, se hace necesario la incorporación de normas por la protección de los datos personales y el acceso equitativo a las tecnologías de la información.

La crisis climática y la degradación ambiental requieren un marco jurídico que garantice el derecho a un ambiente sano y sostenible, promoviendo políticas que protejan el planeta para las futuras generaciones.
(Derechos ambientales)

En un mundo cada vez más interconectado, los ciudadanos demandan una mayor participación en las decisiones que afectan a la gobernanza mundial, por lo que debiera garantizarse constitucionalmente la participación democrática de los ciudadanos en asuntos globales, como el cambio climático, la seguridad internacional y la equidad digital.
(Globalización y participación)

A su vez las innovaciones científicas y los avances tecnológicos, como la biotecnología o la inteligencia artificial, pueden generar riesgos para la dignidad humana, por lo que debe garantizarse la dignidad, el bienestar y la

equidad en un contexto dinámico con marcos legales que sean relevantes y efectivos para abordar los desafíos y oportunidades del siglo XXI. (*Protección de nuevas vulnerabilidades*)

En el derecho comparado encontramos interesantes adelantos constitucionales. A modo de ejemplo citamos algunos derechos fundamentales como el derecho a la protección de datos personales (Cfr. art. 18, Constitución Española); el derecho a la identidad de género (Cfr. art. 7, Constitución de Ecuador) y el derecho a la salud reproductiva (Cfr. art. 4, Constitución de Uruguay).

Otros como los que hacen a la Participación ciudadana, que podemos encontrarlos en el instituto de la Iniciativa popular (Cfr. art. 45, Constitución de Colombia), la consulta popular (Cfr. art. 103, Constitución de Brasil) o la revocación de mandato (Cfr. art. 72, Constitución de Venezuela).

Existen también derechos relacionados con la Justicia y la transparencia. En ese marco la idea del Jurado ciudadano (Cfr. art. 14, Constitución de Estados Unidos), el Acceso a la información pública (Cfr. art. 105, Constitución de México) y la Protección de denunciantes (Cfr. art. 24, Constitución de Sudáfrica).

Si bien la reforma del 94 contiene algunas cuestiones en la misma que las antes descripta, es necesario en algunos casos ampliarlos, y en otros directamente incorporarlos ante su inexistencia. En este sentido es claro el caso del derecho al medio ambiente y al desarrollo sostenible, donde sería importante ampliar el espectro de los mismos extendiéndolo a un medio ambiente saludable (Cfr. art. 24, Constitución de Ecuador); al Principio de precaución (Cfr. art. 191, Tratado de la Unión Europea) y al Desarrollo sostenible (Cfr. art. 21, Constitución de Alemania).

En el particular del campo de la *Tecnología y sociedad digital*, el derecho a la conectividad (Cfr. art. 22, Constitución de Estonia), la Protección de la privacidad digital (Cfr. art. 7, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) o la regulación de la inteligencia artificial (Cfr.art. 40, Constitución de Singapur) son tópicos que se hace urgente su sanción constitucional

En la Justicia social y económica, el Derecho a la vivienda digna (Cfr. art. 47, Constitución de Portugal), el derecho a la educación superior (Cfr. art. 27, Constitución de Sudáfrica) y el de la progresividad tributaria (art. 145, Constitución de Brasil) aparecen como muy necesarios.

Por último, decimos que sería importante que la propia constitución incorpore dispositivos para la reforma constitucional, tales como Mecanismos de reforma constitucional participativa (art. 194, Constitución de Colombia); Requisitos de aprobación por mayoría calificada (art. 79, Constitución de Alemania).

Claramente, la incorporación de estos institutos jurídicos debe ser precedida por un proceso de debate y consulta pública, asegurando que los cambios constitucionales reflejen la voluntad y los valores de la sociedad argentina. El texto constitucional es un documento vivo que debe adaptarse a las necesidades y desafíos de la sociedad en la que rige, en constante evolución.

Cuestiones interesantes del caso europeo.

Las nuevas normativas europeas representan un cambio significativo en la regulación de internet, estableciendo un marco legal que busca garantizar la seguridad, la privacidad y los derechos de los usuarios. Desde la regulación de la inteligencia artificial hasta la protección de datos

personales, estas leyes tienen como objetivo crear un entorno digital más seguro y justo.

La UE es pionera en establecer normas claras para el uso de la inteligencia artificial (IA), marco regulador, aprobado mayoritariamente por el Parlamento Europeo, con el objetivo de garantizar que los algoritmos inteligentes sean seguros y respeten los derechos de los ciudadanos.

No obstante, mientras los europeos obstruyen la vigilancia biométrica en tiempo real, el uso de tecnologías de IA en el acceso a la educación y al empleo, la gestión migratoria y la administración de justicia, nosotros parecemos ansiosos por entregarnos atados de pies y manos, a los designios de los magnates de las plataformas.

Estos cuerpos normativos, aunque ambiciosos, son necesarios para abordar los desafíos de un mundo digital en constante evolución.⁸

La implementación y supervisión efectiva de estas normativas serán cruciales para su éxito. La Unión Europea, una vez más, está liderando el camino hacia un internet más regulado y responsable, poniendo el bienestar de los usuarios en el centro de la escena digital.

Los pobres no llegan a la universidad

La frase del Presidente Milei, disputa por el financiamiento universitario mediante, intenta justificar el ajuste de la educación superior, cuestión que hoy está en debate en nuestro país. Miles y miles de personas aun habiéndolo votado (casi el 60% de sus votantes en el balotaje rechazan esa idea!) ven degradarse un derecho fundamental que ha sido condición

⁸ La Unión Europea ha endurecido las normas para las grandes plataformas de contenido para adultos, como Pornhub, XVideos y Stripchat. La DSA obliga a que dichas páginas web, verifiquen la edad de los usuarios y obtengan consentimiento expreso de los actores antes de publicar contenido, eliminando todo contenido ilegal, tal como la pornografía infantil.

sine qua non para garantizar la **movilidad ascendente en la argentina**. En el derecho comparado, vemos como otras naciones han hecho eso, tal como la Constitución de Sudáfrica.⁹

Dicho texto constitucional, establece la *igualdad de acceso a la educación superior*, sin discriminación por raza, género, religión, origen étnico o social, o discapacidad; La *protección contra la exclusión arbitraria de la educación superior* y el *derecho a la libertad académica* y la autonomía institucional, de donde se han derivado leyes para la Educación Superior¹⁰ la Financiación de la Educación Superior (Higher Education Funding Act, 1997): y sobre una Política Nacional de Educación Superior (1997), lo cual completan un marco sólido para el derecho a la educación superior, preocupado por dicha temática, y atento al abordaje de los desafíos que enfrenta y a la vez garantizar la igualdad de acceso y oportunidades para todos.

En el camino de garantizar derechos en lo sucesivo:

La automatización y el avance acelerado de las tecnologías emergentes resultan ineludibles, afectando no solo los trabajos manuales, sino también aquellos del sector servicios y del conocimiento, reduciendo la necesidad de capital humano. Ante estos desafíos, es imprescindible reconfigurar las estructuras sociales. Dado el actual contexto de erosión de derechos, resulta crucial dotar a estas garantías de un rango constitucional

⁹ Se encuentra en dicho texto constitucional en su Sección 29, , donde se establece: "...29. (1) Todos tienen derecho a la educación; (2) El derecho a la educación incluye: (a) la educación básica, que es obligatoria y gratuita para todos los niños; (b) la educación superior, que debe ser accesible y disponible para todos por medio de: (i) la provisión de educación superior pública; (ii) la financiación adecuada de la educación superior; (iii) el acceso equitativo a la educación superior."

¹⁰ En Sudáfrica existen las mencionadas normativas en Educación Superior (Higher Education Act, 1997); Financiación de la Educación Superior (Higher Education Funding Act, 1997); y sobre una Política Nacional de Educación Superior (1997),

que las proteja de eventuales ataques, asegurando su permanencia y protección frente a posibles amenazas futuras.

La tecnología ha estado aliada casi siempre con el poder a lo largo de la historia, del lado de los poseedores de la tierra, de los medios de producción o del capital financiero. En la antigua sociedad esclavista, en el feudalismo, capitalismo o socialismo; la tecnología ha servido en cada etapa, a los intereses de quienes posean el poder económico, social y cultural, funcionando como una extensión de la política de sometimiento de los poderosos.

Cada constitución, establece reglas que trascienden generaciones, las cuales son respetadas por sucesivas versiones de una misma sociedad. Tales normas pueden facilitar u obstaculizar cambios, ya que cada generación define su marco de convivencia comunitaria.

Para reformar la Constitución, carta máxima de la tolerancia, no es necesaria la unanimidad, sino justamente el consenso de que una mayoría y una minoría van a transitar juntas el proceso de reforma. No obstante, y pese a la reforma de 1994, la Constitución parece atrasar en varios aspectos.

Pensar todos y un nuevo principio de supremacía ciudadana, alentando y participando la idea de reformabilidad, pero no para perder derechos, sino para incorporar nuevos. Porque en un momento no lejano en el tiempo, tendremos que abrir el diálogo, porque somos nosotros mismos, los ciudadanos que integramos el pueblo. Todos hacemos la Constitución.

A la luz de los procesos históricos en la argentina, parece importante y necesario garantizar derechos, blindando la posibilidad de que gobiernos antidemocrático y neoliberales cercenen derechos.

Viene a cuento la sanción de la Constitución en marzo de 1949¹¹, impulsada por el entonces presidente Juan D. Perón, y que plasmaba un rol estatal más activo y además otorgaba rango constitucional a las conquistas sociales obtenidas por la clase obrera.

Tal como lo simboliza la frase que la Reforma agregó en 1949 en el Preámbulo *“...la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana...”*

¹¹ La Constitución Argentina de 1949, es parte de la corriente del constitucionalismo social que incorporó los derechos de los trabajadores. Merece no sólo ser recordada por haber incorporado los derechos económicos, sociales y culturales al ordenamiento jurídico argentino, sino como parte esencial de las transformaciones de su época, que marcaron con características indelebles la vida de nuestro país

La reforma constitución en acción



*Carlos Juan Acosta*¹

Luego de treinta años de reformada la Constitución Nacional es oportuno consultarnos si dio el resultado esperado por la ciudadanía y sus redactores, porque el anhelo es que una constitución intervenga de modo determinante en el desarrollo de la sociedad y de la nación, donde la comunidad integre hospitalariamente los cambios y rumbos institucionales.

La historia enseña que la Constitución de 1853 tuvo una misión fundacional, la de unificarnos bajo un sistema democrático, republicano, políticamente liberal y federal. Sin alterar esa sustancia, se modificó en 1860 con el ingreso de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación.

La reforma de 1949 también implicó una reforma sustancial, con destino a intervenir decididamente en las instituciones y en la estructura económica, social y cultural. Sin embargo, genéticamente arrastró una notable falta de consenso entre las fuerzas políticas que la deslegitimó, y a la postre sirvió para que los violentos, al margen del estado de derecho, la derogaran irremediabilmente.

En cambio, la reforma de 1957, de cuestionada legitimidad de origen por ser instada por un poder ilegítimo, convocada por el “ejercicio de los poderes revolucionarios” de entonces, a la postre sí tuvo una vigencia indiscutible: el artículo 14 bis ha sido aceptado, respetado y aplicado hasta la actualidad, y fue refrendado tácitamente en 1994.

¹ Carlos Juan Acosta, Titular de la Catedra de Derecho Constitución UM, Director General de la Dirección Legal y Contencioso Penal de esta Procuración Penitenciaria de la Nación, autor de diversos artículos de doctrina.

La década de los años setenta convirtió a la Argentina en un campo de batalla, que terminó de la peor manera con la instalación de un gobierno dictatorial, al que luego en democracia se lo condenaría por sus crímenes de lesa humanidad. Salir de la dictadura llevó años, mucho dolor, y sin dudas motivó un debate profundo sobre la necesidad de reformar las instituciones de la nación.

La constitución histórica se definió, como mencioné, republicana y democrática, pero las recurrentes crisis políticas y golpes de estado revelaban que sus instituciones no tenían la capacidad de prevenirlas y neutralizarlas.

Así, una de las principales causas que hizo necesaria la reforma que propuso la democracia recuperada radicó en la necesidad de fortalecer y perfeccionar el funcionamiento del sistema democrático, dotando de mayor eficiencia a los poderes del Estado para lograr un mejor equilibrio y control recíproco entre esos poderes, al tiempo que se convocaba a la ciudadanía a una participación más activa en las actividades públicas. El Consejo para la Consolidación de la Democracia —creado en 1983 por el presidente Alfonsín— abrió un importante debate, que se extendió por varios años, acerca del papel que debía cumplir la reforma de las instituciones políticas para la obtención de aquellos objetivos. El Consejo señaló deficiencias funcionales en nuestra Constitución de 1853/60 que habían dificultado la resolución de las crisis recurrentes que debió afrontar el país y habían contribuido a que nuestra ley fundamental fuese crónicamente transgredida.

El advenimiento de la democracia canalizó satisfactoriamente las expectativas cívicas y encaminó muchas de las cuestiones centrales de nuestros conflictos, más la situación económica hizo pie en los ánimos, y, por sus motivos, profundizó la necesidad de la reforma.

El trabajo del aquel Consejo para la Consolidación de la Democracia fue un insumo crucial para identificar el rumbo de la reforma pretendida. Lo integraron los intelectuales, actores sociales y religiosos más prestigiosos del país, conducidos por el profesor Carlos S. Nino. Su trabajo se interrumpió en 1989, aunque su legado, estimo, fue esencial para identificar las instituciones que debían modificarse para asegurar un orden republicano y democrático justo.

Durante el gobierno del presidente Menem las principales fuerzas políticas establecieron los parámetros y alcances de los temas que debían tratar, instrumentado en el denominado núcleo de coincidencias básicas. Este acuerdo permitió que se sancione la ley habilitante de la reforma – 24.309, 29/12/93- que indicó expresamente los temas a tratar por la Convención, descartando avanzar sobre aquellos que se consideraron valiosos tal y como estaban y debían preservarse; en cualquier caso, no había consenso en su modificación. La ley señaló puntualmente los artículos y el sentido general de las instituciones a reformar. Entre otros mencionamos la atenuación del sistema presidencialista; libertad de cultos; sistema electoral y elección directa de presidente y senadores, en este caso con representación de la minoría; método para la selección de jueces y su remoción; independencia del Ministerio Público; órganos de control de la Administración Pública; fortalecimiento del régimen federal, coparticipación; preservación del medio ambiente; derechos del usuario y consumidor; de los pueblos originarios; cláusulas de defensa de la democracia, etc.

Pues bien, conforme el enfoque trialista de lo jurídico (W. Goldschmidt, 1960/67), se puede analizar –con las limitaciones y precariedades de este intérprete- el comportamiento de la reforma de acuerdo con sus dimensiones sociológicas (conductas), nomológicas y dikelógicas (el valor justicia), confirmando que la reforma fue concebida sin

cuestionamientos sobre su legitimidad y valor normativo-positivo. Los principios que compondrían el valor justicia que la inspiraron interpretaron adecuadamente las expectativas y sentimientos de la comunidad, con percepción de la realidad social. Y la sociedad como tal, con sus instituciones en funcionamiento, se adaptó armónicamente y la legitimó.

Sin embargo, la norma, los valores y la aceptación social no fueron suficiente para determinar su destino virtuoso: quienes debieron ejecutarla y darle carnadura muchas veces intuyeron que limitaba su poder y buscaron los modos de evadirla. Así, pese a todo el esfuerzo constituyente, el ejecutivo fue concentrando de forma cada vez más impúdica el poder: el jefe de gabinete operó como un mero empleado de aquel, acudiendo a informar al congreso cuando y como quiere; reglamentó los DNU de forma tal que los convirtió en complacientes instrumentos legislativos; maneja de modo arbitrario las partidas económicas que son esenciales para asegurar las autonomías provinciales, porque jamás se actualizó la ley de 1988 que se fue modificando en los hechos con nuevos impuestos, fondos especiales y transferencias discrecionales, siempre en perjuicio de las provincias; manipula el poder judicial, por ejemplo desvirtuando la ley que estructuró en Consejo de la Magistratura; abandona su rol de armonizador de la sociedad –como primer magistrado– y pugna por profundizar las diferencias hasta hacerlas irreconciliables; reparte poder sobre la gente en sectores que le son afines políticamente; incide en el sistema electoral de acuerdo a la conveniencia coyuntural de su facción política; toma a la educación como un instrumento político más, sea manipulando los contenidos o tratando de disciplinar a los docentes; y así cada uno agregará su crítica. Todo, indefectiblemente, fundado en el “bien del país”.

El valor justicia, lo justo, necesita esencialmente de su correcta atribución, reparto, en cada caso y en cada acto. ¿Qué es justo, entonces?

¿aquello que cada uno crea; lo que crea el conjunto; o lo que haga quien reparte? Según el legalismo, el valor justifica, la norma y quien la aplica debe incidir positivamente sobre las conductas individuales. Esa idea del reparto hace a la esencia del fenómeno jurídico. El repartidor supremo, aquel que está en el vértice de la pirámide del poder ("los que mandan" dice Goldchmidt), articulan los criterios rectores del reparto cuando componen un plan de gobierno.

Así, una norma bien concebida, valiosa y aceptada socialmente como la reforma de 1994, puede malograrse con un deficiente reparto de derechos y obligaciones. No tengo dudas que muchos de los que han administrado y administran las instituciones del poder –parte orgánica de la CN, motivo central de la reforma-, apartándose del significado de la norma, la tuerquen hasta que, impensablemente, es puesta en duda la democracia misma como el mejor sistema político para los pueblos. Aunque inverosímil, el valor antropocéntrico está cediendo ante el egocentrismo. Las encuestas dan señales alarmantes de ese fenómeno y de una peligrosa deriva autoritaria. Los irresponsables encuentran consuelo en que ocurre también en otros países.

Relectura de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros



Juan Cruz García¹

Introducción

La última reforma de nuestra Constitución Nacional, en 1994, trajo muchos avances en diversas materias: los derechos de tercera generación (arts. 41 y 42), el reconocimiento constitucional de las acciones de amparo y habeas corpus (art. 43), la jerarquización al nivel constitucional de ciertos tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22), cambios electorales (art. 90), la creación del Consejo de la Magistratura (art. 114), y la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros (art. 100), entre varias reformas más. Este breve comentario está dedicado al último agregado nombrado, es decir, a la figura del Jefe de Gabinete, y a analizar si a 30 años de la reforma su incorporación generó aquel buscado.

El (encomiable) nacimiento de la figura

La incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros fue pensada durante el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín. Mediante el decreto 2446/1985 se creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, con el objetivo de que informe sobre una posible reforma constitucional, en aras de consolidar el régimen democrático y republicano². Así es que su incorporación estuvo prevista en el art. 2, inc. “a” del “Núcleo de Coincidencias Básicas” e

¹ Abogado (UM). Mg. en Derecho Penal (UTDT). Mg. en Razonamiento Probatorio (U. de Girona, España y U. de Génova, Italia). Docente de Derecho Constitucional (UM) y de Práctica Profesional Penal (UBA). Coordinador de Querrelas y Denuncias de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

² RICCIARDI, M. V. Y AHUMADA AGUIRRE, M., “El jefe de Gabinete de Ministros”, en GARGARELLA, R. Y GUIDI, S., (coords.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, Tomo I. Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 680.

incorporada en la ley de necesidad de reforma³, refiriéndose a la atenuación del sistema presidencialista⁴.

El Jefe de Gabinete tendría dos funciones específicas para lograr desconcentrar el poder del titular del Poder Ejecutivo. La primera, absorber algunas facultades que le correspondían al Presidente. La segunda, responder políticamente ante el Congreso de la Nación y ser un canal de diálogo directo con éste. Es decir, tendría características propias de un Primer Ministro en un sistema parlamentario⁵.

En la idea de su creación, tendría tanto peso y tal responsabilidad en los asuntos de gobierno, que su función es pasible de ser destituida mediante el juicio político ante el Poder Legislativo (arts. 53, 59 y 60 de la Constitución Nacional). A su vez, en el art. 100 de nuestra Constitución se enumeran las facultades que le competen, encontrándose entre ellas ejercer la administración general del país (inc. 1°); efectuar los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente (inc. 3°); enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo (inc. 6°); y Concurrir a las sesiones del

³ La reforma de 1994, al igual que como cuando fue creada nuestra constitución en 1853/1860, que fue un pacto entre las elites liberales y conservadores, fue el pacto de las dos fuerzas políticas más importantes de ese momento, el partido de la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista, conocido como el "Pacto de Olivos". Para un comentario sobre como influyo en el la creación de la Constitución Nacional, ver a GARGARELLA, R., en ¿Qué es la constitución? (<https://www.youtube.com/watch?v=-x3CzQbQgYU>).

⁴ "...a nosotros nos mueven otros objetivos además de la democratización, como la atenuación del presidencialismo. Sabemos que partimos de un concepto de hiperpresidencialismo. En 1853 siguiendo a Alberdi se diseñó esta Constitución dándole facultades extremas al Poder Ejecutivo porque había dos objetivos: la pacificación de la Nación y la construcción del Estado nacional. Pero sabemos que el presidente de la Nación ya no puede ser jefe de Estado, jefe de gobierno, jefe de la administración pública, jefe de las relaciones exteriores, jefe de las fuerzas armadas, jefe inmediato de la Capital Federal; y por eso queremos crear la figura de jefe de gabinete, para que no tenga la carga burocrática de la administración pública..." (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Sesión 1ª, Reunión 9ª, 8 y 9 de junio de 1994, palabras del constituyente, Juan Carlos Maqueda, ps. 943 y ss.).

⁵ GELLI, M. A., Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Tomo II, 4° ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 426. La autora refiere al control que hace el Congreso sobre el Poder Ejecutivo, a través del Jefe de Gabinete de Ministros del art. 101 CN.

Congreso y participar en sus debates, pero no votar (inc. 9°), entre otras. Además, debe asistir al Congreso al menos una vez por mes, alternándose entre la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores (art. 101).

Su (problemático) funcionamiento

Como mencioné previamente, su inclusión adoptó características propias de un sistema parlamentario. Sin embargo, las diferencias que con la figura de un Primer Ministro guarda, son aquellas que vuelven inútil –al menos hasta ahora– su incorporación como funcionario encargado de atenuar al Presidente⁶.

En primer lugar, su nombramiento. El art. 99, inc. 7° de la Constitución Nacional, en la parte pertinente, dispone entre las atribuciones que tiene el Poder Ejecutivo, que “... *por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho*...”. La forma de designación y remoción vuelve endeble a su figura, volviendo estéril cualquier debate que se haga en torno a la posición que ocupa respecto al Presidente⁷. Resulta claro, viendo la cantidad de Jefes de Gabinete que hubo en relación a la cantidad de presidentes⁸. En los sistemas parlamentaristas, la designación del Primer Ministro demuestra un esfuerzo comunicacional entre las fuerzas que componen el parlamento, ya que son aquellas quienes deben

⁶ En un principio, recién hecha la reforma, esto no era así. Como bien sostiene DALLA VIA, hubo Jefes de Gabinete “fuertes”, como Eduardo Bauzá durante el segundo gobierno de Carlos Menem y Christian Colombo, durante el gobierno de Fernando De la Rúa. Ver DALLA VIA, R. A., Instituciones de derecho político y constitucional: Teoría del Estado y de la Constitución, Tomo 1-A, 1a ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, cap. XXII.

⁷ Esta discusión se da por las facultades en común que poseen (por ejemplo, reglamentarias). CARLOS BALBÍN, por su parte, sostiene que desde la incorporación del jefe de gabinete, el Poder Ejecutivo es bicéfalo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria acepta la relación de carácter jerárquico, RICCIARDI, M. V. Y AHUMADA AGUIRRE, M., ob. cit. pp. 688-689.

⁸ Fueron 21 los Jefes de Gabinete, mientras que solamente gobernaron 11 los presidentes (teniendo en cuenta la semana de cinco presidentes del 2001). Resulta llamativo, por dar un ejemplo, el caso de los dos gobiernos consecutivos de Cristina Fernández de Kirchner y sus 6 jefes de gabinete. Los únicos dos presidentes que tuvieron al mismo jefe de gabinete durante todo su mandato fueron Néstor Carlos Kirchner (2003-2007) y Mauricio Macri (2015-2019).

ponerse de acuerdo para designarlo, y son ellas también quienes pueden removerlo o aceptar su renuncia.

En segundo lugar, en un sistema presidencialista, el titular del Poder Ejecutivo es a su vez jefe de estado y jefe de gobierno. El jefe de gabinete ejerce, como vimos, algunas atribuciones propias de un jefe de gobierno. Pero varias de las funciones que tiene son delegadas por el propio presidente, conforme lo dispuesto en el art. 100, incs. 2 y 4. De esta manera, la autonomía con la que cuenta es ficticia, ya que sumado al primer punto, podríamos tenerlos como un verdadero secretario *deluxe* del Presidente, que tiene atribuciones fuertes aparentes, pero con sometimiento jerárquico igual de fuerte que anula las primeras.

Un último punto que quiero destacar es acerca de la obligación del art. 101 de nuestra Constitución Nacional y las facultades que tiene el Congreso sobre él. Dice el artículo: “*El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras*”.

La primera parte del artículo se refiere a la obligación que tiene el jefe de gabinete de asistir, alternadamente, a cada una de las Cámaras para informar sobre cómo se está ejecutando el plan de gobierno⁹. Estos informes nunca fueron presentados de manera continua. Una de las razones que se le puede atribuir a esto es el cambio constante de Jefes de Gabinete durante los gobiernos posteriores a la reforma de 1994 (ver *infra* nota 8). Pero

⁹ Estas sesiones se encuentran reguladas en Capítulo XXII, arts. 199-202 del reglamento de la Cámara de Diputados, y en Título XIX del reglamento de la Cámara de Senadores.

analizando los números se puede apreciar que es demasiado pobre la cantidad de veces que se presentaron a brindar los informes frente al Poder Legislativo. Según un informe del CIPPEC¹⁰, desde su puesta en funcionamiento (8 de julio de 1995) y hasta el final del 2018, solamente informaron oralmente el 38% del total de sesiones informativas que debieron llevarse a cabo¹¹. En los años que siguieron, si bien no hay una estadística precisa, el presentismo siguió siendo muy bajo¹², faltando 54 veces.

La segunda parte se aplicó aún menos. Desde su incorporación “... *el doble control que emana del art. 101 no ha lucido ni muy intenso, ni muy eficaz y no ha conjurado ninguna crisis política. Estas se han resuelto hacia adentro del gobierno y no ha sido el Congreso quien ha inducido las renunciaciones de los jefes de Gabinete*”¹³. Todo Jefe de Gabinete que dejó su cargo, lo hizo a pedido del Presidente como responsable inmediato jerárquico, en el marco de una decisión política. El Poder Legislativo nunca tuvo que obtener el voto de la mayoría de la asamblea parlamentaria para destituirlo, ni mucho menos llevar adelante un juicio político. Es claro que ante un escenario donde se prevé que el Congreso busque remover del cargo a una figura tan cercana al Presidente, sea éste último quien decida su futuro y no afronte una derrota política de esa magnitud.

Conclusiones

La idea de incorporar una figura que busque equilibrar los poderes del Estado, tan desbalanceados hacia el Poder Ejecutivo, es noble. La reforma de la Constitución y su antecedente más inmediato, es decir, los informes creados por el Consejo para la Consolidación de la Democracia de

¹⁰ <https://www.cippec.org/publicacion/el-jefe-de-gabinete-de-ministros-en-el-congreso/>. El informe muestra que en ninguno de los años se cumplió con la totalidad de las sesiones informativas previstas.

¹¹ Durante el 2015 no se llevó a cabo ninguna sesión informativa (el Jefe de Gabinete era Anibal Fernández).

¹² https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/informes. En 2019 se presentó 8 veces (solo faltó en noviembre); en 2020 se informó oralmente 4 veces; en 2021 solo 3 veces; en 2022 y 2023 fueron 4 veces cada año; durante el 2024, se presentaron solamente 2 veces, una vez cada Jefe de Gabinete.

¹³ GELLI, M. A., ob cit., p. 426.

Raúl Alfonsín son una muestra de eso. Sin embargo, la forma de llevar esto a la práctica no fue fructífera. El Jefe de Gabinete de Ministros funciona, en la actualidad, como un simple coordinador de los demás ministerios, y siempre según las órdenes del Presidente. Como mostré, ni siquiera la función más honrada que tiene, es decir, ser un canal de dialogo entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, fue llevada adelante. Y encima, la falta de cumplimiento de ese deber no implicó ninguna consecuencia adversa, por lo que los incentivos para cumplirla son inexistentes. De esta manera, lo que nació como un nuevo control *inter* poderes, no es más que solo un buen gesto.

El lecho de procusto en nuestra constitución



Héctor Raffo¹

Ha surgido una neolengua, hecha de neologismos, de "conceptos y acrónimos, que rápidamente ha actuado como propaganda masiva, debido a que responde exclusivamente a pretensiones económicas y a la visión de un mundo que, en el futuro, deberá quedar libre de todo defecto. (Eric Sadin en "Hacer disidencia, una política de nosotros mismos (política de la lengua) p. 29, Herder 2023)

Introducción

Procusto era un personaje de la mitología griega que ofrecía posada a los viajeros, a quienes obligaba a acostarse en una cama de hierro, donde, si eran más largos que la cama, les cortaba la parte sobrante de las piernas, y si eran más pequeños los estiraba, descoyuntándolos, hasta que calzaran con el espeluznante catre. Esta leyenda, con sus varias versiones en las que cambian algunos detalles, es una formidable expresión de la mentalidad idiota, palabra que viene del griego *idios*, que significa lo propio, es decir, idiota es todo aquel que ve solo lo propio y nada más.

El idiota desecha todo lo que no encaja con su miope visión. No es solo una visión pobre, sino ridícula porque pretende ser la medida de todas las cosas. (vid on line Arturo Bravo Retamal, académico, Facultad de Estudios Teológicos y Filosofía UCSC)

En nuestra revista FILOCAM hemos abordado cuestiones relativas al ritmo de vida cada vez más acelerado, generado esencialmente por el

¹ Héctor Raffo, fue Juez de Menores. Director Honorario del Instituto del Niño del Colegio de Abogados de Morón. Ex presidente de la Asociación Argentina de Magistrados y funcionarios de la Justicia de Menores. - Ex director de la Tecnicatura en Minoridad y Familia de la UNLZ. Ex evaluador académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires..

vertiginoso avance científico tecnológico en las distintas áreas del saber y cómo el mismo ha incidido en las distintas áreas del quehacer humano y en la propia psiquis de las personas.

Este panorama, a mi criterio tiende a empobrecer la propia dignidad humana.

Slavoj Zizek filósofo eslovaco en su obra *Hipocresía* (Ediciones Godot 2023), nos brinda su forma de abordar la cuestión a través de distintas publicaciones en las que se interroga acerca de los cimientos mismos de las civilizaciones occidentales materializados en la forma de gobernanza.

Así, observa que al ser la democracia el sustento del sistema político que organiza a las sociedades, el modo del funcionamiento de este sistema genera enormes contradicciones y desigualdades entre lo establecido a través de las normas y la realidad del ciudadano.

En tal sentido, este estado de cosas ya lo analizaba en 1938 Ernst Fraenkel en su obra “El Estado dual, contribución a la teoría de la dictadura” (Ed. Trotta, 1922), quien describía el funcionamiento de un Estado donde existe un sistema de normas y otro de medidas que en interacción y tensión constantes configuran un panorama preocupante, cuando las medidas adoptadas por el Estado prevalecen sobre las normas, tal como sucedió en Alemania a partir de 1933 con el acceso del nacional socialismo al poder.

La suma del poder público en cabeza de Adolfo Hitler luego del incendio del parlamento alemán, emana de la proclamación del estado de excepción civil en la ordenanza del 28 de febrero de 1933 fundado en el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919, argumentando que era necesario aplicar esa norma para restablecer el orden público, régimen que se proyecta en la ley de plenos poderes el 24 de marzo.

Aclaro que la citada Constitución de Weimar siguió vigente durante todo el régimen nacionalsocialista.

Esta mirada la retoma Agamben en su obra Estado de Excepción cuando señala que el ejercicio del poder se sostiene con normas que tienen un carácter amplio e impreciso (interés público, intereses superiores de la Nación, etc. Una verdadera vía de escape en manos del Poder Ejecutivo.

Volviendo a Zizek, al analizar éste acerca de los distintos sistemas que han procurado superar las contradicciones existentes en este mundo globalizado, aquéllas no han logrado superar en medio de agotadoras discusiones, el diseño de diferentes formas de gobierno en procura del bienestar y la paz social.

Siguiendo a Frankel y Agamben nos preguntamos: cómo resuelve el sistema político basado en el formato democrático, este estado de tensión permanente mediante un sistema de medidas que superan larga y arbitrariamente a las normativas vigentes.

Zizek recuerda a Badiou quien sostuvo que “hoy el enemigo definitivo no es el capitalismo, ni el imperio ni la explotación ni nada similar, sino la democracia misma. Es la ilusión democrática, la aceptación de los mecanismos democráticos como único marco para todo cambio posible, lo que impide cualquier transformación radical de las relaciones capitalistas” (p.23)

En una nota publicada en la revista Time en el año 2.000 sostiene que “vivimos en una era en las que, más que nunca las personas se ven obligadas a hacer preguntas filosóficas: ¿cuál es mi identidad? ¿qué es la realidad? ¿cómo puedo vivirla? ¿dónde puedo vivirla? ¿dónde termina la naturaleza y comienza la crianza? ¿es la libertad una ilusión? Hoy todo el mundo puede imaginar el fin del mundo, pero nadie puede imaginar un orden social distinto. Es casi como si tuviéramos prohibido imaginar un orden social distinto” (p. 43).

Hoy, aunque vivimos en una era de elecciones supuestamente libres, estas suelen ser decisiones vanas (compro una gaseosa u otra). Empero

cuando se trata de elecciones sociales fundamentales, no existe ninguna opción.

Con el correr de los tiempos el pensar en la democracia pareciera que ante tantas frustraciones deberíamos elegir el camino de la autorrealización (sé tú mismo).

En tal sentido Zizek dice que ese es otro enemigo. Descarta esta idea al considerar que “la hipocresía es la base de la civilización. Los rituales y las apariencias sí importan. Si las abandonamos. Si abandonamos las apariencias y enfrentamos la realidad, esta suele ser bastante horrible” (p. 45).

A este fenómeno el autor llama fetichización de la democracia.

Fetichismo según la RAE es todo lo que sea ídolo u objeto de culto al que se le atribuyen poderes sobrenaturales.

Como contrapartida, esos interrogantes y frustraciones conllevarían a la entronización de la violencia como solución superadora, opción que el autor descarta pues a la desfetichización de la democracia debemos agregar que corresponde desfetichizar su contraparte negativa: la violencia.

Ello, en función del fracaso de regímenes que hicieron suya la violencia como solución, cayendo a su vez en la sistematización de mecanismos violentos para subsistir (nazismo, fascismo, comunismo).

Creemos que estos modos argumentativos de abordar cómo salimos de esta encrucijada, a simple vista no nos brindan opciones realmente superadoras.

Según lo antedicho proponemos indagar y profundizar las contradicciones y posibles remedios al estado de cosas existentes producto de la globalización imperante a la luz del neoliberalismo que tiene al mercado como soporte argumentativo, que gravitan en las formas y modos de

producción de conocimientos, consumo de bienes y servicios, relaciones internacionales, funcionamiento de instituciones, regímenes jurídicos, entre otros ámbitos.

Nuestra Constitución Nacional en su reforma de 1994 establece en el artículo 42 del Capítulo Segundo sobre Nuevos Derechos y Garantías: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos: a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, a los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en sus organismos de control”.

Se entronizó así “democráticamente” al mercado como nuevo sujeto, con un tinte fantasmático; algo así como una nueva categoría de sujeto constitucional, esta vez evanescente.

En la norma se instituye el sujeto-consumidor al que se le reconocen algunos derechos, frecuentemente soslayados por los poderes de turno e inciertos según sus resultados a 40 años de sancionada la reforma, situación que colisiona con las normas del llamado bloque constitucional del art. 75 inc. 22 CN pues ésta norma consagra con absoluta nitidez, en el marco de la doctrina de los Derechos Humanos, todos los derechos que vuelve a mencionar el mentado artículo 42.

Nos interrogamos: la institución del término mercado y los derechos del sujeto-consumidor ¿deben permanecer en un texto constitucional conforme su raigambre globalizada?

En estos 40 años hemos visto con absoluta nitidez que los derechos mencionados, al sacralizar un sistema de producción y un nuevo tipo de sujeto de derecho, no han hecho nada más que entorpecer el funcionamiento de la matriz democrática.

Algo así como un remedo postmoderno del mito del lecho de Procusto concebido como forma proverbial o norma arbitraria, cómo se fuerza una conformidad exacta o se puede interpretar como una falacia pseudocientífica, en la que se tratan de deformar los datos de la realidad para que se adapten a la hipótesis previa.

Esta anomalía de la democracia ha hecho que la misma sea puesta en entredicho diaria y constantemente en nuestro devenir, a la luz de la vertiginosidad con que nos movemos diariamente y la permanente confrontación con ciertos poderes aparentemente ocultos dado que ni siquiera nos dan los tiempos para identificar.

Nos interpelamos: ¿qué pasó en los últimos años respecto al sistema político, las crecientes tensiones entre el mundo del capital y del trabajo que desembocan en estériles conflictos muchas veces sangrientos, sin que se pueda hallar nuevos caminos a la crisis que estamos atravesando?

Es el consumidor un ciudadano singular convalidante de la creciente mercantilización en todos los aspectos. Nos interrogamos: ¿de qué sirve este artículo 42, introducido por fuerza de la inequidad como un “nuevo derecho”?

La respuesta es negativa dado que los monopolios han crecido exponencialmente, las asociaciones de consumidores son figuras decorativas que poco han podido hacer para mitigar al menos los efectos de una

economía salida de madre. Los amparos proliferan por doquier para mitigar los estragos generados por el verdadero sujeto dominante: el mercado.

Por su parte el creciente avance de las medidas excepcionales de los gobiernos de turno dictadas a contrapelo de las normas constitucionales, nos llevan a suponer que cuantas más medidas de este tipo se dicten, menos derechos poseen los ciudadanos y menos calidad democrática

Dentro del panorama descrito, nos acercamos al pensamiento de Nick Srnicek, Profesor de Economía Digital nacido en Canadá autor entre otras de la obra Capitalismo de plataformas (Caja negra, 2018) en la que plantea que a partir de 1990 aparecen nuevos modos de comercialización basados en la aparición del verdadero motor de la economía: los datos provistos por los usuarios, obtenidos a la luz de los nuevos modos de comunicación digital, en redes de distinto nivel.

Las plataformas digitales son las nuevas herramientas del capitalismo que nos guían, nos incentivan en el consumo, les proveemos toda la información sobre nuestros gustos, nuestras inclinaciones en los distintos planos de nuestras necesidades, sea en lo cultural, científico o recreativo.

Menciona 4 categorías de plataformas: a) publicitarias) b) de la nube, c) industriales y d) austeras.

Elas marcan los distintos niveles de conectividad según los gustos y necesidades del sujeto

Los algoritmos formados con nuestros datos han movido el eje de nuestra subjetividad, de la mano de discursos atractivos e hipócritas.

Las medidas de excepción ya analizadas remotamente por Fraenkel en 1933 y retomadas posteriormente por Agamben y Zizek, se ven reforzadas por normas, como nuestro art.42 que a mi parecer debería ser eliminado de nuestra Carta Magna ante el riesgo de degradación de nuestro sistema democrático.-

La ley 24.240 es suficiente para paliar los estragos producidos por estos nuevos modelos de industrialización comercialización y consumo.

Con la libertad solo no alcanza, faltan la igualdad y la fraternidad entre todos los ciudadanos y para ello corresponde poner en discusión el abuso de las medidas de excepción tales como los DNU amparados en el art 99 inc. 3°. de nuestra Carta Máxima y dictados en su mayor medida con una dudosa validez constitucional.

A treinta años de la Reforma de la Constitución Nacional, ¿de quién nos defiende el Defensor del Pueblo de la Nación?



Jorge Oscar Rossi¹

Introducción a puro pesimismo

A menudo, uno tiene la sensación de que muchas de las reformas incorporadas a la Constitución nacional en 1994 se hicieron para no ser implementadas.

Casi, como que la única finalidad de la Reforma fue habilitar la reelección presidencial y que todo lo demás se trató de un conjunto de adornos.

Por supuesto, los espíritus bien pensantes pueden aducir que esta es una visión excesivamente pesimista o cínica de la cuestión y también es cierto que el autor de estas líneas tiene fama de ambas cosas.

La figura del Defensor del Pueblo de la Nación alimentó tal vez excesivas esperanzas en quien esto suscribe.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones" y "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" en la Universidad Abierta Interamericana.

A continuación, trataremos de confrontar algunos de los motivos que sustentaron dichas esperanzas con la realidad que nos muestra la situación actual.

Desarrollo justificativo del pesimismo: "En nuestro país, donde hay funcionarios denunciados judicialmente que siguen en su cargo, la mera condena moral no basta"

La frase del título fue dicha por Jorge Luis Maiorano, a quien tuvimos oportunidad de entrevistar a principios de siglo².

Maiorano fue el primer Defensor del Pueblo de la Nación, entre el 17 de octubre de 1994 y el 17 de octubre de 1999.

Cómo sabemos, la reforma del 94 incluyó esta figura, la mencionó en el art. 43, cuando le otorgó legitimación para interponer la acción de amparo *"contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general"*, y la caracterizó en el art. 86, en los siguientes términos:

"El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades

² El reportaje se encuentra en <https://www.diariojudicial.com/news-38357-jorge-luis-maiorano-en-nuestro-pais-donde-hay-funcionarios-denunciados-judicialmente-que-siguen-en-su-cargo-la-mera-condena-moral-no-basta>

y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.”

Veamos:

- Órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.
- Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas pública.

Como se ve, en una primera lectura, la función del Ombudsman nacional parece acotarse a la protección de los derechos de los habitantes de nuestro Estado contra hechos, actos u omisiones de la Administración y al control de esa Administración. El texto constitucional no lo dice expresamente, pero algunos especialistas entienden que cuando la norma menciona a la "Administración", se refiere a la Administración Pública Nacional, con exclusión de la provincial y municipal, esto en resguardo de nuestro régimen federal de organización política.

Sin embargo, por otro lado, nos encontramos con las disposiciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, ya mencionado.

El mismo dispone, en su parte pertinente, que:

"Art. 43 - Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un

tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización..." (la negrita es nuestra).

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aclaró que la legitimación del Defensor del Pueblo no se reducía a los amparos, sino que incluía los procesos de conocimiento³.

Por otro lado, en 2018, se incorporó el art. 13 bis a la ley 24284, que regula los deberes y facultades del Defensor del Pueblo de la Nación. El citado artículo establece que *"A propuesta del Defensor del Pueblo⁴, la Comisión Bicameral prevista en el artículo 2° inciso a) de la presente ley, designará a uno de los adjuntos como Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores. El Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores tendrá por misión exclusiva la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos y bienestar. El*

³ Lo hizo el 24 de mayo de 2005, en "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. CP.E.N.C M° .E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento." En 2019, María Eugenia Gago y Tristán Gómez Zavaglia efectuaron un muy interesante resumen de la jurisprudencia de la Corte en materia de legitimación del Defensor del Pueblo. Puede verse en el artículo "El Defensor del Pueblo de la Nación: entre el olvido, la intención y la desidia", disponible en <http://www.saij.gob.ar/maria-eugenia-gago-defensor-pueblo-nacion-entre-olvido-intencion-desidia-dacf200022/123456789-0abc-defg2200-02fcanirtcod?&o=877&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=1090090>

⁴ La ironía del caso es que, como se verá, para la fecha de incorporación del art. 13bis, el cargo de Defensor del Pueblo se encontraba vacante hacía casi una década.

Defensor Adjunto deberá acreditar suficiente conocimiento y experiencia en la defensa de los intereses de consumidores y de la competencia."

Ahora, a treinta años de la Reforma Constitucional y, por razones que explicitaremos más adelante, es útil recordar para las jóvenes generaciones, que "hacia" el Defensor del Pueblo de la Nación.

Por eso, reproducimos algunas partes de las entrevistas que hicimos hace más de veinte años:

Contaba Jorge Luis Maiorano:

"Es indudable que en el interior hay más bolsones de indefensión que en la Capital. Además, en la Capital ya estaba el Defensor de la Ciudad. Había más necesidad de protección en el interior, en materia de cuestiones ambientales, derechos de los aborígenes y defensa de los derechos del consumidor frente a la inacción de los entes reguladores de servicios públicos. "

"Imagínese que un particular tiene un problema con una repartición del Estado. Generalmente, es tratado como un número de expediente. La gente es considerada como ciudadano a la hora de votar. Esa persona no tiene el poder de coaccionar jurídicamente a la repartición o servicio público para que le conteste su reclamo. Si, en cambio, acude al Defensor del Pueblo, esta institución pide y actúa por esa persona. Ahora es el Defensor el que pide un informe, bajo apercibimiento del delito de desobediencia. La repartición debe responderle al Defensor y, a través de él, a la persona afectada. Muchísimas veces, con la sola respuesta, la persona se da por satisfecha. Si la respuesta es insatisfactoria, queda el recurso de la acción judicial. "

"Por una publicación del interior, tomamos conocimiento de las violaciones a los derechos humanos en la Alcaidía de General Roca, una cárcel provincial de Río Negro. Envíe una comisión nuestra para confirmar la

afirmación periodística y esta Comisión vino con un cuadro tremendo de lo que pasaba allí. El problema es que era una cárcel provincial. Pero yo no estoy para defender al pueblo de la Capital solamente. Si era el Defensor del Pueblo de la Nación, era el de todo el Pueblo de la Nación. Ahora bien, ¿cómo intervenir? ¿Por la vía de la recomendación o de una advertencia, cuando se acercaba el invierno y no había frazadas y las ventanas de la cárcel estaban rotas? Opté por la acción judicial, con la íntima convicción de que me iban a negar la legitimación procesal. Contra todos los cálculos, la Sala Tercera de la Cámara del Crimen de General Roca aceptó la presentación y condenó al Gobierno de la Provincia de Río Negro a solucionar estos problemas en plazos que van de los 30 días para las cuestiones más inmediatas y un año para los temas de infraestructura. El fallo quedó firme y al año el ministro de Justicia y Gobierno de Río Negro me invitó a visitar la cárcel y allí comprobamos que el tema había sido solucionado."

Por las mismas fechas entrevistamos a Eduardo René Mondino⁵, segundo Defensor del Pueblo de la Nación, quien asumió ese cargo a fines de 1999, sucediendo al Dr. Maiorano.

"En mi gestión no hemos iniciado acciones judiciales, sino elevación de denuncias al Procurador de la Nación. Mi criterio es que la figura del Defensor del Pueblo tiene dos instancias: una que tiene que ver con la mediación que, a mi entender, es previa a la instancia judicial que es la última instancia. Primero, el Defensor tiene que intentar sugerir una modificación al acto administrativo o una solución al problema que se plantea. Recién después, si esto fracasa, ir a la vía judicial. Si uno plantea a esta institución del Defensor del Pueblo como algo que sirve exclusivamente para iniciar acciones judiciales, creo que la institución pierde su función de mediación social y política entre la Administración Pública y la gente. Terminamos convirtiéndola en una institución meramente judicial, cosa que no es. Así que

⁵ <https://www.diariojudicial.com/news-38006-eduardo-mondino-el-defensor-del-pueblo-debe-privilegiar-la-mediacion-social-y-politica-por-sobre-el-inicio-de-acciones-judiciales>

nuestra idea es priorizar siempre la mediación, salvo, por supuesto, en cuestiones graves e inmediatas donde la vía judicial aparezca como impostergable."

"No quiero analizar la gestión anterior. La propia formación del anterior Defensor, el Dr. Maiorano, que venía con una fuerte formación jurídica, marca una diferencia de su gestión con la actual. Yo tengo una formación que está más ligada a la política y a la comunicación social. El hecho de ser periodista y haber participado en la política me da otra visión de las cosas, menos jurídica que la de Maiorano."

Cierre consistente con la introducción y el desarrollo

Mondino fue reelegido en 2004 y finalizó su gestión en 2009. Luego, el cargo quedó vacante. El Congreso de la Nación no cumplió con su obligación constitucional y no nombró a nadie para ocupar ese cargo.

Actualmente, la Defensoría se encuentra a cargo del Subsecretario General, Juan José Böckel.

Como el cargo de Defensor del Pueblo está vacante hace quince años, desde entonces no se pudo iniciar ninguna acción judicial, porque se entiende que es el Defensor del Pueblo y no la Defensoría quien tiene legitimación procesal.

Por ende, a treinta años de la reforma, la figura del Defensor del Pueblo quedó, en los hechos, desactivada hace quince años, porque, como dijo Maiorano, *"(e)n nuestro país, ... la mera condena moral no basta"*.

En definitiva, hace tres lustros que el Defensor del Pueblo de la Nación no nos defiende de nadie, porque el cargo está vacante, y está vacante porque el Congreso de la Nación, a lo largo de varios gobiernos de distinto signo político y como demostración de una auténtica "política de Estado", no ha tenido ningún interés en que dicho puesto se ocupe.

Tal vez será porque si el Defensor del Pueblo de la Nación realmente cumple con sus funciones, resulta muy molesto para el Poder. Y, por si no se entendió, para “todo” el Poder: el Público, instalado en la Administración, y el Privado, porque la legitimación del Defensor del Pueblo, otorgada por el art. 43 CN, para iniciar acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores siempre resulta preocupante para empresarios cartelizados de facto, a los que la competencia no les seduce demasiado.

Decíamos que, a menudo, uno tiene la sensación de que muchas de las reformas incorporadas a la Constitución nacional en 1994 se hicieron para no ser implementadas.

Pero claro, tal vez esta es una visión excesivamente pesimista o cínica de la cuestión, propia del habitual estado de ánimo del autor de estas líneas.

Si queremos usar la figura del “medio vaso lleno”, podríamos decir: Las normas están, la Constitución Nacional brinda la herramienta para defendernos del Poder.

Lo que falta es una clase política a la altura de la Constitución.

¿Puede ser inconstitucional la Constitución? Reflexiones en torno al poder constituyente y al poder constituido en la reforma constitucional de 1994



Agustín Bernardo Bonaveri¹

La pregunta que encabeza las siguientes reflexiones tiene más de provocación que de acierto. No obstante, sirve como un punto de partida útil para analizar una cuestión fundamental que se originó tras la reforma de la Constitución Nacional de 1994, vinculada con la nulidad de una cláusula constitucional. Cabe resaltar que fue un evento sin precedentes en la historia institucional argentina, tras una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Fayt”².

Este fallo reabrió el debate sobre los límites del poder constituyente en su intervención reformadora de la Constitución Nacional, que serán analizadas seguidamente.

¹ Abogado. Especialista en Derecho y Economía Ambiental por la Universidad Carlos III de Madrid y Especialista en Organizaciones sin Fines de Lucro por la Universidad de San Andrés. Maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente de grado y posgrado en Derecho Ambiental y Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Ha publicado diversos trabajos en el área de derecho público.

² CSJN, Fallos 322:1616 (1999).

Antes de abordar este análisis, conviene recordar que el sistema de reforma de la Constitución Nacional previsto en su art. 30 establece dos etapas: una preconstituyente, que consiste en la decisión -desde el año 1866 expresada mediante el dictado de una ley- del Poder Legislativo de declarar la necesidad de la reforma y una segunda etapa, propiamente constituyente, en la cual se debate la efectiva realización de la reforma o no, dentro de los límites fijados previamente por el Congreso Nacional. De este modo, el procedimiento de reforma constitucional se articula en torno a la actividad inicial del poder constituido, seguido por la actuación del poder constituyente, denominado en este caso derivado o reformador, en contraposición al poder constituyente originario.

Un capítulo central de la teoría constitucional está compuesto por estas dos dimensiones del poder. El poder constituyente puede ser calificado como prejurídico, dado que surge con anterioridad a la existencia de la Constitución Nacional, la cual, en sí misma, es la ley suprema y reflejo del orden jurídico por antonomasia. Justamente su finalidad es dotar al Estado de una Constitución que refleje su organización política, social, económica y cultural.

En el caso argentino, se registraron dos intentos fallidos de organización constitucional antes de la adopción de la Constitución de 1853. El primero de ellos fue con la Constitución de 1819 que fue rechazada por el interior, provocando además la caída del gobierno central encarnado por el Directorio tras su derrota ante las fuerzas lideradas por Estanislao López, gobernador de Santa Fe y Francisco Ramírez, gobernador de Entre Ríos, en la batalla de Cepeda. Este rechazo marcó el comienzo de la llamada “anarquía del año 20”, un periodo que, en rigor, lejos de ser un completo caos, representó una reasunción de las soberanías provinciales y el inicio de

la unión nacional mediante pactos y alianzas, que luego se plasmarían en el Preámbulo bajo la denominación de “pactos preexistentes”.

El segundo intento de ejercicio del poder constituyente se materializó en la Constitución Nacional de 1826. A diferencia de su predecesora, ésta no tenía un sesgo monárquico sino republicano, pero, al igual que la de 1819, promovía la conformación de un estado unitario, lo que también provocó el rechazo de las fuerzas federales de la época.

Respecto al carácter prejurídico del poder constituyente, aunque se le atribuye comúnmente un carácter ilimitado, es posible hallar algunas limitaciones, fundadas en tanto en factores sociológicos como inclusive legales. Esto último es así, toda vez que la construcción de la teoría del poder constituyente conforma un concepto ideal, pero su realización concreta siempre se desarrolla en un determinado tiempo histórico, recorrido a su vez por el derecho.

De tal modo, no resulta posible afirmar la inexistencia de normas jurídicas que condicionan el obrar del poder constituyente originario. Por caso, los constituyentes de 1853 tuvieron presente -como limitantes- disposiciones del Pacto Federal de 1831 y del Acuerdo de San Nicolás de 1852, especialmente en lo que respecta a la organización federal del Estado.

Finalmente, el ejercicio del poder constituyente culminó con la sanción de la Constitución Nacional el 1° de mayo de 1853 en la ciudad de Santa Fe. A partir de allí, consolidó al poder constituido, representado por los tres poderes clásicos del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial. A su vez, dotó al primero con la competencia para convocar al congreso constituyente en los casos que considere necesario efectuar una reforma de la Carta Magna.

La reforma de 1994 abordó una amplia gama de temas relativos a la conformación política e institucional del Estado argentino. Dentro del

presente estudio, cabe detenerse en una de las atribuciones del Poder Ejecutivo vinculada a la designación de jueces. Se trata del art. 99 inc. 4° en su tercer párrafo, que, tras la reforma constitucional, establece que, *“un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”*. Aunado a esto, la disposición transitoria undécima dispone que *“la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el Artículo 99 inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional (corresponde al artículo 99 inc. 4)”*.

Transcurrido el plazo de cinco años para la entrada en vigor de la necesidad de un nuevo nombramiento para la continuidad de los magistrados, el juez de la Corte Suprema Carlos Fayt interpuso una acción declarativa que, tras la sentencia de primera instancia y la apelación ante la cámara respectiva, arribó al Máximo Tribunal.

Los argumentos de Fayt se centraban en que las dos disposiciones mencionadas afectaban su derecho a la inamovilidad en el cargo, la cual surge del art. 110 de la Constitución Nacional cuando dispone que *“los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...”*. Además, sostuvo, ambas normas habían sido dictadas incumpliendo los límites fijados por la ley 24.309³ declarativa de la necesidad de la reforma. En concreto, se trataba de los artículos 2° y 3° , que fijaban la competencia de actuación de la convención reformadora, específicamente los artículos del texto constitucional que podían modificarse, reformarse o incorporarse y además

³ Sancionada el 29 de diciembre de 1993 y promulgada ese mismo día.

un denominado Núcleo de Coincidencias Básicas sobre diversos temas, como la atenuación del sistema presidencialista, reelección presidencial y reducción del mandato, elección directa de los senadores, elección directa del intendente de la Ciudad de Buenos Aires, entre otras.

Al resolver el caso, la Corte sostuvo que *“la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación -constitucional- en que descansa”*. En este sentido, la reforma constitucional como proceso complejo incluye dos órganos con competencias definidas; en primer lugar, el Congreso de la Nación (poder constituido) que dispone la necesidad de la reforma y su alcance y en segundo término el congreso constituyente (poder constituyente) que la lleva a cabo. Las competencias de ambos están delimitadas por la Ley Suprema; dijo la Corte: *“una Convención convocada al efecto” (el énfasis es agregado); precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras...*”.

La Corte subrayó que el equilibrio constitucional sólo puede lograrse si cada poder u órgano ejerce en forma adecuada, precisa y sin extralimitaciones las atribuciones que la propia Constitución le otorga. En cuanto a la competencia para modificar la duración del mandato de los jueces, el Tribunal sostuvo que no fue prevista dentro de los artículos que podían reformarse ni tampoco surgía, de modo explícito ni implícito, del Núcleo de Coincidencias Básicas, por lo que ello constituyó un exceso a los límites fijados por el Congreso. En consecuencia, hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora

en el art. 99 inc. 4 párrafo 3° y en la disposición transitoria undécima al art. 110 de la Constitución Nacional.

Un aspecto importante que trasciende la resolución del caso radica en que la Corte, como poder constituido, revisó y nulificó la actuación del poder constituyente, lo cual, en otro contexto histórico, podría haber considerado una cuestión política no justiciable⁴.

Posteriormente, en el caso “Schiffirin”⁵ de 2017, ante una situación fáctica similar, la Corte Suprema modificó el criterio sentado en “Fayt”. Este caso, promovido por el juez de la Cámara Federal de La Plata Leopoldo Schiffirin al cumplir los 75 años, planteaba una demanda contra el PEN para que se declare la nulidad e inaplicabilidad del art. 99 inc. 4 párrafo 3° por violación al art. 110 de la Constitución Nacional, en base al precedente “Fayt”.

La Corte, con una composición de miembros distinta, modificó su criterio. De este modo, postuló en Schiffirin una actitud deferente con el órgano constituyente, por representar del modo más acabado la voluntad soberana del pueblo. Así, respecto a lo obrado por ese órgano, sostuvo que *“la interpretación no puede ser restrictiva, -como se desprende del caso “Fayt”, de manera de limitar severamente la soberanía de la Convención; por el contrario, el criterio de interpretación debe ser amplio, extensivo, y, en caso de duda, debe juzgarse a favor de la plenitud de poderes de la Convención Constituyente”*. En este sentido, sostuvo que, de llevarse a un extremo el marco preconstituyente, estableciendo el Congreso las pautas precisas y exhaustivas a reformar, el condicionamiento del órgano reformador sería tan alto que sólo podría aceptar o rechazar lo establecido por la ley que declara

⁴ Como lo hizo en el caso “Cullen c/ Llerena” de 1893.

⁵ CSJN, Fallos 340:257 (2017).

la necesidad de la reforma. De ello ocurrir, *“se invertiría la relación entre poder constituido y poder constituyente reformador”*.

Asimismo, sostuvo que dentro de las competencias que surgían de la ley 24.309 se encontraba la reforma del actual art. 99 en las competencias del PEN vinculadas a la selección de magistrados. Al respecto, *“el constituyente realizó una exégesis racionalmente posible del alcance de la norma habilitante; pues, aunque no sea la única interpretación sostenible de aquella, es evidente que tiene sustento jurídico suficiente en la letra de la ley 24.309 y, sin duda alguna, no constituye una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente”*.

En definitiva, pudiendo hacerse más de una interpretación respecto al alcance de las competencias otorgadas a la convención reformadora, la Corte efectuó la más amplia posible, a los fines de sostener lo realizado por ese órgano constituyente. Así, la Corte entendió que la convención reformadora no había excedido su competencia al establecer la necesidad de un nuevo nombramiento para la continuidad de los magistrados a partir de los 75 años, ni afectado la inamovilidad ni la independencia judicial conforme el art. 110 de la Ley Suprema.

A modo de colofón, cabe recordar que a lo largo del siglo XIX se dictaron tres constituciones nacionales: en 1819, 1826 y 1853. Sólo la última de ellas pudo consolidarse, lo que revela que el poder constituyente no deviene únicamente de poder dictar una Constitución, sino de que ésta resulte vigente. Esa condición refuerza el carácter político del poder constituyente, ya que no alcanza el mero formalismo instrumental del dictado de la norma, sino que debe garantizarse su eficacia.

Por su parte, la tensión entre poder constituyente y poder constituido en las reformas constitucionales es muy delicada y requiere el máximo cuidado y seriedad en la actuación de los diferentes actores. Estas actuaciones incumben a la etapa preconstituyente, donde el Congreso declara la necesidad de la reforma, a la etapa reformadora propia de la convención constituyente y luego al eventual control judicial de la reforma. Ello, a los fines de garantizar tanto el respeto al procedimiento establecido por la Constitución Nacional para su reforma como el sistema democrático fundado en base a la soberanía del pueblo, cuya máxima expresión emerge con el ejercicio del poder constituyente.

Una nueva concepción sobre los fundamentos de la usucapión inmobiliaria frente al paradigma que propone la reforma constitucional de 1994



Martín Dario Benitez¹

Introducción²

La Revista “Filocam” nos invita al grato desafío de abordar, desde la literatura jurídica, temáticas que se destaquen en la última reforma constitucional que vio la luz, en nuestra Carta Magna, en el año 1994.

A partir de la convocatoria lanzada, nos proponemos demostrar que la “usucapión inmobiliaria”, como modo de adquisición de los derechos

¹ Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UM). Posgraduado en Derechos Reales (UBA). Titular de Derechos Reales y Obligaciones (IUNMA). Profesor Adjunto de Elementos de los Derechos Reales (UBA). Profesor Adjunto de Derechos Reales (UM). Profesor Adjunto de Derecho Empresario I (UNLaM). Director del Instituto de Contratos y Director Adjunto del Instituto de Derechos Reales en el Colegio de Abogados de Morón. Investigador acreditado (UNLaM). Codirector de la Revista de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Morón. Autor de numerosas publicaciones. Conferencista.

² El presente es un extracto actualizado y corregido de la tesis doctoral del autor titulada “Usucapión especial de inmuebles para mujeres en situación de vulnerabilidad con motivo de la extinción del matrimonio o la convivencia”, registrada en la Dirección Nacional de Derechos de Autor en el Legajo N°: RL-2023-126242948-APNDNDA-MJ.

reales, es un instituto que tiene una finalidad tuitiva basada en la función social de la propiedad y que esta hipótesis encuentra su sustento en el nuevo paradigma que impone la reforma constitucional de 1994, cuando el convencional constituyente introdujo el denominado “bloque federal de constitucionalidad” al asignarle a los Tratados de Derechos Humanos jerarquía constitucional e incluso, para algunos, supra constitucional, en el art. 75 inc. 22.

La idea propuesta también se observa en la renovada ley suprema al atribuirle al Congreso Nacional la función de “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social” y de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art 75 incs. 19 y 23).

Por lo expuesto, en las próximas líneas, nos enfocaremos en amalgamar las previsiones constitucionales y convencionales pertinentes con los fundamentos actuales de la prescripción adquisitiva de inmuebles, para demostrar que es posible una nueva concepción de aquella, no para excluir su función clásica, sino para enfatizar la función social que la usucapión también debe tener.

En línea con lo antes dicho, y como justificación de nuestra hipótesis, traeremos a colación la regulación legal de institutos en los que el legislador ha ponderado especialmente la situación de vulnerabilidad de determinados grupos sociales e incluso ha acudido al mecanismo de la prescripción adquisitiva como vehículo para canalizar tal protección.

Es así que, de corroborarse nuestra proposición, la conclusión afirmativa a la que arribemos, será un sustento sólido para defender, por ejemplo, la instauración de un régimen especial de usucapión para mujeres en situación de vulnerabilidad.

Gravitación de los Derechos Humanos en el Derecho Civil

1. Derechos Humanos y propiedad privada

a. La reforma constitucional de 1994 y un nuevo paradigma

Al hacer tema de la propiedad privada, la cual, como es sabido, tiene rango constitucional (arts. 14 y 17, Const. Nac.), es menester delinear su concepción; es así, que, interpretando la normativa constitucional, la Corte Federal señaló, en un antiguo precedente, que la propiedad comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”³.

La interpretación del máximo Tribunal no se conecta únicamente con el derecho sobre las cosas, bajo el halo de los derechos reales (dominio, condominio, propiedad horizontal, etc.), sino que abraza todo tipo de bienes de contenido patrimonial, del orden de los créditos, los derechos de autor, la titularidad de un fondo de comercio, de un nombre comercial, una insignia, el derecho de imagen y tantos otros.

Es oportuno recordar que en la era anterior al surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el primer texto de la Constitución Nacional de 1853 ya dejaba en claro que el derecho de propiedad no es absoluto, sino que está sujeto a ser reglamentado. Sin embargo, no puede obviarse que la cuestión mutó a un nuevo paradigma a partir de los diversos

³ Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital” (Fallos 145:307), 16/12/1925, <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-bourdieu-pedro-emilio-municipalidad-capital-fa25000001-1925-12-16/123456789-100-0005-2ots-eupmocsollaf?>

Tratados de Derechos Humanos que fueron apareciendo y en especial con su inclusión en la reforma constitucional de 1994, donde en el art. 75 inc. 22⁴, se les confirió jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia⁵, ya que el nuevo diagrama constitucional requiere el amalgamamiento del derecho de propiedad privada previsto en nuestro Carta Magna con las normas internacionales que se refieren a ella.

b. Tratados de Derechos Humanos que reglamentan la propiedad privada

⁴ Art. 75 inc. 22 , segundo párrafo, Const. Nac.: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

⁵ En el precedente “Giroldi Horacio y otro” (07/04/1995, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-giroldi-horacio-david-otro-recurso-casacion-causa-32-93-fa95000086-1995-04-07/123456789-680-0005-9ots-eupmocsollaf>), la CSJN examinando la fraseología “en las condiciones de su vigencia” expuso que la Convención Americana de Derechos Humanos “rige en nuestro país del mismo modo que lo hace en el derecho internacional considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, criterio que afianzó en “Arancibia Clavel, Enrique Lautario s/ homicidio y asociación ilícita” (08/03/2005, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-arancibia-clavel-enrique-lautaro-homicidio-asociacion-ilicita-causa-259-fa05000083-2005-03-08/123456789-380-0005-0ots-eupmocsollaf>) en el que subrayó que “los tratados deben ser interpretados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional relativa a esos tratados incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente”. En suma, “en las condiciones de su vigencia” significa que los Tratados de Derechos Humanos debe ser aplicados localmente según la interpretación que de sus normas hacen los Tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

Son varios los Tratados de Derechos Humanos que aluden a la propiedad. Gabriela Vázquez⁶ ha esquematizado los instrumentos en cuestión del siguiente modo:

1. El art.17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:
“1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”, aunque cabe apuntar que al tratarse de una “declaración” no es vinculante no compromete la responsabilidad internacional del Estado..
2. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su ámbito de aplicación, garantiza: “El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros” (art.5º, inc. d, apart. iv).
3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se ocupa del tema en el art.21: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.
4. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cuando ordena a los Estados adoptar medidas adecuadas para eliminar la discriminación, hace una alusión específica en su art.16, inc. 1, h): “Los mismos

⁶ VAZQUEZ, Gabriela A., Derechos reales, La Ley, Buenos Aires, 2020, ps. 4/5.

derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad (...) goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.

c. La CIDH y su concepción de la propiedad privada como derecho humano

I. El caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”

Recordamos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 21 consagra que “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

Haciendo una interpretación amplia del artículo transcrito, la Corte Interamericana de Derecho Humanos se ha ocupado de examinar la noción de propiedad privada en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” estableciendo que “El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor...” y que “Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en

particular, a las condiciones de vida actuales. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.⁷

II. El caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de examinar la noción de propiedad privada en el caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”⁸, estableciendo que “Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas”. Hasta aquí, puede

⁷ CIDH, 31/08/2001, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua,

⁸ CIDH, 19/10/2007, Salvador Chiriboga vs. Ecuador, https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=292.

apreciarse que el criterio de la CIDH se asemeja bastante al que la Corte Federal argentina aplicó en la causa “Boirdieu Emilio”, que referenciáramos previamente.

Adicionalmente, en los párrafos que se enumeran a continuación, la CIDH delineó el modo en que, en una sociedad democrática, es legalmente admisible imponer restricciones a la propiedad privada. Dijo el Tribunal:

60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.

61. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención.

62. A su vez, este Tribunal ha señalado que “la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de un derecho”.

63. La Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. En este sentido, el Tribunal considera que en el marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención.

65. A este respecto, la Corte ha considerado que no es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Este derecho supone que toda limitación a éste deba ser excepcional. De la excepcionalidad se deriva que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana. Por lo tanto, es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin.

III. Directrices de la doctrina convencional

En resumen, la doctrina convencional sentada indica que en un Estado democrático deben armonizarse los intereses individuales y los colectivos, lo que en el caso de la propiedad se traduce en que ésta solo puede ser restringida excepcionalmente cuando un interés público lo amerita.

Siguiendo estas aguas, la CIDH destacó que la propiedad privada no es un derecho absoluto y cumple una función social, por lo que es posible su privación, pero en la menor medida posible y siempre que la invocación de la

utilidad pública o el interés social sea efectivamente materializable y no se agote solamente en una proclamación.

2. El derecho humano a una vivienda digna

Para sociedades como la nuestra, con fuertes raíces españolas e italianas, el anhelo del “techo propio” es un elemento central de la vida de las personas. Ernesto Solanilla⁹, vincula los orígenes de la cuestión con la inmigración italiana, española y de otros países europeos, esgrimiendo que uno de sus mayores anhelos era el acceso a la “casa propia”, y que ese deseo de prosperidad se transmitió a sus hijos y nietos.

El Papá Francisco también se ocupó de la temática en su encíclica “Laudato Si”, en donde hizo incapié en que “No sólo los pobres, sino una gran parte de la sociedad sufre serias dificultades para acceder a una vivienda propia. La posesión de una vivienda tiene mucho que ver con la dignidad de las personas y con el desarrollo de las familias. Por eso, si en un lugar ya se han desarrollado conglomerados caóticos de casas precarias, se trata de urbanizar esos barrios, no de erradicar y expulsar”.

Desde la perspectiva jurídica, es sabido que el derecho a una vivienda digna tiene raigambre constitucional; en efecto, el tercer párrafo del art. 14bis de nuestra Carta Magna establece que “la ley especial establecerá “el acceso a una vivienda digna”.

Cabe recordar que el precepto no formaba parte de la Constitución de 1853, sino que fue incluido a instancias del denominado “constitucionalismo social”, el cual fue materializado en la reforma de 1949 en el renovado art. 37, y luego derogado por la dictadura militar en el año 1956, dando paso a

⁹ SOLANILLA Ernesto Máximo, Problemática del boleto de compraventa, Lecciones y Ensayos, fascículo nro. 59, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/59/problematika-del-boleto-de-compraventa.pdf>. Fecha de consulta: 01/05/2023.

una nueva reforma al año siguiente, en la que si bien se revivía el texto primitivo de Carta Magna, se conservaban los derechos y garantías proclamados en 1949 en un texto semejante al ahora art. 14 bis.

Sobre la noción constitucional de “acceso a una vivienda digna”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación delineó tangencialmente la hermenéutica en la causa “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”¹⁰, en donde señaló que ello significa la creación de un plan de vivienda definitiva o la posibilidad de acceder a las líneas de crédito.

Ahora bien, ya no solo la Constitución Nacional impone del deber de garantizar el acceso a una vivienda digna, sino que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también transita por el mismo sendero, por lo que ya no solo debemos hablar del derecho a la vivienda como un derecho constitucional, sino, en verdad como un derecho humano.

En esta inteligencia, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios" ... "a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (ap. 1°).

Por su parte, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en tanto en él los Estados Partes "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" y asumen el compromiso de tomar "medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho,

¹⁰ CSJN, 24/04/2012, Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo, fallos 335:452.

reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento"

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su función de intérprete del referido Pacto, en la Observación General N° 4, expresó que "... el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales" que. "... existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente..." que "... El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia "para sí y su familia" supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de "familia" debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero 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 en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros

derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada..." y que "... el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable".

En el ámbito local, y recogiendo los lineamientos, de la Observación General N° 4, los Tribunales han reconocido el derecho a la vivienda digna como un derecho humano. En el citado fallo "Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", en el que se debatía la concesión de una vivienda para una madre y su hijo en "situación de calle", la Corte Suprema Nacional recordó que "... el sistema de fuentes aplicable al caso está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales mencionados, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia. De dicho sistema se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo..." y que "... Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarios no puede obrar con

otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...". Asimismo, constituye un pronunciamiento judicial el precedente "Fundación Club de Derecho Argentina c/ Banco de la Nación Argentina s/ Ley de defensa del consumidor", dictado por la sala A de la Cámara Federal de Córdoba, en el cual se postuló que cuando se trata de personas que toman créditos para adquirir su primer vivienda, estamos en presencia "...de un grupo vulnerable, personas o familias que no poseen vivienda propia, y que se encuentran en la búsqueda de concretar un derecho humano fundamental, tal como ha sido consagrado en los distintos instrumentos reseñados"¹¹.

Jéremie Gilbert destaca que la conexión entre la vivienda y el derecho a la tierra ha sido particularmente fundamental para la labor del Relator Especial de la ONU para una Vivienda Adecuada en el ámbito de los derechos de la mujer a la vivienda. Gilbert recuerda que a raíz de una resolución adoptada por la Comisión de Derechos Humanos, el Relator Especial inició un estudio más amplio sobre derechos de la mujer para acceder a una propiedad y a una vivienda adecuada. Una de las conclusiones centrales del informe es que la falta de reconocimiento del derecho a la tierra de las mujeres afecta directamente a su derecho a una vivienda adecuada. El Relator Especial también puso de relieve la estrecha relación entre la violencia contra las mujeres y el derecho a una vivienda adecuada, y que el reconocimiento del derecho a la tierra para las mujeres podría desempeñar un papel positivo contra la violencia doméstica.

¹¹ CFed. de Córdoba, sala A, 31/07/2020, Fundación Club de Derecho Argentina c/ Banco de la Nación Argentina s/ Ley de defensa del consumidor, https://img.lagaceta.com.ar/adjunto/914058_20211006114026.pdf

El mismo autor agrega que la vivienda y el derecho a la tierra también están interrelacionados, en el enfoque de derechos humanos, a los desalojos forzosos¹², los que suelen estar relacionadas con la ausencia de la tenencia jurídicamente segura, que constituye un elemento esencial del derecho a una vivienda adecuada. Por lo tanto, los desalojos forzosos son, a primera vista, violaciones del derecho humano a una vivienda adecuada.

Gilbert finaliza afirmando que, en general, la conexión entre los derechos a la vivienda y a la tierra parece ser una característica importante del derecho en materia de derechos humanos, y conlleva un aspecto positivo y otro negativo. El positivo es que el derecho a la tierra se considera un elemento esencial para la consecución del derecho a la vivienda; y el negativo es que el despojo de las tierras podría calificarse como desalojo forzoso en violación directa del derecho a la vivienda. Si bien este enfoque es claramente lógico, sigue estando limitado a un aspecto particular del derecho a la tierra, que es sostener el derecho a la vivienda; no obstante, no se incluyen los demás aspectos cruciales del derecho a la tierra, en particular los aspectos culturales, sociales y espirituales¹³.

En conclusión, el derecho de acceso a una vivienda digna no es únicamente una garantía constitucional, sino que configura un derecho humano, por lo que las directrices del art. 14 bis de nuestra ley fundamental deben ser interpretadas de modo orgánico y bajo el paraguas del sistema de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conforme los

¹² El párrafo tercero de la Observación General no. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define a los desalojos forzosos como: "El hecho de hacer salir a personas, familias o comunidades de los hogares o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos".

¹³ GILBERT, Jérémie, Derecho a la tierra como derecho humano, argumentos a favor de un derecho específico a la tierra, file:///C:/Users/jumbo/Downloads/Gilbert_Derecho%20a%20la%20tierra%20como%20derecho%20humano.pdf. Fecha de consulta: 07/04/2023.

criterios que los Órganos y Tribunales internacionales designados para su interpretación hacen de tales instrumentos.

3. Control de convencionalidad en el derecho interno

Previamente, nos explayamos sobre la elevación a rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos a instancias del art. 75 inc. 22 en virtud de la reforma constitucional de 1994 y que este nuevo diseño piramidal de normas, en el que se entrelazan convenciones internacionales, la Constitución Nacional y las leyes de derecho interno, constituye un sistema de fuentes.

Marcela Basterra explica que no puede soslayarse que el constituyente de 1994 reformuló el sistema de fuentes del orden jurídico argentino, al producir la internacionalización de los derechos humanos y que es en el mencionado dispositivo constitucional, donde se encuentran radicados los criterios de pertenencia - tanto formal como material - que permiten integrar y determinar la correspondencia al sistema de cualquier norma no constitucional¹⁴.

Este nuevo orden jerárquico es conocido como “bloque de constitucionalidad federal”, al que Germán Bidart Campos define como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución documental, cuyo fin es actuar como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de inferior rango¹⁵.

La introducción que acabamos de hacer sirve de sustento para afirmar que luego de la reforma constitucional de 1994, las leyes dictadas

¹⁴ BASTERRA, Marcela I., El acceso a la justicia en la Constitución porteña, Revista Pensar Jusbairens, año III, vol. 7, marzo 2016.

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán, El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 265/267.

por el Congreso Nacional, por las Legislaturas provinciales y municipales, y las dictadas por los Órganos administrativos en el marco específico de su competencia, deben ajustarse tanto a la Constitución Nacional como a los Tratados de Derechos Humanos de rango supra legal y jerarquía constitucional.

En el mismo sentido, los casos que son encomendados a la decisión judicial, deben someterse a una suerte de test de convencionalidad, de modo tal que las normas de derecho interno aplicables para la resolución del asunto se ajusten al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, si así no fuera, la judicatura deberá dejar de lado la fuente interna para pasar a resolver la cuestión subsumiendo el caso en la preceptiva internacional pertinente.

En el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”¹⁶, la CIDH ha sentado esta regla al sostener que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (parágrafo 124 de la sentencia).

¹⁶ CIDH, 29/03/2006, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=335. Fecha de consulta: 01/05/2023.

Por último, la Comisión redactora del Código Civil y Comercial no estaba ajena a la nueva dimensión normativa, la cual exigía adaptar la legislación civil y comercial al actual rango jerárquico. Es por eso que el art. 1° del Código Civil y Comercial prescribe que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Y el art. 2° refuerza esta exigencia al señalar que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Entonces, podemos concluir que, a partir del caso “Almonacid”, ha quedado sellada la doctrina judicial en materia de implicancia de los Tratados de Derechos Humanos en el derecho local en el sentido de que los tres Poderes del Estado deben ajustar sus decisiones, legales, administrativas y judiciales, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en orden al nuevo paradigma que fluye del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, aspecto que ha sido receptado particularmente por el legislador en los arts. 1° y 2° del Código de 2015 para dejar explicitado que tal esquema debe imperar en el derecho civil y comercial.

Gravitación de los Derechos Humanos en los Derechos Reales

1. Introducción

Los derechos reales constituyen una especie dentro del derecho civil de contenido patrimonial. Por tales razones, todo lo que llevamos dicho,

invocado y justificado en cuanto al sistema de fuentes, bloque de constitucionalidad, sumisión del derecho interno a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos, según lo mandan los arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial, así como la hermenéutica sentada por los Tribunales internacionales, y especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se aplica también a esta materia.

A ello, podemos adicionar que más allá del esquema cerrado que campea en el área de los derechos reales y el imperio del orden público como principio rector (arts. 1882, 1883 y 1887, entre otros, Cód. Civ. y Com.), no debe soslayarse que esta rigidez debe ceder cuando sus normas infringen o se oponen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional o (art. 75 inc. 22, Const. Nac.

En sintonía con lo manifestado, Ethel Humphreys y Edgardo Arcaro esgrimen que en ocasiones puede considerarse que el rígido sistema que impera en materia de derechos reales no puede ser conmovido por tópicos ajenos a su estructura legal cerrada, pero cierto es que, bajo una perspectiva de género, ello podría verse imbuido en una apariencia atípica¹⁷.

Es por las consideraciones hechas, que, en las siguientes líneas, nos ocuparemos de los casos en los que el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resultó determinante para que la judicatura adoptara una decisión aplicando reglas que no son las que expresamente contemplaba la normativa local.

2. Desalojo contra personas vulnerables

a. Una evidente tensión de intereses

¹⁷ Humphreys, Ethel Arcaro Edgardo N. (h), La adquisición del dominio juzgada con perspectiva de género, Temas de Derecho Civil, Erreius, septiembre de 2021, p. 842.

Uno de los problemas más habituales que ofrece la praxis jurídica se relaciona con la colisión de intereses entre el titular dominial de un inmueble que pretende reivindicarlo, y el ocupante que destina el bien a vivienda y que se niega a la restitución porque, de hacerlo, queda en situación de calle.

El “supuesto de hecho” que produce la tensión descrita tiene implicancias cuando el ocupante no tiene derecho de poseer o de tener de cosa, pues, en el caso contrario, es decir cuando ejerce una relación de poder legítima¹⁸, el dueño no se encuentra autorizado a reclamar la entrega. Además, el asunto se agudiza cuando el ocupante es persona vulnerable.

El caso nos posiciona ante la disyuntiva entre el propietario, cuyo derecho tiene raigambre constitucional y convencional (art. 17 de la Const. Nac. y art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros) y el ocupante, quien también tiene tutela constitucional y convencional (art. 14 de la Const. Nac. y art. 11 parr. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros).

Desde la concepción clásica de los derechos reales, el cuadro de situación no ofrecería mayores dificultades en torno a la procedencia del desalojo, ya que el diagrama del Código Civil derogado, aún con el nítido perfil social que le introdujera la ley 17.711 (B.O. 26/04/1968) no alteró el espíritu tutelar de la propiedad privada, al no contener disposiciones que mitigaran la procedencia del desahucio ante hipótesis de personas vulnerables, ni tampoco posible soluciones una vez ocurrido aquel. Tampoco lo ha hecho el

¹⁸ La segunda oración del art. 1916 del Cód. Civ. y Com. reza que las relaciones de poder “son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley”. Contrario sensu, las relaciones de poder son legítimas cuando importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley. El derecho real, constituido de conformidad con las previsiones de la ley, del que trata la norma se refiere a la posesión legítima, y el derecho personal, se refiere a la tenencia legítima.

novel Código Civil y Comercial, cuerpo normativo con un marcado esquema social, el que, en este acápite siguió los lineamientos de su antecesor.

Llegados a este punto, queremos dejar expresado que no forma de la hipótesis de trabajo, en este tramo de la investigación, la morigeración de los derechos del titular del bien respecto de la facultad que tiene de recuperar la cosa, sino, en todo caso, profundizar sobre el particular estado de riesgo en el que queda la persona humana obligada a restituir y la ausencia de un marco normativo que brinde soluciones plausibles cuando el desahucio prospera.

Como hemos visto, la recepción constitucional de los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22) en la reforma del año 1994, nos mueve a examinar con una nueva dimensión el drama de los individuos sometidos a procesos de desalojos y a determinar el marco régimen legal aplicable.

b. Tratamiento normativo en el contexto de los Derechos Humanos

Una pieza medular en este tópico es la Observación General nro. 7¹⁹, del año 1997, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en la cual amplió las consideraciones vertidas en la Observación General nro. 4²⁰ relativas a la garantía de la vivienda digna con motivo de los desalojos forzosos.

Por las razones expuestas, en la Observación nro. 7, el Comité vuelve sobre la interpretación del párrafo 1° del art. 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual estipula que “Los Estados Partes

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General nro. 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos, https://confdts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN7. Fecha de consulta: 04/05/2023.

²⁰ Nos ocupamos del estudio de la Observación General nro. 4 en el § 13.2 de este Capítulo.

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”.

En el párrafo 2, el Comité puntualizó que “La comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo que la cuestión de los desalojos forzosos es grave En 1976, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos señaló que debería prestarse especial atención a "iniciar operaciones importantes de evacuación sólo cuando las medidas de conservación y de rehabilitación no sean viables y se adopten medidas de reubicación”²¹. En 1988, en la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, aprobada por la Asamblea General en su resolución 43/181, se reconoció la "obligación fundamental de los gobiernos de proteger y mejorar las casas y los barrios en lugar de perjudicarlos o destruirlos"ⁱ. En el Programa 21 se declaraba que "debería protegerse legalmente a la población contra el desalojo injusto de sus hogares o sus tierras”²².

Un aspecto central, sobre el cual nos hemos explayado unas líneas más arriba, es la de determinar los casos en los que los desalojos deben prosperar y las posibles soluciones frente a esta circunstancia. En el mismo párrafo 2, el Comité introduce la cuestión y expresa que aunque las declaraciones vinculados a la protección de la vivienda son importantes son

²¹ Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, Vancouver, 31 de mayo a 11 de junio de 1976 (A/CONF.70/15), cap. II, recomendación B.8, párr. c) ii).

²² Informe de la Comisión de Asentamientos Humanos sobre la labor realizada en su 11º período de sesiones, adición (A/43/8/Add.1), párr. 13.

importantes, “dejan pendiente una de las cuestiones más decisivas, a saber, determinar las circunstancias en que son admisibles los desalojos forzosos y enunciar las modalidades de protección que se necesitan para garantizar el respeto de las disposiciones pertinentes del Pacto”.

Para abordar la problemática de los desalojos forzosos, el Comité considera prudente determinar qué se entiende por tal y, luego de recordar que la terminología admite diversas acepciones, dijo que "desalojos forzosos se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos". La definición nos resulta sumamente útil porque en ella quedan comprendidos los desahucios en los que el accionante tiene derecho a recuperar la cosa, abriendo la puerta a hurgar soluciones para las personas que legítimamente deben restituir.

A partir de la conceptualización de desalojo forzoso, el Comité enfatiza cuales son las medidas que los Estados parte deben adoptar para asegurar el debido respeto del párrafo 1° del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En lo que aquí interesa, se destacan las exaltaciones efectuadas respecto de los grupos vulnerables y respecto de los derechos que deben preservarse cuando el desalojo estuviera justificado.

En cuanto al primer supuesto, se destaca que 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. Y se adiciona que, en todos estos grupos, las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad

(incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Ante esta circunstancia, el Comité recuerda que 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.

En el segundo supuesto, se pone el acento en que, 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.

Sin embargo, la nota distintiva y más trascendente de la Observación General nro. 7 está inserta en el párrafo 16, en el cual se impone claras directivas a los Estados parte al estipular que “Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.

Esta última observación constituye una clara mutación de la concepción clásica de la materia, pues rompe con el dualismo Derecho Privado- Derecho Público para pasar a un nuevo arquetipo, en donde es posible considerar al Derecho como una unidad, en la que el Estado puede

intervenir en las relaciones privadas, no para entorpecer, sino para facilitar la resolución de conflictos.

c. El tratamiento por la judicatura

Los Tribunales locales han debido resolver cuestiones atinentes a desalojos en los que los demandados quedan enmarcados dentro de los grupos vulnerables.

Traemos a colación la causa que tramitó bajo los autos “**F. de F., M. M. y otros c. S., R. y otros s/ reivindicación**”²³ y fue resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, lo que le adiciona un condimento importante por tratarse del máximo Tribunal bonaerense, cuya doctrina suele ser seguida por Órganos de las instancias inferiores.

El expediente llegó a la última instancia provincial en virtud de la sentencia de primera instancia, confirmada en segunda instancia, que había admitido la acción de reivindicación de una fracción de terreno, contra dos adultos mayores, de muy avanzada edad, que estaban en situación de vulnerabilidad por su edad y escasez de recursos económicos. Dichas personas habían erigido su vivienda y la habitaban desde muchísimos años atrás.

En cuanto al fondo del asunto, la Corte bonaerense compartió los fundamentos de los jueces de las instancias inferiores y ratificó la procedencia de la reivindicación y el deber de restituir de los accionados. Sin embargo, no pasó por alto las circunstancias personales de los demandados en tanto la ejecución de la sentencia implicaría la pérdida de la vivienda de dos adultos mayores de muy avanzada edad, quienes se encontraban en

²³ SCBA, 03/04/2014, F. de F., M. M. y otros c. S., R. y otros s/ reivindicacion, TR La Ley AR/JUR/31121/2014

condición de vulnerabilidad por tratarse de nonagenarios de escasos recursos económicos.

Atendiendo a la particular situación de las personas desalojadas, los jueces entendieron que el marco normativo aplicable a aquellas debía conformarse con los Tratados de Derechos Humanos con incumbencia en la temática, ponderando diversos instrumentos internacionales que abrazan la protección de grupos vulnerables y dentro de éstos, a los adultos mayores, pero rescatando especialmente los arts. 2.2 y 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los arts. 9.1 y 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Bajo el plexo legal conformado, la Corte dispuso poner en conocimiento del Poder Ejecutivo la realidad de los sujetos involucrados en el desalojo a fin de que, “a través del organismo que arbitre competente, y previa verificación de los extremos conducentes tome a su cargo en caso necesario la instrumentación de acciones positivas para la protección amplia y efectiva de los sujetos destinatarios de amparo especial”.

En nuestra opinión, el decisorio exhibe una robusta fundamentación, con un amplio repaso de la legislación internacional y nacional con un impacto directo en su función protectoria de sujetos vulnerables, la que se desvanece a la hora de disponer las medidas que deben seguirse, pues ellas se reducen a una mera “comunicación” al Poder Ejecutivo para que vuelva a revisar la condición de los desalojados y si lo considera oportuno, adopte acciones positivas de tipo tutelar, convirtiendo en estériles y débiles las valiosas formulaciones expresadas en los Considerandos.

3. La sentencia judicial como modo de adquisición del condominio, por implicancia de la perspectiva de género

El art. 1896 del Cód. Civ. y Com. dice: "Prohibición de constitución judicial. El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario". La norma sienta un principio añejo en materia de derechos reales que veda a la judicatura decretar la constitución de un derecho real; sin embargo finaliza, dejando una ventana abierta para tal hipótesis, al aclarar "excepto disposición legal en contrario", expresión que es más producto del temor del legislador de estar obviando un precepto que contemple a la sentencia como modo de constitución de un derecho real, que el convencimiento de que ello podría efectivamente suceder. No obstante, parece razonable suponer que el codificador de 2015 no imaginaba que la salvedad hecha en el último verso del artículo se haría realidad.

En los autos "C. H. vs. H. de D. J. C. s. División de condominio"²⁴, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón se avocó al tratamiento de una causa en la que la parte actora era una mujer que alegaba haber adquirido un inmueble, en conjunto con su pareja, quien había fallecido. Sin embargo, el bien estaba escriturado en favor del hombre y, con su deceso, los herederos de éste resistían la pretensión de la parte femenina del vínculo.

Sobre la base fáctica, descrita, los camaristas señalaron que el caso debía ser juzgado con perspectiva de género y sobre el tópico, subrayaron que "La perspectiva de género no es una moda, ni un consejo, ni una corriente ideológica, ni una aspiración o preferencia. Es una forma de concretar un mandato constitucional/convencional que obliga al Estado argentino. Adquirió plena efectividad sobre todo el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación en función de lo dispuesto en los arts. 1º, 2º y 3º

²⁴ CCiv. y Com. de Morón, sala II, 17/02/2020, C. H. vs. H. de D. J. C. s. División de condominio, https://gda.com.ar/wp-content/uploads/2021/04/GDA_Sintesis-fallo_1.pdf. Fecha de consulta: 04/05/2023.

del propio cuerpo legal, dada la centralidad que adquieren los derechos humanos en la interpretación y la aplicación de las normas. Constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal (art. 4.1, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]), y "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (art. 5.a, CEDAW)"

Bajo el cobijo de la normativa convencional, se concluyó que "ha quedado probada la convivencia al tiempo de la adquisición y la realización de labores remuneradas (con esto no quiero significar que tareas las domésticas carezcan de valor, sino que me estoy ciñendo a las circunstancias de este caso), sumado ello al hecho de haberse adquirido el inmueble con una hipoteca, que se terminó de pagar tiempo después. La desigualdad es, en este contexto, evidente, pues si el inmueble hubiera sido adquirido, en estas condiciones, dentro de un contexto matrimonial, sería ganancial y correspondería -a la muerte de uno de los cónyuges- dividirlo por mitades. Pero como lo fue en el ámbito de un concubinato (e, incluso, no pierdo de vista que, a ese momento, como el Sr. D. era divorciado no existía la posibilidad de que él y la actora contrajeran nupcias) el inmueble queda solo en cabeza del integrante masculino de la pareja, sin reconocerle ningún derecho a la conviviente que, insisto, ya convivía al momento de la adquisición, además realizaba tareas remuneradas y residió allí toda su vida".

Con sostén en las circunstancias jurídicas, fácticas y probatorias detalladas, los jueces resolvieron declarar que el inmueble de autos no

resulta de titularidad exclusiva del varón, sino de titularidad conjunta con la ex conviviente, debiendo -en la instancia originaria disponerse las consiguientes anotaciones registrales.

Indudablemente, el modo de adquisición del condominio lo configuró la sentencia judicial, como una suerte de excepción a la regla que fluye del art. 1896 del Cód. Civ. y Com., pudiendo apartarse los magistrados del dispositivo legal al aplicar las normas convencionales que en función de acciones positivas para erradicar las desigualdades por razones de género

4. Prescripción adquisitiva entre cónyuges

Los artículos 3969²⁵ y 3970²⁶ del Código velezano disponían la suspensión de la prescripción, adquisitiva o liberatoria, entre cónyuges. Del mismo modo, lo hace el art. 2543²⁷ inc. a del Cód. Civ. y Com., el que a su vez en el mismo precepto inc. b consagra la suspensión durante la unión convivencial. En este último caso, debe tenerse presente que la nueva ley contiene un marco regulatorio especial para ese tipo de vínculos (Libro II, Título III, arts. 509 a 528), razón por la cual, el legislador consideró propicio receptor también la suspensión entre convivientes.

Esta directiva legal es un importante elemento de ponderación en el desarrollo de esta tesis a causa de la hipótesis formulada para la investigación la que recordamos es la siguiente: “*la desigualdad económica entre hombres y mujeres, producto de la condición de género, derivada de*

²⁵ Art. 3.969, Cód. Civ.: La prescripción no corre entre cónyuges, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente. (Artículo sustituido por art. 34 de la [Ley N° 26.618](#) B.O. 22/7/2010).

²⁶ Art. 3.970, Cód. Civ.: La prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de uno de los cónyuges hubiere de recaer contra el otro, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses.

²⁷ Art. 2543, Cód. Civ. y Com.: Casos especiales. El curso de la prescripción se suspende: a) entre cónyuges, durante el matrimonio; b) entre convivientes, durante la unión convivencial.

las relaciones de pareja, hace necesario establecer un régimen especial de prescripción adquisitiva de inmuebles, respecto del bien que constituyó la vivienda en común o del que fue destinado a comercio para asegurar ingresos familiares, en favor de mujeres que quedan en estado de vulnerabilidad, luego de consumada la ruptura del vínculo sentimental”.

Es claro que la proposición formulada encierra la necesidad de brindar a las mujeres en situación de vulnerabilidad un remedio legal para regularizar el dominio del inmueble habitacional o comercial, pero la valla impuesto por los incisos a y b del art. 2543 del Código conspira contra la finalidad declamada²⁸. Sin embargo, cabe apuntar que será viable prescindir de la preceptiva, con apego a la perspectiva de género y acudiendo a la normativa convencional que rige en este ámbito, es decir la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” y la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, [Belém do Pará](#)”,. Es por eso que el hallazgo de piezas judiciales que hayan resuelto litigios de esta especie constituye una justificación potenciadora de nuestra alegación.

Luego de escanear en las distintas provincias, hemos ubicado una sentencia que está en línea con nuestro planteamiento. Se trata de un pronunciamiento de la **Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas y Laboral Nro. 2 de San Luis** en las actuaciones “C., M. y otros c. I., A. del T. y otro s/ acción reivindicatoria”²⁹

²⁸ En el Capítulo 11, profundizaremos sobre la Inconstitucionalidad de la normativa vigente por vulneración de la situación de género.

²⁹ CCiv. Com. Minas. y Lab. de San Luis nro. 2, 18/09/2019, C., M. y otros c. I., A. del T. y otro s/ acción reivindicatoria, DFyP 2020 (abril, 77, Con nota de Mariana G. Callegari.

Los hechos que motivaron la intervención dan cuenta de una convivencia entre personas heterosexuales, cuya ruptura se produjo en septiembre del año 1990, En el año 2013, es decir 23 años después, los herederos del ex conviviente, ya fallecido, promovieron acción reivindicatoria contra la ex conviviente quien, a su vez, reconvine por prescripción adquisitiva vicinal. Planteada así la controversia, la labor de los magistrados se focalizó en examinar las implicancias del art. 2543 del Código en el caso traído a su conocimiento.

Los jueces sentaron como premisa que “... la demandada reconviniendo que había quedado con la tenencia del inmueble debía acreditar (...) que se comportó realmente como la propietaria del mismo mediante el pago de servicios públicos y/o impuestos, mejoras, etc. durante el tiempo que la ley establece” y concluyeron que de la prueba colectada, la reconviniendo había justificado su calidad de poseedora puesto que “... si la Sra. I. tiene el corpus y se comporta con la cosa sin reconocer en otro un derecho real superior, se puede decir que tiene ánimo de dueña y que dicho ánimo de tener la cosa para sí lo ha mantenido por el plazo de más de 20 años (desde septiembre de 1990 hasta la actualidad), período en el que los herederos de los titulares registrales se habían desentendido por completo de su calidad de propietarios hasta que promovieron la demanda por desalojo (autos N° 4805 del 3° Juzgado de Paz Letrado GSJ) en el año 2013 y que fue rechazada, la reconvención debe prosperar”.

Utilizaron como plataforma jurídica para cimentar su decisión en que el art. 3969 del Cód. Civil derogado no resultaba aplicable porque el matrimonio —al menos desde el año 1990— no era más que una ficción y habían desaparecido las motivaciones que tuvo en cuenta la norma al disponer la suspensión de la prescripción entre los esposos, debiendo la norma jurídica ser interpretada teniendo en cuenta además de sus palabras,

sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (arg. art. 2, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Agregaron que si bien el art. 3969 del Cód. de Vélez mantenía la suspensión aún cuando los cónyuges estuviesen divorciados, si el fundamento de esta causal de suspensión era evitar perturbar la vida familiar, esta consecuencia no deseada no tendría lugar en aquellos casos en que ya se produjo la separación de hecho de los esposos y ellos carecían de vida familiar, siempre que este extremo pueda ser debidamente acreditado, tal como había corrido en este caso.

Además, los sentenciantes resaltaron que el Código Civil y Comercial no recepta la aclaración referida a que la suspensión de la prescripción entre cónyuges se mantiene durante la separación de bienes y aunque estén divorciados por autoridad competente, ya que ella había quedado fuera de contexto en el espíritu que deja trascender la nueva normativa, dando por sentado que, en el renovado cuerpo legal, la separación de hecho derriba el efecto suspensivo originado por la celebración del matrimonio o el inicio de la convivencia.

Con fundamento en los extremos relatados previamente, la Cámara resolvió “Hacer lugar al recurso de apelación contra la sentencia de fecha 28 de junio de 2018, obrante a fs. 173/179 vta., y en consecuencia revocar la sentencia impugnada y en su lugar rechazar la acción reivindicatoria y admitir la reconvencción promovida por la Sra. A. d. T. I. en contra de los Sres. M. R. C., I. M. d. C. C., C. M. C., S. T. d. V. C., D. B. C., L. A. C. y N. T. d. J. C., otorgándose a favor de aquella (Sra. A. d. T. I.) la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva o usucapión respecto del inmueble …”.

Como palabras finales, podemos esbozar que es ponderable la interpretación axiológica que hizo el Tribunal de las preceptivas que regulan la suspensión de la prescripción entre cónyuges y convivientes, conjugando su espíritu finalista con los Tratados de Derechos Humanos relativos a la eliminación de las desigualdades entre los géneros.

5. Consideraciones

A modo de cierre, es posible expresar que ha quedado demostrado que la recepción constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, asignándoles el rango de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), hace necesario pasar la normativa local por el test de convencionalidad, conforme la doctrina establecida por la CIDH, conclusión que incluso era obligatoria antes de la reforma de 1994, en virtud de la sujeción de Estado Argentino al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 27 del Convenio).

La pauta sentada se proyecta también sobre todo el ordenamiento civil y sobre los derechos reales en particular, no obstante su rigidez legal para tal examen de convencionalidad, de acuerdo a los que hemos observado en los pronunciamientos judiciales a los que pasamos revista.

Asimismo, es dable aseverar que ya no alcanza únicamente con delegar en el Poder judicial tal regla de conducta, sino que los otros Poderes del Estado quedan obligados, en el ámbito de sus competencias, a ajustar la legislación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos,

En cuanto a los derechos reales, por tratarse de una atribución delegada por las Provincias al Congreso Nacional (art. 75 inc.12, Const. Nac.), es éste último quien tiene el deber de dictar las leyes que adecuen los preceptos locales a los instrumentos de derechos humanos cuando verifique que los primeros infringen los compromisos internacionales asumidos por el país.

Prescripción adquisitiva de derechos reales. Necesaria distinción entre derecho real y dominio

1. Esquema del Código Civil derogado

La prescripción adquisitiva inmobiliaria - también denominada usucapión - tuvo recepción en el Código Civil diseñado por Vélez Sarfield en sus dos facetas, breve y larga, como un modo de adquisición, a tenor del enunciado del art. 3948 que rezaba “La prescripción para adquirir es un derecho por el cual, el poseedor de una cosa inmueble adquiere la propiedad de ella por la continuación de la posesión, durante el tiempo fijado por la ley”. Si bien el texto transcrito, del mismo modo que el art. 3999, sembraba dudas sobre si solo el dominio era adquirible por posesión decenal o vicenal, el art. 4016 aclaraba el panorama al utilizar el término “derechos reales”. Sin embargo, persistía la incertidumbre respecto de los derechos reales incluidos en el instituto, por lo que para develar la intriga, debía acudir a la reglamentación de cada figura en particular.

Al hacer tema del dominio, el Código tipificaba a la prescripción como uno de los modos de adquisición (art. 2524, inc. 7° , Cód. Civ.). Lo mismo hacía al tratar del usufructo (art. 2813, inc. 4°), del uso y la habitación; repárese que para estos dos últimos derechos reales, regían los modos de adquisición del usufructo (art. 2949).

En cuanto a las servidumbres, los arts. 3017 y 4015 admitían la posibilidad de ser adquiridas por prescripción.

Dado que el Código Civil no incluía una parte general en materia de derechos reales, salvo las escuetas disposiciones de los arts. 2052 a 2505, el régimen de prescripción adquisitiva se hallaba en el Libro IV, Sección Tercera, Título I, Capítulo III bajo el título “De la prescripción para adquirir”

2. Esquema del Código Civil y Comercial

El art. 2565 del Cód. Civ. y Com. estipula: “Regla general. Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes”. Esta circunstancia denota que no solo el dominio puede adquirirse por este modo, sino que el abanico se extiende a todos los derechos principales que se ejercen por la posesión.

Es usual que se hable usucapión de “dominio”, más no debe perderse de vista que este derecho es una de las especies del género “derecho real” y que el art. 2565 permite usucapir los derechos reales principales que se ejercitan por la posesión y no únicamente el dominio.

El art. 1882 del Cód. Civ. y Com. define al derecho real como “el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código” y el art. 1941, al dominio como “el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley”.

Volviendo al art. 2565 del Código, cabe predicar que, siguiendo la directriz de la preceptiva, es necesario remitirse al art. 1889 para evaluar los supuestos a los que se refiere. Es así, que el art. 1889 estipula que los derechos reales son principales, excepto los constituidos en función de garantía, es decir, que quedan englobados en esta última categoría, la hipoteca, la prenda y la anticresis. Pero también queda excluida la servidumbre negativa, a pesar de ser un derecho principal, de poder ser adquirida por prescripción, por tratarse de un derecho que no se ejerce por la posesión.

Por lo tanto el dominio; el condominio; la propiedad horizontal; los conjuntos inmobiliarios; el tiempo compartido; el cementerio privado; la

superficie; el usufructo; el uso; la habitación y la servidumbre positiva se pueden usucapir³⁰.

Finalmente, dado que la idea-fuerza que motiva el desarrollo de esta investigación apunta esencialmente a regular un supuesto especial de usucapción inmobiliaria tendiente a proteger a mujeres en situación de vulnerabilidad, el objeto de nuestra hipótesis lo constituye el dominio, el condominio, la propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios, por tratarse todos ellos de derechos reales que contemplan facultades de uso, goce y disposición jurídica a título de dueño.

Razones que justifican la usucapción como modo de adquisición de los derechos reales

1. Necesaria observación previa

Más allá de lo que expresáramos en cuanto a la motivación declamada sobre la importancia del fundamento que encierra la regulación de la prescripción adquisitiva como modo de adquisición de los derechos reales, cabe adunar que también es pertinente indagar en la temática teniendo en miras la perpetuidad como uno de los caracteres del dominio (art. 1942, Cód. Civ. y Com.). En efecto si el dominio es perpetuo, ya que no tiene límite temporal y no se extingue ante la ausencia del ejercicio de sus facultades por parte del dueño, ¿cómo es posible que otro pueda adquirir el derecho real por la posesión durante el tiempo que fija la ley? Para responder a este interrogante se acude a las concepciones subjetiva y objetiva, que repasaremos brevemente a continuación. Asimismo, luego discurriremos

³⁰ Alguna controversia se ha planteado en la servidumbre positiva, debido a que el art. 1891 dispone que “se ejerce por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”. Sin embargo, entendemos que la disquisición que hace el Código entre posesión y actos posesorios carece de relevancia jurídica alguna, y en consecuencia participamos de la idea de que la servidumbre positiva también reconoce en la usucapción un modo de adquisición.

sobre otras opiniones que se conectan más con la función social de la prescripción adquisitiva

2. Concepción subjetiva y objetiva

Este enfoque posa la mirada sobre la conducta asumida por las partes. Es así, que posicionándonos en la figura del propietario, se lo sanciona con la pérdida del dominio por su obrar negligente, el que se verifica por el abandono material de la cosa. En suma, su inactividad y la falta de interés de realizar actos productivos sobre la cosa constituyen omisiones que traen consecuencias jurídicas.

La otra cara de la moneda es la figura del poseedor, quien se beneficia al haber ejercido actos posesorios, tales como mejoras, cercamiento, parquizado, etc., dándole al inmueble una función social al resguardarlo frente a actos de vandalismo, y con sus acciones positivas ha contribuido a la seguridad y salubridad públicas.

Esta postura se aparta de las visiones subjetivas para receptar a la usucapación como un modo de adquisición del dominio y pone el foco en los aspectos social, jurídica y económicamente relevantes, y ya no vislumbra al instituto como una sanción para el titular del derecho o como un beneficio para el usucapiente.

En cambio, la concepción objetiva ve en la prescripción adquisitiva un vehículo para dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario. A su vez, constituye un mecanismo eficaz en materia probatoria, pues evita que en procesos en los que está en discusión la titularidad del inmueble, la prueba se convierta en diabólica debiendo las partes remitirse hasta la titulación original

Finalmente, la tesis objetiva encuentra que en la usucapación existe un interés de la sociedad en tener certeza sobre la titularidad del inmueble, pues

quien ejerce la posesión aparece en el “ojo público” como su dueño la que unida al tiempo que fija el ordenamiento lo convierte en propietario.

3. Opiniones autorales

a. Ausencia de memoria de los protagonistas

En una antigua obra pero con auténtica vigencia, con locuaces palabras, Pablo Corna explica que si el propietario no reclama su propiedad, dentro del plazo establecido, no es justo que estas situaciones inciertas se prolonguen indefinidamente, más cuando se ha borrado el acto de la memoria de los protagonistas³¹.

b. Mecanismo para brindar seguridad jurídica

En la tesitura clásica, se afirma que la regulación legal de la usucapión obedece a la intención de otorgar seguridad a las relaciones jurídicas. Se enrolan en esta postura los Alterini, quienes aseveran que el instituto de la prescripción está directamente unido a la seguridad jurídica, dado que las situaciones jurídicas adquieren firmeza luego del transcurso del tiempo y con los demás requisitos legales³². En apoyo de su comentario citan a Radbruch para quien la necesidad a que responde la seguridad jurídica puede hacer también que los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y concluye diciendo que la prescripción adquisitiva no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica³³.

c. Régimen tuitivo para sectores vulnerables

³¹ CORNA, Pablo M., Prescripción adquisitiva, Ediciones Carra, 1984, Buenos Aires, p. 26.

³² ALTERINI, Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel y ALTERINI, María Eugenia, Tratado de los derechos reales, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, ps 184/184.

³³ RADBRUCH, Gustav, Introducción a la filosofía del derecho, Fondo de Cultura, Económica, México, 1955, p. 41

Con un matiz superador de las nociones tradicionales, Gabriela Vázquez sostiene que es captable en la usucapión un nítido fundamento social, como modo a través del cual, los sectores más desventajados, sin suficientes recursos para acceder a servicios jurídicos y notariales, o a la registración, pueden acceder al derecho de propiedad ó al saneamiento de titulaciones insuficientes, enrolándose así como un instrumento eficaz para alcanzar la igualdad real de oportunidades y el progreso económico con justicia social. La autora conecta su exposición con un vasto sector poblacional que permanece ajeno al mercado inmobiliario y formal en el que las personas poseen inmuebles, lo transmiten por simple tradición y se dan un apretón de manos para sellar la cesión de sus derechos posesorios, señalando que ello no les alcanzará para el reconocimiento de su titularidad dominial³⁴.

d. Estímulo a la producción y al trabajo

Claudio Kiper y Mariano aportan otros argumentos muy válidos: señalan que el fundamento de la usucapión está en el interés público, dado que es de importancia que el interés privado cediera ante aquel, como cuando un propietario negligente no hace uso de su derecho durante el tiempo fijado por la ley. A partir del enaltecimiento del interés público, los juristas enfatizan que el fundamento esencial de la usucapión es proteger y estimular la producción y el trabajo porque, quien, durante largos años, ha cultivado un inmueble, incorporando riqueza a la comunidad, debe ser protegido por la ley, afianzado en su derecho y estimulando su trabajo.

Finalizan diciendo que la prescripción adquisitiva es una forma de canalizar la función social de la propiedad³⁵

³⁴ VAZQUEZ, Gabriela A., Derecho reales, La Ley, 2020, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 165.

³⁵ KIPER, Claudio y OTERO, Mariano C., Prescripción adquisitiva, 1° ed. revisada, 1° reimp., Rubinzal – Culzoni, 2019, Santa Fe, p. 15

e. Aprovechamiento económico

El mismo Claudio Kiper, en coautoría con Ricardo Papaño, Gregorio Dillon y Jorge Causse, al evaluar la cuestión, destacan que en el interés de la ley radica en que la cosa sea aprovechada económicamente, pues existe un interés no solo del usucapiente, sino de toda la sociedad³⁶³⁷

f. Existencia de un profundo contenido social

Marina Mariani de Vidal y Adriana Abella suscriben que la usucapión engendra un profundo contenido social, puesto que, frente al no uso de la cosa por parte del propietario, se le hace perder el derecho confiriéndoselo al que realmente las hace producir, lo cual involucraría a la función social que la propiedad debe cumplir. Resulta así un acápite para que los bienes no se mantengan improductivos, favoreciendo a la economía y al interés general³⁸.

En este tren de ideas, cabe puntualizar que la posición referenciada ya era sostenida, con similares palabras, por Marina Mariani de Vial en una obra de su autoría del año 2000³⁹.

³⁶ PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLO, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., Derecho Civil – Derechos reales, 2° ed. actualizada y ampliada, Astrea, 2004, Ciudad de Buenos Aires, t. 2, p. 303.

³⁷ Con similares expresiones se expidió la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora: El fundamento esencial de la usucapión es la necesidad de proteger y estimular la producción y el trabajo. Quien durante largos años ha cultivado un inmueble, incorporando riqueza a la comunidad, debe ser protegido por la ley, afianzado en su derecho, estimulado en su trabajo. Esta solución, es tanto más justa si se piensa que frente a él está un propietario negligente que ha abandonado sus bienes y quien se desinteresa de ellos no merece la protección legal. Estos fundamentos de la usucapión tienen hoy mayor vigor que nunca. Las sociedades modernas no conciben, ya la propiedad como un derecho absoluto; ser dueño supone crecientes responsabilidades, no solo derechos. CCiv. y Com. de Lomas de Zamora, 09/10/2007, Rabbit S.A. c/ Bale, Elías y otros s/ Usucapión, <http://www.sajj.gob.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-buenos-aires-rabbit-sa-bale-elias-otros-usucapion-fa07994412-2007-10-09/123456789-214-4997-0ots-eupmocsollaf>.

³⁸ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, Derechos reales en el Código Civil y Comercial 1° ed., Zavalía, 2016, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, t. 2, p. 57.

³⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de derechos reales 6° ed. Actualizada, Zavalía, 2000, Buenos Aires, t. 3, p. 88.

g. Límite a la concepción individualista de la propiedad

Además de ratificar los criterios expuestos más arriba, Jorge Rossi afirma que la usucapión es un límite a la concepción individualista de la propiedad⁴⁰.

h. Instituto gravitante con referencia a la vivienda única y permanente

En la ponencia presentada, en el marco de la Audiencia Pública llevada a cabo por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, cuyo objeto apuntaba a justificar la necesidad de reducir el plazo de la prescripción adquisitiva de dominio en el supuesto de los inmuebles destinados a vivienda única y permanente, María Daniela Marino explica que el instituto desempeña una función social considerable para mejorar los títulos y estimular la actividad y el esfuerzo, aspecto que es relevante en nuestro país, debido a su vasta extensión, y sobre todo considerando que ha sido necesario fomentar el trabajo de la tierra,

Asimismo, subraya que, según el censo poblacional del año 2010, el déficit habitacional en nuestro país alcanza a 2.640.871 hogares y que más de la mitad de estos hogares pertenece al sector de la población con menores ingresos. Las ocupaciones de tierras y viviendas han representado en la historia reciente la forma más común de acceso al suelo y a la vivienda para los sectores populares.

Particularmente, en la provincia de Buenos Aires hay cerca de 850 mil familias que padecen problemas de vivienda y de acceso a la propiedad de la tierra, según la ONG “Un Techo para mi País”, en el Gran Buenos Aires hay 864 villas y asentamientos, donde residen 508.144 familias. Los casos de toma de tierras en distintas localidades del país son manifestaciones de

⁴⁰ ROSSI, Jorge O., *Usucapión 1° ed.*, ediciones dyd, 2018, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 43

esa dificultad de fondo. A modo informativo, entre 1981 y 1990 se registró el mayor porcentaje de conformación de asentamientos y villas con un 18,3%. Así las cosas, el problema habitacional debe ser considerado como una realidad palmaria a ponderar a la hora de regular la prescripción adquisitiva de dominio, teniendo en cuenta el derecho fundamental a la vivienda digna que debe garantizarse a todos los argentinos.

La autora concluye su ponencia afirmando la necesidad de reducir el plazo de la prescripción adquisitiva de dominio en el supuesto de los inmuebles destinados a vivienda única y permanente, cuya ocupación tenga causa lícita. Entiende que la realidad actual amerita que se establezcan cláusulas específicas para regular la prescripción adquisitiva de dominio en el supuesto de los inmuebles destinados a vivienda única y permanente, cuya ocupación tenga causa lícita, estableciéndose para los mismos un plazo más corto, que el de la prescripción adquisitiva larga del Código Civil actual y del art. 1899 del Anteproyecto.

Por ello, asevera que toda vez que el derecho a la vivienda digna es un derecho humano fundamental garantizado en los tratados de derechos humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional, el principio de constitucionalización del derecho privado, la realidad habitacional en nuestro país, la necesidad de regular la situación de las familias que ocupan con causa lícita y con destino de vivienda única un inmueble; y resultando indiscutible la finalidad social del instituto de la usucapión, -cuyas normas son de orden público-, debe incluirse una previsión específica para el supuesto analizado⁴¹.

i. Remedio para sanear el perpetuo peligro de los derechos

⁴¹ MARINO, María Daniela, ponencia titulada "Prescripción adquisitiva de dominio – vivienda única, en el marco de la Audiencia Pública de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Fecha de consulta 12/05/2023.

Guillermo Borda, al igual que Kiper y Otero, refuerza que el fundamento esencial de la usucapión es la necesidad de proteger y estimular la producción y el trabajo; pero también añade que es un modo de resolver un problema que, de otra manera, no tendría solución pues quien posee, de no mediar la usucapión, tendría un perpetuo peligro en sus derechos. De allí que la prescripción adquisitiva tenga un fundamento de orden público, pues no atiende sólo al interés del poseedor, sino también al interés social⁴².

El antecedente de la ley 24.374 de regularización dominial

1. Régimen jurídico

El 7 de septiembre de 1994, el Congreso Nacional sancionó la ley 24.374⁴³ a la que denominó “Ley de regularización dominial”. El art. 1° de la ley estipula: “Gozarán de los beneficios de esta ley los ocupantes que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años con anterioridad al 1° de enero de 1992, y su causa lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la reglamentación”. Cabe apuntar que este precepto fue objeto de sucesivas modificaciones a fin de actualizar la fecha a partir de la cual debe acreditar la posesión, siendo la última introducida por el art. 35 de la [ley 27.118](#) (B.O. 28/1/2015), la que dispuso que el beneficio correspondía a quienes acrediten posesión durante tres años con anterioridad “1° de enero de 2009”.

El art. 2° determina quienes se encuentran legitimados a petitionar el acogimiento al régimen legal: “Podrán acogerse al régimen, procedimientos

⁴² Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales, 4° ed. ampliada y actualizada, reimpresión, Abeledo Perrot, 2003, Buenos Aires, t. I, p. 310, y Peña Guzmán, L., Derecho Civil - Derechos Reales, TEA, 1973, Buenos Aires, t. II, p. 138.

⁴³ Promulgada parcialmente: el 12 septiembre de 1994.

y beneficios de esta ley, en el orden siguiente: a) Las personas físicas ocupantes originarios del inmueble de que se trate; b) El cónyuge supérstite y sucesores hereditarios del ocupante originario que hayan continuado con la ocupación del inmueble; c) Las personas, que sin ser sucesores, hubiesen convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar, por un lapso no menor a dos años anteriores a la fecha establecida por el artículo 1º, y que hayan continuado con la ocupación del inmueble; d) Los que, mediante acto legítimo fuesen continuadores de dicha posesión”. Y el art. 4º excluye a los propietarios o poseedores de otros inmuebles con capacidad para satisfacer sus necesidades de vivienda y a los inmuebles cuyas características excedan las fijadas en la reglamentación.

El trámite es de índole administrativo (art. 8º) y se concede a los peticionantes el beneficio de gratuidad (art. 3º).

Una vez cumplidos los requisitos legales y reglamentarios y “no existiendo oposición y vencido el plazo, la Escribanía de Gobierno labrará una escritura con la relación de lo actuado, la que será suscrita por el interesado y la autoridad de aplicación, procediendo a su inscripción ante el registro respectivo, haciéndose constar que la misma corresponde a la ley 24.374” (art. 6º inc. e).

Finalmente, el art. 8º prescribe que “La inscripción registral a que se refiere el inciso e) del artículo 6º se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años contados a partir de su registración”

2. Fundamentos de la ley

En los Antecedentes Parlamentarios de la ley se postula que "Aquí está el quid de la cuestión: el derecho, el amparo judicial de los intereses de los ciudadanos, es caro, y eso determina que para una amplia franja de la

población, el derecho y la justicia sean realmente inexistentes. Y un derecho que no le sirve a la gente para resolver sus problemas. porque es inaccesible, no es derecho, no es justicia. Esto es lo que crea una situación de marginalidad jurídica, que acompaña a la marginalidad social, cultural y económica. Es a esta problemática a la que debemos hacer frente y resolverla con imaginación, con audacia, sin que ello implique privar a nadie de sus derechos arbitrariamente, ni de la posibilidad de que los resguarde dentro del marco legal existente. En este entendimiento de las cosas, y juzgando que nuestro derecho, fuertemente apegado a la tradición romanística, debe abrirse a las nuevas realidades y las nuevas problemáticas del hombre que es, en definitiva, el verdadero sujeto del derecho, es que nos hemos empeñado en propugnar una legislación que dé solución pronta y definitiva a una problemática que, de otra manera, debe juzgarse definitivamente insoluble. Esta legislación termina con ciudadanos de segunda que no pueden tener acceso a la propiedad de su vivienda, incorpora un enorme caudal de bienes inmuebles al comercio y, por añadidura, también beneficia a la sociedad en su conjunto, ya que, a partir de su regularización, se convertirán en contribuyentes de impuestos, tasas y demás gabelas públicas, tanto nacionales cuanto provinciales y municipales"⁴⁴.

Las expresiones transcritas nos persuaden a afirmar que la ley 24.34 evidencia un claro régimen tutelar para personas humanas de bajo recursos, configurando un indudable supuesto de "usucapión administrativa", para la cual alcanza con diez años de posesión para acceder al acta-escritura prevista en el art. 6 inc. e, la que será inscripta en el registro inmobiliario, y

⁴⁴ Antecedentes Parlamentarios", año 1995, N° 6, p. 254 Edu, Revista Jurídica La Ley, Bs. As., citado por FERRARI, Ema, COLINAS, Claudia, BASANTA, Luis Felipe, GOMEZ, Nestor O., Titulación de contenido social y regularización dominial en la República Argentina, ponencia presentada en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana realizada en Asunción, Paraguay, entre los días 26 y 28 de junio de 2008, perteneciente al tema 1: Herramientas que el notariado puede proveer para la solución de la titulación masiva, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Revista Notarial 2008/02 N° 90

diez años más para consolidar el derecho, el que operará automáticamente (art. 8°).

Apoyando la iniciativa legal, Fernando López de Zavalía aclamó su sanción con las siguientes palabras: "Con mucho gusto voy a exponer mi opinión por haber enseñado durante años el derecho civil y sabiendo que quizás esté comprometiendo el prestigio ante mis colegas, pero obro con la plena conciencia de que este proyecto de ley encaja dentro de un mecanismo de relojería; porque es un mecanismo de relojería el que requiere el civilista respecto de la adquisición del dominio por actos entre vivos y su oponibilidad a terceros. Existe sin duda un problema social, que todos conocen: La gran cantidad de poseedores de inmuebles urbanos destinados a vivienda que se ven obligados a vivir en la clandestinidad registral y que son dignos de protección. Como este terna puede llegar algún día a los estrados judiciales, quisiera que queden bien claros los alcances del texto"⁴⁵.

Examinando los fundamentos de la ley 24.374, Diego de Rosa y Diego Abadie asumen como premisa que, para entender y poder compensar el desequilibrio de justicia social, no es posible acudir a concepciones tradicionales, clásicas o neoclásicas como mecanismos de comprender y poder cambiar proactivamente la realidad, en razón de que el orden económico hoy día dado, resulta funcional al modelo actual de distribución de la riqueza.

Los escritores esgrimen que, a partir de asignarle a la usucapión una función social, se propicia la flexibilización de ciertos pasos en su procedimiento tales como abreviación de pruebas, exención del pago de tasas y demás gravámenes, para que personas de escasos recursos que quisieran acceder a su vivienda única, familiar y permanente, pudieran acudir

⁴⁵ Citado por FERRARI, Ema, COLINAS, Claudia, BASANTA, Luis Felipe, GOMEZ, Nestor O., ob. cit.

a esta herramienta, siempre, respetando las normas de fondo aplicable a la materia.

A partir de los argumentos dados, establecen que la ley 24.374 representa un comienzo a la solución del problema y por sobre todas las cosas, una resolución a una situación fáctica en relación a todos los inmuebles ocupados fundamentalmente en zonas aledañas a las grandes urbes, que se encontraban en una situación de anomia total⁴⁶.

Por su lado, Lorena Muñoz refiere que se ha advertido que un gran porcentaje de poseedores son "personas de escasos recursos económicos, de limitado desarrollo cultural, con situaciones familiares diversas...", donde "... la marginalidad jurídica es manifiesta y la justicia por mano propia un lugar común..." y por lo tanto "... entender que esos ocupantes deben regularizar su situación dominial acudiendo a los estrados judiciales para hacer valer sus derechos, como ordinariamente corresponde, es... más que una ingenuidad, una quimera que evidencia desconocimiento de una situación real de que estamos tratando", razón por la cual la ley 24.374 ha nacido como consecuencia de la ineficacia de los mecanismos legales previstos por el ordenamiento - especialmente juicio de escrituración y usucapión - los que no brindan una solución a estos poseedores, marginados en cierta forma del sistema jurídico.

Asimismo, destaca que la ley reporta beneficios derivados de la incorporación de dichos inmuebles al mercado formal, no sólo para los adherentes al régimen, sino también a la sociedad en su conjunto. La práctica demuestra que la concreción de la regularización dominial, con la consecuente titularización de la propiedad de la tierra, genera un efecto

⁴⁶ DE ROSA, Diego y ABADIE, Diego E., Contornos del régimen de regularización dominial de la ley 24.374 y sus modificatorios, Anales N° 42 - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, 2012.

positivo en el ánimo de quién pasa a revestir el carácter de propietario legal, fomentando una mayor predisposición e interés en mejorar las condiciones de su vivienda, e impulsando asimismo, la realización de obras de mejoramiento de infraestructura urbana e instalación de servicios. Incluso, debemos tener presente que el título de dominio representa un requisito indispensable, no sólo para acceder a determinado tipo de créditos, sino también y especialmente, para adherirse a ciertos planes para el mejoramiento de viviendas, promovidos por organismos nacionales e internacionales⁴⁷.

En resumen, es innegable que el dispositivo alumbrado por la normativa analizada exhibe un tinte protectorio con raíz social y utiliza el instituto de la usucapión como vehículo para materializar su finalidad, decididamente orientada a lograr que sectores vulnerables y desprotegidos de la sociedad puedan lograr la titulación de su único inmueble destinado a vivienda.

Ley 10.830 de la Provincia de Buenos Aires

En el año 2001, la legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la ley 10.830, por la cual se reglamentó el ejercicio y competencia de la Escribanía General de Gobierno.

El art. 4º inc. d de la ley dispone que la Escribanía General de Gobierno, para el cumplimiento de sus funciones, tendrá a su cargo las regularizaciones dominiales de interés social que involucren a particulares, cuando así lo requieran el Poder Ejecutivo Provincial o las Municipalidades.

⁴⁷ MUÑOZ, Lorena, Regularización Dominial: A más de una década de la Ley 24.374. Estado de la consolidación de dominio en la Provincia de Buenos Aires y una posible actualización del régimen, Universidad Nacional de la Plata, 01/01/2008, 409.

El Poder Ejecutivo provincial interpretó la preceptiva en el sentido de que la persona que acude a estas escrituraciones sociales debe acreditar que adquirió la posesión del inmueble cuya escrituración persigue con causa en un boleto de compraventa. Es por ello, que dictó el decreto 1.256/2001 poniendo en cabeza de las municipalidades las tramitaciones de los expedientes iniciados por los particulares que pretenden escriturar bajo esta modalidad en la cual el beneficiario solo afronta el pago de una tasa del 1% del valor fiscal del inmueble.

Es importante señalar que están legitimadas tanto personas humanas como jurídicas.

Conclusiones: la usucapión inmobiliaria en clave de derechos humanos

Llegada la hora de ensayar las conclusiones relativas a los fundamentos de la prescripción adquisitiva de inmuebles como modo de adquisición del dominio, teniendo en cuenta las distintas opiniones vertidas y las leyes que han establecido diversos regímenes legales acudiendo a dicho instituto como recurso para posibilitar la regularización dominial de viviendas, es necesario hacerlo con apego a dos premisas: 1) el derecho humano a una vivienda digna y 2) la inequidad de género de materia de propiedad de tierras.

Con referencia al derecho humano a una vivienda digna, cabe subrayar su tutela constitucional y convencional, tanto en nuestra Constitución Nacional (arts. 14 bis y 75 incs. 19, 22 y 23, entre otros), como en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1).

Lo mismo cabe decir con referencia a la inequidad género en el orden de las tierras, pudiendo pensar en una futura diagramación de un régimen tuitivo para mujeres en situación de vulnerabilidad.

En este tren de ideas, es importante remarcar que, a los aspectos estructurales, se suma un hábito en las transacciones inmobiliarias cuando la adquisición la concreta una pareja, vinculado con la escrituración en favor del varón, en desmedro de la mujer, aun cuando el aporte económico para el negocio proviniese de ambas partes.

La Comisión redactora del actual Código Civil y Comercial tomó nota de esta costumbre y legisló institutos que persiguen revertir esta situación, como es el caso de la compensación económica prevista en los arts. 441, para el matrimonio, y el art. 524 para las uniones convivenciales, los cuales textualmente dicen: “Art. 441. Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez” y “Art. 524. Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”.

En los Fundamentos del Proyecto de Código enviado al Congreso Nacional, se explica que “El anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento

en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca pensiones compensatorias. Estas compensaciones pueden ser abonadas de diferentes modos: prestación dineraria única; renta por un tiempo determinado o, de manera excepcional, por plazo indeterminado. Por ejemplo, si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etc. Nada impide que los cónyuges convengan su monto y forma de pago, pero como se trata de un caso de protección legal con fundamento en la solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo, el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere. Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición”.

Además, no puede dejar de acentuarse que la igualdad de género en cuanto a la propiedad de la tierra y el control sobre ella es un derecho humano. Por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prohíbe la discriminación por razón de sexo y se defiende la igualdad ante la ley. Interpretando el instrumento internacional, la FAO indicó que el Pacto puede aplicarse para defender el derecho de las mujeres a la

igualdad, no solo con respecto a los derechos civiles y políticos, sino también a los económicos y sociales⁴⁸.

Hechas las aclaraciones, luego del relevamiento académico al que pasamos revista así como del análisis evolutivo de la legislación, consideramos que se encuentra justificado que la usucapión inmobiliaria puede ser concebida actualmente como un instituto que tiene una finalidad tuitiva basada en la función social de la propiedad.

En efecto, superada la visión clásica que ciñe la cuestión a la idea de arrojar certeza jurídica a las relaciones como sustento, postulación que no, por supuesto, de deja de ser cierta, pero que es solo el principio del ovillo, en el estado actual de la cuestión, la prescripción adquisitiva se expande hacia contornos muchos más amplios, en los que uso como remedio legal - y claramente aquí lo es - debe dirigirse a servir de instrumento para favorecer la regularización del derecho de los más despojados.

Así lo ha entendido la academia al señalar que en ella subyace un profundo contenido social, que implica un límite a la concepción individualista de la propiedad privada, que fomenta el estímulo a la producción y el trabajo, que materializa el derecho a la vivienda, que es un instrumento eficaz para alcanzar la igualdad real de oportunidades y el progreso económico con justicia social, en definitiva, no se trata ni más ni menos de la función social que desempeña la usucapión.

Ahora bien, el uso del vocablo “función social” debe ser entendido en sentido positivo y progresista y no bajo la concepción tradicional civilista

⁴⁸ FAO; Banco Mundial; ONU-Hábitat. 2021. Medición de los derechos de las personas a la tierra, <https://www.fao.org/3/ca4885es/ca4885es.pdf>. Fecha de consulta: 12/05/2023.

atada a la noción romanista, sino en el contexto de los Tratados de Derechos Humanos y de la Constitución Nacional y de la constitucionalización del derecho privado que nace de tales documentos y de los arts. 1 y 2° del Código Civil y Comercial.

Este enfoque ya fue asumido por el propio legislador quien, como pudimos apreciar, con la sanción de la ley 24.374 imprimió una visión renovadora de este modo originario de adquisición con miras tutelar a los más desprovistos.

En las fuentes seleccionadas, hemos detectado manifestaciones que subrayan la necesidad de utilizar la usucapión como régimen jurídico tuitivo de la vivienda única y permanente del poseedor y la desechan cuando éste goza de buenos recursos o es titular de varios inmuebles, es decir que estas miradas perciben su provecho para reparar desigualdades. Por lo tanto, la actual función social de la usucapión debe ser utilizada como fundamento para propender a equilibrar la situación de determinados grupos sociales y viabilizar el acceso a la vivienda propia.

En definitiva, la prescripción adquisitiva configura una muy fructífera solución para titularizar el dominio de sectores sociales desfavorecidos, resultando factible propiciar, dentro de dicho contexto, un régimen particular para mujeres en situación de vulnerabilidad.

La reforma constitucional del año 1994 y el artículo 2º



*Jorge Antonio Di Nicco*¹

Es de referir, en primer lugar, que la Constitución Nacional de 1853/1860 sujetó la relación con la Iglesia católica a la institución del Patronato, que el Estado argentino lo ejerció de manera unilateral.

Dicha Constitución Nacional incorporó una variedad de artículos vinculados a lo religioso, pero íntimamente conectados con el ejercicio del Patronato y demás atribuciones conexas otorgados por el Papa al Rey.

El efectivo ejercicio del Patronato fue motivo de variados conflictos entre el Gobierno federal y la Santa Sede desde el año 1810. Se ensayaron diversas fórmulas para lograr la designación de Obispos, visto que la Santa Sede nunca reconoció que Argentina poseía la atribución del Patronato.

Un primer Acuerdo República Argentina y Santa Sede, específicamente para el particular castrense, fue alcanzado en el año 1957. En el año 1966 un Acuerdo, considerado el primer fruto del Concilio Vaticano II en la materia, consagró la más plena autonomía de la Iglesia católica y su libertad de comunicación, para la creación y provisión de diócesis.

Como se observa, con el Acuerdo del año 1966 entre Argentina y la Santa Sede se aclaró definitivamente que la República Argentina carecía del derecho al Patronato pregonado en la Constitución Nacional, quedando la Iglesia católica plenamente autónoma para designar a los Obispos, erigir

¹ Abogado, Notario, Postgrado Interdisciplinario en Derecho de Familia, Doctor en Derecho Canónico, Diplomado en Pastoral Carcelaria y Director adjunto del Instituto de Derecho Eclesiástico y Canónico del Colegio de Abogados de Morón.

diócesis, resolver sobre las nuevas órdenes religiosas a actuar en el territorio nacional y comunicarse libremente con sus pastores.

La reforma constitucional del año 1994 suprimió las cláusulas sobre el Patronato, que ya carecían de vigencia, y demás cláusulas religiosas con excepción del artículo 2º, reconociendo, por su parte, una jerarquía superior a las leyes a los tratados y concordatos, y por ende a los dos Acuerdos citados.

El mencionado artículo 2º dice que el Gobierno federal sostiene el culto Católico Apostólico Romano; y aquí está la discusión sobre que se interpreta por "sostener".

Para una postura parece significar un mandato de sostenimiento económico del culto católico y no más.

Para otra postura, no se refiere al mero sustento material o presupuestario, sino que comprende un decidido apoyo a su doctrina y a sus enseñanzas, respetando la libertad de los otros cultos.

Es claro que el alcance e interpretación del vocablo "sostener", sin olvidar la evolución y el contexto histórico que le dio origen, debe articularse contemplando todos los derechos constitucionales en juego.

Es de recordar que la Conferencia Episcopal Argentina informó que el último día del mes de diciembre del año 2023 se concluyó el proceso de renuncia a la asignación mensual por parte del Estado, prevista por la ley 21.950. De esta forma, Arzobispos, Obispos diocesanos y auxiliares dejaron de percibir por completo el aporte mensual que les era asignado por el Estado mientras estaban en funciones, equivalente al 80% de la remuneración de los jueces nacionales de primera instancia.

El proceso de renuncia progresiva de la Iglesia católica al aporte del Estado comenzó en el año 2018. Dicho proceso se materializó a partir del presupuesto del año 2019, que determinó una caída del 30% en las asignaciones a Obispos, sacerdotes y seminaristas. En el año 2020, el

Episcopado anunció un plan económico para generar financiamiento propio, que se concretó a través del Programa FE, que favorece el autosostenimiento por medio de distintas campañas de donación.

Sirvan estas breves palabras solamente para dejar esbozada una temática cuyo tratamiento pormenorizado excede el espacio disponible en el presente y que, entiendo, no ha devenido en abstracta.

Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1994

José Luis Nuñez¹

Contexto y motivaciones

Cada etapa histórica de la Argentina estuvo signada por la preponderancia de una de las dos corrientes – la nacional y la liberal- que han debatido y debaten por el ejercicio del poder determinante. Cada una de ellas plasmó su concepto de poder en un instrumento supremo que exteriorizara la legitimación pretendida.

Así, las constituciones unitarias nonatas de 1819 y 1826; la etapa de conformación y alianzas de las realidades locales al amparo de la prudencia política del gobierno de Juan Manuel de Rosas expuesta en su carta dirigida a Juan Facundo Quiroga fechada en 1834 en la Hacienda de Figueroa; la constitución liberal de 1853 como fruto de la derrota nacional de Caseros (y sus reformas); la constitución justicialista de 1949/1955; la restauración liberal y por último la reforma de 1994.

Esta exposición tiene como objetivo exponer las principales características de la constitución actualmente vigente en comparación con sus antecedentes.

La reforma de 1994 tuvo un hecho generador interno – el llamado Pacto de Olivos- derivado del interés del entonces presidente Menem en obtener su reelección inmediata y del afán del ex presidente Alfonsín de incorporar al texto sus propuestas inspiradas en la socialdemocracia europea

¹ Director del Instituto de Derecho Constitucional del CAM.

y en el “parlamentarismo atenuado” que habían quedado como un saldo pendiente de su presidencia.

También debe atenderse al encuadre externo constituido por la redistribución del poder mundial luego del colapso de la U.R.S.S. y la caída del Muro de Berlín y a la ideología, aceptada por entonces, del supuesto fin de las ideologías proclamada por Fukuyama.

Ello sumado a los condicionantes en la relación de Poder Imperial vs. Poder Nacional devenidos - en nuestro caso concreto- por la derrota sufrida en 1982 frente a las fuerzas que secularmente han incidido en nuestro devenir interno.

He dicho en anteriores oportunidades que desde 1983, el status institucional argentino es el de una democracia semi-colonial, sostenida principalmente por los actores políticos locales que consciente o inconscientemente aceptan las limitaciones impuestas por Gran Bretaña luego de 1982.

Principalmente durante la presidencia Menem se proclamó sin ambages la adscripción de la política exterior argentina a los lineamientos y acciones de las potencias nor-occidentales, resultando de ello inevitables condicionamientos para el hacer interno, entre los que encontramos a la reforma constitucional.

Del ya mencionado “Pacto de Olivos” queda expuesto que el justicialismo renunció plenamente a reivindicar los afanes revolucionarios que habían llegado a convertirse en letra constitucional en 1949.

Sostengo que la constitución nacida en 1994 puede ser caracterizada porque recepto el hecho de la *globalización*, entendiendo como tal a la supremacía de una fuerza unidireccional obediente a los grupos concentrados de poder financiero que subordinan las políticas, las naciones, las economías, las culturas y los pueblos, a determinada concepción

individualista y utilitarista extrema que avasalla todo aquello que considera un obstáculo a su dominio universal pleno.

Principales modificaciones

- 1) De las características sumariamente enunciadas se consolida la concepción liberal decimonónica de la propiedad privada en desmedro de su función social preconizada por la doctrina social de la Iglesia católica, asumida en la mencionada reforma de 1949.
- 2) Con el artículo 38 (Nuevos derechos y garantías) se ha privilegiado a los partidos políticos que pese a la profunda crisis de representatividad que han generado en la sociedad, pretenden consolidar sus privilegios excluyendo a todo otro tipo de representación. El fenómeno global de esta crisis resulta consecuencia de la toma de conocimiento por la población en general, del hecho que los partidos de toda gama, se han limitado por su adscripción a diversas internacionales económico-ideológicas. Particularmente, en nuestro caso, la “carrera política” es hoy casi la única manera de ascenso económico social, y es tomada como tal por quienes la eligen.
De ese modo se ha desechado otorgar representatividad alguna a las asociaciones que natural y espontáneamente surgen de las diversas actividades sociales. Contrariamente, el artículo 41 de la Constitución bonaerense, reformada simultáneamente a la nacional, las reconoce y alienta.
- 3) Otra prebenda otorgada graciosamente a los partidos es el tercer senador por la minoría que dispone el artículo 54, sumando, además del dispendio económico que implica, la confusión sobre la representatividad de los senadores, que antes representaban a su provincia, y ahora a su sector político.
- 4) El artículo 75 que enumera las atribuciones del Congreso Nacional merece varias consideraciones, desde mi óptica, claramente negativas.

- a. La primera de ellas es el régimen fiscal impositivo consagrado en el inciso 2do. Cuando instaura en el máximo nivel legal de la república el sistema de “coparticipación federal” de los tributos que, centralizadamente, recauda el Estado Nacional, desecha de ese modo un sistema contrario, federal, descentralizado, que deje a cargo de los Estados Provinciales la recaudación de los impuestos principales, para su posterior elevación, en la cuota que corresponda, al Estado central para que este atienda a su funcionamiento.

Por otra parte el sistema constitucionalizado aún no ha sido reglamentado legalmente como manda la Cláusula Transitoria 6ta. que imponía la obligación de sancionar dicha ley antes de concluido el año 1996.

Este modo de recaudación deja al arbitrio y antojo del Ejecutivo Nacional la distribución de la riqueza recaudada según su criterio circunstancial, tal como se ha visto e instrumentado en los últimos años y consolida nítidamente el triunfo del unitarismo centralista del puerto de Buenos Aires, condenando a las provincias al papel de lamentables mendigos de la “gracia” del eventual presidente.

- b. El inciso 17 introdujo irresponsablemente un tema que no agitaba las aguas internas, pero que en el plano internacional, era utilizado por potencias coloniales, entre ellas Gran Bretaña, para desarrollar afiadas estrategias de disolución de sociedades y estados, creando conflictos religiosos, étnicos, etc. La ignorancia de ese elemento externo al incluir el “tema indígena” ha dado pie a los ilegítimos reclamos que enfrenta hoy nuestro país por parte de grupos que no representan a los argentinos de origen indígena pero que cuentan con el abal de organismos internacionales públicos y privados. Precisamente los reclamos de independencia

territorial abarcan tanto en el sur como en el noroeste, zonas de gran riqueza minera e hidro-carburífera.

- c. El inciso 22 al otorgar rango constitucional a los tratados internacionales que menciona, es la prueba palmaria del ingreso de la Argentina al concierto del gobierno mundial. Las organizaciones públicas internacionales actúan desde antaño con fines y objetivos propios, muchas veces ajenos o enfrentados a los intereses de los Estados que los conforman. Una enmarañada burocracia dispone así, como tribunales de instancias superiores, sobre decisiones que deberían quedar en la órbita soberana de cada nación, hoy renunciada por la Argentina.
 - d. Más grave aún es la consecuencia de lo dispuesto por el inciso 24 que otorga rango supralegal a las normas dictadas por organismos supraestatales en los que nuestra nación haya delegado facultades y competencias. Por ejemplo, una resolución administrativa dispuesta por un ente burocrático intermedio del Mercosur tiene rango superior a una ley dictada por el Congreso Nacional.
- 5) El afán alfonsinista de imitar experiencias ajenas surgidas de circunstancias completamente diferentes a las propias nuestras llevó a la creación del instituto del Defensor del Pueblo (artículo 86). La historia europea, de donde se extrajo dicho instrumento, nos habla de la lucha sostenida por la nobleza baja, contra el poder real que se resistía a abandonar su absolutismo de origen divino. Así ocurrió en Inglaterra hasta la sanción de su Carta Magna o en Suecia con la creación del “ombudsman”.

En nuestro país no hubo ni hay un monarca de derecho divino que defienda sus privilegios. Por el contrario rige el sistema electivo de las autoridades representativas. Elegimos periódicamente concejales, consejeros escolares, intendentes, diputados y senadores provinciales,

gobernadores y vicegobernadores, diputados y senadores nacionales y por último, presidente y vicepresidente.

Si necesitamos además un funcionario que defienda a los ciudadanos de los “hechos, actos u omisiones de la administración y que controle el ejercicio de las funciones administrativas públicas” protagonizados por los ciudadanos han sido previamente elegidos, es una admisión palmaria de la inutilidad o de la perversidad del sistema político argentino.

La lógica más elemental nos dice que cada funcionario o legislador debe ser un defensor de los derechos del pueblo que lo ha llevado a su sitio.

- 6) El artículo 94 modifica diametralmente el sistema por el cual se elegirán presidente y vicepresidente, al instaurar el distrito único formado por todo el territorio nacional en lugar del sistema de Colegio Electoral que regía anteriormente. Esto, dadas las características poblacionales de nuestro país, donde más de un tercio de los sufragantes se concentran en un radio de 80 kilómetros del puerto de Buenos Aires, acentúa el predominio del interés central por sobre la necesidad del desarrollo equilibrado a alcanzar por todas las provincias y regiones que componen la Argentina.
- 7) El artículo 114 dispone la creación del Consejo de la Magistratura, organismo que tendrá a su cargo la administración del Poder Judicial y la selección, control disciplinario y eventual remoción de los magistrados federales. Con anterioridad los magistrados judiciales eran designados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado y era la misma Corte Suprema de Justicia la que dictaba el reglamento funcional y económico por el cual se regía el Poder Judicial.

Lo que aportó este instituto fue un nuevo nicho para albergar a algunos centenares de integrantes de la “clase política” sin que su funcionamiento hay aportado solución alguna a los defectos u errores que puede achacársele al sistema judicial federal.

8) Contrariamente a lo expuesto hasta ahora, cabe destacar el aporte positivo que traen al universo constitucional-legal, las instituciones contenidas en los artículos 41 (defensa del medio ambiente); 42 (defensa del usuario y consumidor) y 43 (acciones de amparo, habeas corpus y habeas data).

Todas ellas atienden a requerimientos indispensables de nuestra sociedad.

El amparo ya había sido contemplado en la constitución de 1949 y es una acción muy utilizada en la defensa de diversos derechos y su incorporación al máximo texto legal refuerza su capacidad.

Lo mismo cabe decir del sistema de audiencias públicas que se ha legislado tanto a nivel nacional como en distintas provincias, basado en lo dispuesto por los artículos 41 y 42, y que se constituyen en los medios que permiten al mero ciudadano/usuario/consumidor, generalmente representado asociaciones de tales, controlar e incidir en la autorización estatal para desarrollar actividades que impliquen una afectación del ambiente, o la modificación en la prestación de un servicio público o de sus tarifas.

Primeras conclusiones

Digo primeras conclusiones porque este trabajo es una simple aproximación a un tema que por su importancia, debe ser asumido y estudiado por cada argentino interesado en el destino patrio, y es a cada uno de ellos a quien cabe la formulación de las conclusiones finales a las que los lleven su personal análisis.

Por mi parte, habiendo transcurrido tres décadas desde la reforma, puedo confirmar todos y cada uno de los presagios negativos que en oportunidad de desempeñarme como Convencional Nacional Constituyente por la provincia de Buenos Aires, me llevaron a votar en contra del “paquete” de reformas.

El Pacto de Olivos y la ley que dispuso la convocatoria a una Convención Nacional Constituyente obligó a votar en conjunto todos los temas sujetos a reforma, impidiendo de ese modo discernir sobre cada uno de ellos.

De modo tal que mi voto fue positivo solo y únicamente en ocasión de tratarse y aprobarse por unanimidad la Disposición Transitoria Primera, que reivindica como objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino, la recuperación de las islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur y sus espacios marítimos correspondientes

Control de constitucionalidad y convencionalidad. Límites al poder constituyente



Patricia Cozzo Villafañe¹

A modo de introducción

Existen A partir de este nuevo siglo en nuestro país existieron grandes cambios. Esto se debe a que en el año 1994 se realizó una reforma constitucional que incorporó a la Carta Magna exactamente al artículo 75 inciso 22 diversos Pactos y Tratados Internacionales. Esto introdujo grandes cambios en materia de Derechos Humanos en los últimos años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. Esto fue un verdadero nuevo paradigma que transformó hasta el lenguaje en el derecho. Además, se incorporaron nuevas formas de interpretación de las normas jurídicas, algunas de ellas hasta novedosas como lo es el control de constitucionalidad y convencionalidad. Esto es lo que pasare a analizar en el presente.

El proceso de modificación de la constitución

¹ Dra. Patricia Cozzo Villafañe. Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Tributación Local por la Universidad de Tres de Febrero. Posgrado en Tributación Sub-nacional por la Universidad de Tres de Febrero. Diplomada en Gestión de Políticas Públicas. Posgrado en Discapacidad por Universidad de Buenos Aires. Abogada litigante en materia penal. Funcionaria de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA). Conferencista. Autora de artículos de la especialidad y autora de libros y tratados Colectivos. Editorial OLEJNIK. Autora del libro "Asociación Ilícita Tributaria, moratorias, blanqueos, política criminal y derechos humanos" Editorial TED. ORCID: 0000-0002-2558-0051.

La constitución nacional en su artículo 30 establece un procedimiento rígido para la reforma de la misma. Es el Congreso Nacional que debe declarar la necesidad de la reforma y debe contar para ello con una mayoría especial de 2/3 de los legisladores que se pronuncien en este sentido.

Este proceso es completamente rígido y teniendo en cuenta que el Congreso es bicameral el pronunciamiento acerca de esa necesidad de reforma debe contar con los 2/3 de cada una de las cámaras legislativas. Ambas cámaras deben expedirse de manera separada acerca de esta necesidad.

Este pronunciamiento se manifiesta por medio de una ley donde establecen las características de la reforma, si la será total o parcial y cuáles son las cuestiones acerca de las cuales versará esta reforma. O sea que la convención constituyente debe ajustarse a tratar los temas que se establecieron en la ley donde el congreso se expidió acerca de la necesidad de la reforma.

O sea que existe una ley de carácter declarativo que establece cuales son las cuestiones que deberán enmendarse y la convención constituyente solo puede tratar estos temas.

Reforma constitucional de 1994

Todo este proceso legal que establece el artículo 30 de la Constitución Nacional se llevó adelante luego que los dos partidos mayoritarios lograran un acuerdo en el llamado “pacto de Olivos”. Mediante este pacto arribar a un acuerdo acerca de que lineamientos se llevaría adelante esta enmienda constitucional. Si los dos partidos mayoritarios lograban un consenso iba a resultar mucho más fácil lograr la mayoría especial de 2/3 en ambas cámaras legislativas conforme lo exige la Constitución de 1853.

Se iba a permitir la elección de presidente de la Nación si se creaba una figura como el jefe de gabinete que les permitiera a la oposición articular

mecanismos para atenuar el régimen presidencialista que prima en la República Argentina.

También se incorporaron otros cambios como por ejemplo derechos fundamentales y Tratados Internacionales al artículo 75 inciso 22 pero no se delinea con precisión de qué forma estos derechos se ejercerían y difiriéndose para más adelante el dictado de las normas que regulaban el ejercicio de esos derechos.

Esta reforma fue muy basta e incluyo muchas enmiendas y se puede afirmar que uno de los más extensos desde el año 1953 estas modificaciones se encuentran “núcleo de coincidencias básicas” son enmiendas que modifican al poder judicial. Por un lado, se buscaba de cumplir con la reelección que era lo que deseaba Carlos Menem y atenuar el presidencialismo y por otro lado cumplir con la reforma constitucional que quería llevar adelante Raúl Alfonsín para consolidar la democracia que iba a ser dirigido por Nino y que se fundaba en el régimen estadounidense y la Constitución de Francia.

Esto le imponía límites a la convención constituyente quien veía sus facultades cercenadas y por eso fue objeto de serias objeciones. Ya que la convención podía decir si o no a los proyectos de enmienda presentados. Pero no podía llevar adelante su papel de redactor de las modificaciones de la segunda parte de la constitución que es donde se regula el núcleo del poder que es en forma específica el Poder Judicial. Los temas nucleares debían aprobarse en una sola sesión de la asamblea legislativa y si aprobaba lo hacía con todas las modificaciones y si rechazaba este abarcaba el total de las enmiendas. Las modificaciones, alteraciones que lleve adelante la convención fueron declaradas nulas.

Esta cuestión fue muy discutida y hasta llegaron a interponerse acciones judiciales por algunos legisladores como por ejemplo Romero Feris. Entonces el que era convencional constituyente consideraba que había

habido un abuso por parte del Congreso debido a la redacción de la ley que declaraba la necesidad de la reforma.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación que se veía afectada en esta reforma le resultaba muy difícil expedirse en cuanto a estas cuestiones y además no se expidió en cuanto a la razonabilidad del artículo 5 de esta norma, tampoco se expidió en cuanto a la constitucionalidad de esta norma entre otras cuestiones.

Modificaciones al Poder Judicial

Dentro de esas coincidencias una de ellas era el desprestigio del Poder Judicial que era influenciado por parte del Poder Ejecutivo, entonces se hacía menester vincularse con el Poder Judicial y por ese motivo es que se amplía la cantidad de miembros de 5 a 9 en el año 1990 el Dr. Carlos Menem. En ese orden fue que trato de crear vínculos de lealtad por la justicia en lo penal económico y la justicia penal y también en lo contencioso administrativo.

Ahí fue que se produjeron ascensos meteóricos y también desplazamientos de otros jueces que no eran influenciados. Por otro lado esto hizo que se debilitara esta institución y que se politizara la justicia.

De este modo se podía hasta inferir cual podía ser el resultado de una contienda si se tomaba en cuenta la jurisprudencia de esa tribunal. Estas cuestiones fueron cuestionadas por los estudios jurídicos, por profesionales y por los periodistas en el marco del ejercicio de la libertad de prensa.

Se buscó crear un Consejo de la Magistratura que se llevó adelante mediante Ley 24309 donde preparaban ternas para ocupar cargos en la justicia y además sanciones a jueces, designación y remoción de magistrados.

Dentro de las disposiciones antes mencionadas se encuentra el artículo 99 de la Constitución Nacional. Dicha norma dice:

«Art. 99. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

- Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

-Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años.

Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente por el mismo trámite.»

Caso del doctor Fayt

Teniendo en cuenta la edad avanzada del Dr. Carlos Fayt es que interpone una acción declarativa de certeza, ya que considero que podía verse afectado. El juez considera que debe declararse nula el párrafo 3 del inciso 4 del artículo 99. El magistrado estimaba que la convención constituyente no tenía atribuciones para modificar el artículo 96 de la Constitución Nacional (hoy día se trata del artículo 110) que disponía la garantía inmovilidad de jueces “quienes permanecían en sus cargos mientras durara su buena conducta”

Se hizo lugar a la demanda en los fallos y se acepta el procedimiento elegido por el magistrado. En la primera sentencia se reconoció la potestad de la legislatura de establecer esta regulación para el caso de la justicia pero que esto no incluía a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia.

En definitiva, se busca la declaración de inconstitucionalidad de una norma contenida en la Constitución Nacional.

Fundo el recurso en jurisprudencia de los EEUU y el voto del juez Marshall, en el leading case «Fletcher vs. Peck 6, Cranch 87», en la parte en que el magistrado del máximo tribunal estadounidense sostiene, que «la cuestión de si una ley es nula por ser repugnante a la Constitución es, en todo tiempo, una cuestión muy delicada, que debe ser raras veces, si no jamás, decidida afirmativamente en un caso dudoso».

Motivos que justifican el control constitucional de las normas jurídicas.

Existen justificaciones acerca del control constitucional, que fueron formuladas desde los orígenes partiendo de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison* de 1803, y que fueron retomadas posteriormente por otros autores como Hans Kelsen y su pirámide. Primero, estos textos argumentan que, si la constitución es una norma suprema o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la desconozcan; y ese papel sólo lo pueden realizar los jueces o un tribunal constitucional, y no el legislador ni el jefe de Estado, por cuanto la constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos.²

La constitución como ley suprema es considerada necesaria para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, pues si la constitución no existiera o no fuera una norma suprema, el parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de las personas.

Además, la constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes. Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior

² Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías que pueda haber en las legislaturas. Las leyes pueden ser anuladas en el Tribunal Constitucional por eso Genaro Carrio con su doctrina realista afirmaba que los jueces creaban derecho a través de la interpretación de las normas jurídicas. También pueden declarar inconstitucional una norma, pero ello no implica que el poder judicial se encuentre por encima del Poder Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras”.³

Estas justificaciones tienen elementos válidos y sustanciales, que permiten que aún sigan siendo importantes. Por ejemplo, es indudable que si asumimos que la Constitución es una norma de superior jerarquía que vincula al legislador, es necesario concluir que debe haber un control constitucional ejercido por un órgano judicial. Kelsen, sólo la existencia de un tribunal constitucional con esas características asegura la vinculación del legislador a la constitución porque, como dice el jurista vienés, “no es, pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución”; por lo cual hay que concluir que “una constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico”.⁴

Conclusiones

En este artículo trato de demostrar que los derechos delegados por medio de la ley que declara la necesidad de una reforma constitucional tienen sus límites pese a que exista consenso entre los grupos minoritarios.

³ Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en VV.AA. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984

⁴ Gargarella, Roberto, La justicia frente al gobierno, Ariel, Barcelona, 1996

Es necesario evitar la judicialización de estas cuestiones que sin lugar dudas son una consecuencia de la politización de la justicia que trae como consecuencia que sean sometidos a control judicial actos de gobierno.

Se puede afirmar que los derechos sociales son derechos de las personas a la luz de la Constitución y que la realización de los derechos fundamentales es necesaria y esencial para la continuidad e imparcialidad y fortalecimiento de las democracias por eso se debe admitir algún control acerca de las decisiones económicas, pese a que existen posturas que son contrarios al intervencionismo estatal.

El control constitucional sobre las decisiones económicas es necesaria en países donde existen grandes desigualdades y un alto nivel de pobreza. Además se hace necesario que los jueces puedan intervenir para de esta manera garantizar la protección de los grupos vulnerables.

Sin embargo, el artículo también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada toda vez que muchos bienes han sido privatizados.

El constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, ya que en estas latitudes las personas tienen menores posibilidades, debido a las restricciones presupuestarias que existen para poder hacerlos realidad.

Esto coloca a los jueces frente a lagunas de derecho que son epistemológicas y se hallan frente a grandes encrucijadas porque deben ser capaces de defender la fuerza normativa de los derechos sociales, en contextos fácticos que hacen muy problemática la aplicación judicial de estos derechos.

Pero no sólo el amparo judicial de los derechos sociales es difícil, sino que además tiene limitaciones e incluso puede afectar el dinamismo y la

creatividad de los movimientos sociales. La justicia constitucional es importante siempre que se interprete como parte de luchas sociales más amplias.⁵

⁵ BIBLIOGRAFIA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Cappelletti, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en VV.AA. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Elster, Jon y Slagstad, Rune (comps.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- González, Jorge Iván, "Incompatibilidades entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho", en VV.AA. *Construyendo democracia. El papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático*, Viva la Ciudadanía, Bogotá, 1999.
- Hierro, Liborio, "La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1994.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, Nueva York, 1999.
- Jackman, Martha, "Constitutional Rhetoric and Social Justice: Reflections on the Justiciability Debate", en Bakan, Joel y Schneiderman, David (eds.). *Social justice and the Constitution: Perspectives on a Social Union for Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1992

Amparo constitucional de la previsión y seguridad social para profesionales¹

P. Sebastián Villa²

Introducción

En la actualidad, afortunadamente, naturalizamos a la seguridad social como un derecho humano que responde a la necesidad universal de cobertura o protección frente a ciertas contingencias y necesidades de la vida.

Pero el grado de evolución social y jurídica alcanzado en la materia, no debe hacernos perder de vista que este nivel de reconocimiento de alcance universal es, en términos históricos, bastante reciente.

Y dentro de este sistema protectorio, existe una parcela con gran arraigo y desarrollo en nuestro país, que es la de la previsión y seguridad social para los trabajadores profesionales independientes.

En el presente trabajo le proponemos al lector un viaje hacia el pasado, y desde allí hasta el presente, atravesado por los principales hitos constitucionales que han delineado los contornos actuales de la previsión y seguridad social para profesionales en la Argentina.

El surgimiento de las cajas para profesionales en el contexto de la Constitución de 1853-1860

¹ Artículo publicado en: eIDial DC3468 copyright © 1997 - 2024 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) – Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

² Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA). Profesor de grado y posgrado. Consultor en materia de previsión y seguridad social para profesionales

La constitución de 1853, con las reformas introducidas en 1860³ sólo nombra en una oportunidad a las jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos (art. 86. inc. 7⁴) y a las pensiones (art. 67 inc. 17⁵), pero no hace mención alguna a la previsión social, ni a la seguridad social.

Es que el derecho de la seguridad social como concepto es relativamente nuevo. Sus orígenes se remontan hacia fines del siglo XIX con la crisis de la revolución industrial. Y más adelante, su desarrollo llegaría a punto tal de generar una disciplina jurídica especializada, considerando al derecho a la seguridad social como un derecho humano.

Grisolía recuerda que usualmente se reconoce su origen en las leyes de Bismarck, en la Alemania de la década de 1880, como el primer “sistema” de seguridad social. A diferencia de lo que ocurría hasta el momento, éste sistema es el primero que dispone la inclusión obligatoria de los trabajadores a proteger, de ahí lo revolucionario del concepto para la época⁶.

No existía en aquel entonces la noción de la necesidad de un sistema protectorio de carácter universal y obligatorio, que amparara a los trabajadores y a su grupo familiar frente a los diferentes infortunios y necesidades sociales de contención que pueden ocurrir durante la vida.

³ Si bien es cierto que la primera Caja para Profesionales surge en 1943, y ya se habían producido también las reformas de 1866 y 1898, la omisión se debe a que éstas últimas no modificaron cuestiones que tengan incidencia sobre los temas a los que nos referimos en el presente trabajo. En efecto, la reforma de 1866 se refirió exclusivamente a los derechos de exportación, mientras que la de 1898 se refirió a modificaciones respecto de la base de elección de los diputados y los ministerios del Poder Ejecutivo.

⁴ Regulación incluida entre las atribuciones del Poder Ejecutivo: Concede jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos, conforme a las leyes de la Nación.”. La reforma de 1994 elimina la atribución presidencial de conceder el goce de montepíos, pero agrega la de otorgar pensiones.

⁵ Esta norma se refiere a las facultades del Congreso vinculadas con la organización del Poder Judicial: “ Establecer Tribunales inferiores a la Suprema Corte de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores y conceder amnistías generales.”

⁶ GRISOLIA, Julio Armando, Derecho del trabajo y de la seguridad social, 10^o ed. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, Tomo II, pág. 2012

De todos modos, el concepto “seguridad social” podría conceptualizarse como un derivado del concepto de “bienestar general”⁷, establecido en el preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los objetivos trazados para el dictado de la carta magna.

No podemos aquí detenernos mucho más respecto del desarrollo histórico de la previsión y seguridad social en nuestro país, por exceder el objeto del presente trabajo, pero en lo que nos interesa cabe destacar que la primera Caja de Previsión Social para Profesionales surge en 1943⁸, por creación del legislador de la provincia de Buenos Aires, en el contexto de aquella constitución histórica de 1853, luego reformada en 1860 y también en 1866, con algunas pocas experiencias previas de Cajas previsionales a nivel nacional, pero ninguna de ellas brindaba cobertura a los denominados trabajadores independientes o autónomos.

Recién en el año 1954 se sancionó la ley nacional 14.397 que instituyó el primer “Régimen de Previsión Social para Trabajadores Independientes, Empresarios y Profesionales” de carácter obligatorio, que comenzó a regir en el año 1955. En realidad, se trataba de un régimen aplicable a tres Cajas diferenciadas por actividad bajo una misma órbita.

Y para ese entonces, la Caja de Escribanos bonaerense ya tenía más de 10 años de historia, y ya se habían creado otras 6 Cajas para Profesionales en 6 provincias.

Ahora bien, ¿cómo se justificaba la creación de los primeros regímenes previsionales a nivel nacional? y, en el mismo sentido, ¿de dónde surgía el poder de las provincias para crear regímenes jubilatorios o cajas previsionales para empleados públicos y para profesionales?

⁷ Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (2016). Tratado de Derecho Constitucional. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 3era. Ed. actualizada por Pablo Luis Manili. Tomo II. P. 11.

⁸ Se trató de la “Caja de Jubilación Notarial”, en virtud de lo normado por la ley provincial 5015 (la primera ley orgánica notarial argentina).

En el contexto histórico de la Constitución de 1853-1860, donde no existían los actuales arts. 14 bis y 125, sólo se contaba con aquellas dos menciones a los términos jubilaciones y pensiones que referenciáramos más arriba y con el art. 33⁹ referido a los derechos implícitos o no enumerados¹⁰.

Este tenue andamiaje constitucional dio pie a que se comenzaran a estructurar los primeros regímenes previsionales por rama de actividad, que luego se fueron ampliando y universalizando.

Y en el ámbito local, además de las mencionadas normas, también contábamos con los arts. 104¹¹ y 105¹² (actuales arts. 121 y 122 CN). El antecedente del art. 104 se encuentra en la décima enmienda de la Constitución de Filadelfia, así como también en las “Bases” de Alberdi, y establece la competencia federal como excepción a la regla de la competencia excluyente de los estados locales¹³.

Ambos artículos habilitaban, en definitiva, la regulación por parte de las provincias de la seguridad social de sus propios empleados públicos, así como también el ejercicio del poder de policía sobre las actividades profesionales, y aquí está la clave histórico-constitucional del surgimiento de los Colegios y Consejos Profesionales, así como también de las Cajas para Profesionales.

⁹ El art. 33 CN expresa que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

¹⁰ Cabe recordar que el contenido del actual art. 33 referido a los derechos implícitos -no enumerados- no existía en la Constitución de 1853, y fue agregado por la reforma de 1860, teniendo como fuente la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, aunque con algunas diferencias (Conf. GELLI, María Angélica (2003). Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. La Ley. Buenos Aires. 2da. ed. ampliada y actualizada. P. 299).

¹¹ Actual artículo 121 CN: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación

¹² Actual artículo 122 CN.- Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.

¹³ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (2016). Tratado de Derecho Constitucional. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 3era. Ed. actualizada por Pablo Luis Manili. P. 556-557

Es decir que si la competencia en materia de previsión y seguridad social no fue expresamente delegada a la Nación, le corresponde a las provincias. Y es lógico que así sea puesto que, como anticipáramos, en los albores de nuestra organización constitucional la previsión y seguridad social no existían ni como conceptos ni como derechos con el alcance que hoy tienen a partir de la interpretación del art 14 bis CN. Es que *“mal podían las provincias ceder atribuciones sobre una especie que, simplemente, no era conocida a mediados del siglo XIX”*¹⁴.

En ese sentido, el surgimiento de la concepción de nuevos derechos ingresa a la protección constitucional a través de la válvula del art. 33, diseñada por el constituyente con una raíz filosófica iusnaturalista. Y el ejercicio por parte de las provincias y de la nación de poderes relativos a la regulación del derecho a la previsión y seguridad social, va delineando en los hechos el ejercicio de facultades reservadas y concurrentes, tal como luego quedó plasmado en las posteriores reformas constitucionales.

El art. 14 bis: El reconocimiento de las competencias provinciales

El objetivo central de la Convención Constituyente de 1957 fue retornar al régimen constitucional anterior a 1949, es decir la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

En tanto, en lo que aquí nos interesa, lo más relevante de la reforma del '57 ha sido la incorporación del art. 14 bis relativo a los derechos sociales del trabajador.

¹⁴ La seguridad social para profesionales (2019). Coordinadora de Cajas de Previsión y Seguridad Social para Profesionales de la República Argentina. P.43. Disponible en https://www.coord-cajas.org.ar/documentos/libroamarillo2019_indicelogo.pdf

Y dentro de esta norma de gran trascendencia social y jurídica, nos centramos en el tercer y último párrafo del artículo, que es el referido a la seguridad social¹⁵.

En este apartado, el constituyente aclara que la administración de las instituciones encargadas de brindar las prestaciones que integran el seguro social obligatorio, corresponde a la nación o a las provincias.

En definitiva, el reconocimiento expreso de la gestión de la previsión y seguridad social a cargo de las provincias o de la nación, no hizo más que ratificar y amparar lo que ya estaba sucediendo y desarrollándose en nuestro país, pero resulta trascendente puesto que importa el reconocimiento expreso de las competencias que las provincias se reservaron en la materia.

Si bien el artículo no brinda mayores precisiones respecto de cómo se delimita esta competencia concurrente, en la práctica el sistema fue evolucionando y mutando de diversa forma. Entendemos que desde aquel momento podría interpretarse que las provincias se han reservado lo referido a la previsión y seguridad social de los trabajadores profesionales autónomos, en ejercicio de su poder de policía, así como también lo relativo a sus propios servidores públicos, sin perjuicio de que entre los años 1994 y 1997 se haya producido la transferencia de 10 Cajas provinciales para servidores públicos a la órbita nacional¹⁶ y de varias Cajas municipales.

¹⁵ La parte pertinente del art. 14 bis CN dice así: "...El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna."

¹⁶ Las provincias que en aquel entonces transfirieron sus Cajas jubilatorias a la ANSES fueron Catamarca, Santiago del Estero, Salta, Mendoza, La Rioja, San Juan, Jujuy, Río Negro, Tucumán y San Luis. También se transfirieron varias Cajas municipales. Esta transferencia tuvo lugar en el contexto del "Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento" (Pacto Fiscal II). En cambio, otras 13 provincias continuaron con regímenes previsionales propios para sus servidores públicos: Córdoba, Buenos Aires, Chaco, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del

En el art. 14 bis CN también se refiere a las características de las instituciones encargadas de la administración de los beneficios de la seguridad social, estableciendo entre otras su autonomía financiera¹⁷ y la administración a cargo de los propios interesados con participación del estado.

Este último aspecto, el de la administración por los propios interesados hace a la esencia de los regímenes de previsión y seguridad social para los trabajadores profesionales independientes en la Argentina.

De hecho, como señaláramos más arriba, al momento de la consagración del art. 14 bis ya existían varias Cajas para profesionales en diversas provincias, todas ellas con un diseño especial derivado de las particularidades del ejercicio profesional de que se trate, y administradas por los propios afiliados que fueron elegidos entre sus pares a tal efecto¹⁸.

Retomando el tema de las facultades concurrentes, cabe mencionar que en el art. 67 (actual art. 75) se incorpora como atribución del Congreso Nacional la de dictar un código del trabajo y seguridad social. El dictado de normas de fondo en materia de previsión y seguridad social a cargo del gobierno nacional, ya sea en cuerpos unidos o separados, importa una expresa delegación de facultades de la provincia a la nación. La competencia jurisdiccional corresponderá a los estados locales, si las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción. No obstante, las provincias seguirían dictando

Fuego. Estas 13 Cajas provinciales junto a las 26 Cajas municipales remanentes integran el CO.FE.PRES. (Consejo Federal de Previsión Social).

¹⁷ En realidad, entendemos que debería leerse como autarquía, puesto que la autonomía es un concepto de carácter político que corresponde aplicarlo propiamente a las provincias

¹⁸ Conf. VILLA, Sebastián y BOLI DE LEBRON, Juliana. Coordinación general de Eduardo Lépre. (2023). Previsión social para los profesionales independientes en la Argentina. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. P. 16, 19 y concordantes. también disponible en su versión digital en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/prevision_social_para_los_profesionales_independientes_en_la_argentina.pdf

normas en materia de previsión y seguridad social, pero exclusivamente referidas a los profesionales independientes y a sus empleados públicos.

La reforma de 1994. Su contexto histórico y la necesidad de la incorporación del art. 125 CN

En los acápites previos desarrollamos las normas constitucionales que daban fundamento a la previsión y seguridad social para los profesionales en nuestro país, en forma previa a la incorporación del actual art. 125 CN.

En ese contexto, y dos décadas antes de la última reforma, éste tema tuvo oportunidad de ser abordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Sánchez Marcelino y otro c/ Caja Forense de la Provincia del Chaco"¹⁹

En su parte pertinente, la resolución del máximo tribunal nacional expresa: "Las provincias pueden, en ejercicio de poderes no delegados, crear organismos con fines de asistencia y de previsión social y establecer un régimen estatutario, en el que queden comprendidas determinadas categorías de personas en razón de la actividad profesional que desarrollan en sede provincial. La creación de tales entes no configura una indebida injerencia en materia propia del congreso nacional (arts. 104, 105 y 107 de la Constitución Nacional); sin que pueda fundarse la tesis contraria en el texto del artículo 14 bis, pues la referencia que allí se hace a que "el estado otorgará los beneficios de la seguridad social" abarca tanto al estado nacional como a los provinciales".

Así, la Corte Suprema interpreta con absoluta claridad la legislación local en materia de previsión y seguridad social para profesionales, como el ejercicio de facultades reservadas, no delegadas a la nación.

¹⁹ CSJN. Sentencia del 21/08/73. Publicada en Fallos: 286:187

Ahora bien, la redacción de estas líneas nos encuentra ya a 30 años de la reforma constitucional que tuvo lugar en el año 1994, pero la pregunta que cabe hacerse es por qué se consideró necesaria la incorporación de la segunda parte del actual art 125 CN, si ya contábamos con las restantes normas que parecían sostener suficientemente el amparo constitucional de la previsión y seguridad social para los trabajadores profesionales independientes en nuestro país.

¿Qué razones socio-histórico-políticas se estaban gestando en esa época que hasta generaron una importante movilización para reclamar la protección de la Convención Constituyente?

Veamos un poco aquel contexto:

- Crisis del histórico sistema de reparto (en Argentina y en el mundo)
- Políticas “privatizadoras” de la seguridad social en el mundo en los 90 ´ : Surgen las AFJP en Argentina;
- Transferencias de 10 cajas provinciales para empleados públicos -además de varias cajas municipales- a la nación;
- Intento del gobierno nacional de unificación del sistema previsional
- Resistencia de varias provincias que querían mantener sus propios sistemas locales;
- Intento de gravar con el 21% la actividad profesional de todos aquellos trabajadores autónomos afiliados a las Cajas para profesionales²⁰;
- Intento de desregulación de honorarios profesionales;

²⁰ Proyecto de ley ingresado en enero de 1994 que proponía gravar la actividad de los profesionales con un 21% sobre honorarios, con el siguiente destino: 16% a la ANSES y 5% al PAMI, aplicable a todos aquellos afiliados a las Cajas provinciales para profesionales. El proyecto fue finalmente retirado por el Poder Ejecutivo, luego de las intensas protestas del sector profesional.

- Intento de matrícula única profesional a nivel nacional, desarticulando la colegiación local.

Los rumores, los proyectos concretos presentados, las declaraciones en los medios, entre otros factores, fueron generando un clima de fuerte preocupación en el colectivo de los profesionales de diferentes disciplinas, que se encontraban fuertemente preocupados por el futuro de su ejercicio profesional²¹ y por el de sus regímenes de previsión y seguridad social.

En el ámbito de la seguridad social, se vislumbraba un intento por parte del estado nacional de atraer una masa crítica importante de aportantes a las nuevas AFJP. Esa habría sido una de las principales razones que justificaban la transferencia de las Cajas locales para empleados públicos, y de allí el temor de que pudiera ocurrir lo mismo en una segunda etapa respecto de las Cajas para profesionales²².

Esta situación de creciente malestar fue gestando una fuerte movilización de los Colegios y Consejos Profesionales, de las Cajas previsionales, pero principalmente de los propios profesionales y de sus familias que se fueron congregando en la ciudad de Paraná, para concretar lo que se dio en llamar la Asamblea Federal de Profesionales. Dicha Asamblea tuvo lugar el 24 de mayo de 1994 en el Colegio del Huerto de la ciudad de Paraná, y fueron miles de profesionales con sus familias que se movilaron desde distintos puntos del país bajo las consignas «En defensa del trabajo del profesional y de la Protección de su familia» y «No al 21%».

Muchos profesionales permanecieron en Paraná o retornaron en varias oportunidades mientras continuaba sesionando la Convención Constituyente, procurando hacer llegar el mensaje de rechazo a las medidas

²¹ Principalmente a partir del proyecto que proponía el gravamen del 21%, el intento de desregulación de los honorarios, entre otros.

²² Inicialmente el Pacto Fiscal II (Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento -Decr. 1807/93) excluía expresamente esta posibilidad. Véase su texto completo en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1807-1993-6157/actualizacion>.

que se propiciaban desde el gobierno nacional de aquel entonces, y el peligro que constituía para el trabajo de los profesionales independientes y su previsión y seguridad social. Se buscaba el amparo de los representantes del pueblo reunidos en la Convención.

El riesgo estaba latente porque detrás de la reforma previsional que se encontraba en marcha, estaba también la necesidad de captar el mayor número de afiliados posibles para las AFJP, y más fondeo para “fortalecer” el mercado de capitales doméstico, reduciendo paulatinamente a su mínima expresión al sistema de reparto, que pasaría a ser residual, en un intento de reducir ostensiblemente los niveles de gasto público.

Así, luego de casi dos meses de gestiones para tratar de lograr una protección constitucional adicional y definitiva de los regímenes previsionales para los profesionales, el 11 de agosto finalmente se aprueba²³ el texto del actual art. 125, segunda parte, que reza:

“...Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.”.

Ahora bien, cabe señalar que este no era el texto original sobre el que se trabajó en la Comisión de Redacción que debía abordar el tema, a partir de los despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y de Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal. En efecto, la versión original del 2do. párrafo decía “crear y conservar”, pero se eliminó el “crear” y se dejó solo el “conservar”. Existía un importante malestar desde el Ministerio de Economía con el proyecto original porque consideraban que si finalmente se incorporaba el “crear”, se “atomizaría aún más el sistema previsional”, con la posibilidad de que se crearan nuevas Cajas para

²³ Se aprueba por 131 votos a favor y 55 en contra.

profesionales en distintos puntos del país, escapando a las opciones que el estado nacional ofrecía.

Empero, la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente realizó las adecuaciones en función del contexto y de la terminología constitucional, evitando salir de la materia propia de las provincias y utilizando el vocablo "conservar", ya empleado en el anterior artículo 104° (nuevo 121°), referido a la competencia y no a las creaciones realizadas en función de esa competencia.

A partir de algunas interpretaciones antojadizas que ha habido en el pasado sobre el real alcance de la cláusula del art 125 segunda parte, le proponemos al lector recordar lo que surge de los principales extractos textuales del diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente²⁴, en la convicción de que ilustrará mucho mejor que las explicaciones que podamos aportar.

Convencional BABBINI (Formosa): “Aceptamos los desvíos pero no vamos a tolerar que en pos de catastróficos anuncios que los tecnócratas del gobierno efectúan se pretenda con ello correr un telón, cuando la única voluntad que existe detrás de todo esto es absorber un millón y medio de empleados públicos provinciales en el gigantesco negocio de las administradoras. (Aplausos) Esta es la verdad y la posición que mantiene mi bloque, el de la Unión Cívica Radical, coincidentemente con la posición del Consejo Federal de Previsión Social de la República Argentina y de la Coordinadora de Cajas de Profesionales de la República Argentina.”.

Convencional AVELIN DE GINESTAR (San Juan): “Ya sabemos quién es el autor de la modificación que impulsa la Comisión de Redacción. Originariamente, el texto hablaba de "...crear organismos de seguridad social

²⁴ El debate completo puede encontrarse en la tercera sesión ordinaria, 28° reunión, de los días 10 y 11 de agosto de 1994. Disponible en la página web de la Cámara de Diputados de la Nación: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debateconstituyente.htm#Art.%20125>

propios y otros..." y ahora se lo reemplaza por "...conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales..." Esta es una de las presiones que se vienen efectuando desde hace mucho tiempo desde el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a las provincias... Esas cajas no le piden nada a la Nación; los aportes y los beneficios son de sus propios afiliados."

Convencional MARIN (La Pampa): "No sé cuál será el criterio del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos... Todos sabemos que esta es una facultad concurrente entre el poder central y las provincias, la que no ha sido dejada sin efecto en la redacción de este artículo. Por eso plantea: "Las provincias y... pueden conservar...", referido a los empleados públicos provinciales o municipales y las profesionales, y queda para la provincia la misma facultad con la que creó estas cajas; es la facultad que le da el artículo 14 bis, que sigue teniendo... Si el ministro de Economía no hubiese hablado de esto creo que no habría sido tema ni siquiera de la Constituyente. Entonces, se trató expresamente; y las provincias siguen conservando exactamente el poder que tenían por medio del cual crearon estas cajas."

Y agrega: "...por el artículo 104 las provincias conservan todo el poder no delegado en el gobierno federal. Este fue el primer tema que se tocó en la comisión, porque en el país se estaba dando una situación en que la mayoría de las provincias venían evidenciando algunos problemas o incomodidades ante un embate que creía significaba pasar las cajas provinciales al orden nacional... y entonces se quiere resguardar en este artículo. Por eso decimos que "Pueden conservar..." Las provincias siguen conservando la misma facultad que tenían cuando sancionaron estos regímenes. ¿Cuál es el problema constitucional de que las provincias puedan crear, si el artículo 14 bis dice que es una facultad que tiene cada una de las provincias? A excepción de alguna interpretación que alguien pueda hacer,

modestamente la comisión que estudió este tema le dio esa, que es además la única racional...”

Convencional SERRA (Santa Fe): “No entiendo, quizá porque soy ingenuo en política. Quiero preguntar a la comisión: ¿por qué si conservar es tan claro — significa crear y todos los otros derechos, y no retacear nada a las provincias—, no se lo explicita?...Fíjense que en la caja de la provincia de Santa Fe, como en la de los profesionales, el costo administrativo —escuchen bien— es menor en un 90 por ciento a lo que gasta una administradora de fondos de jubilación y pensión. Entonces pregunto: si es tan claro que conservar es crear —lo dice el sentido común, y la lógica de mi madre— ¿por qué no decimos también crear?”

Debemos sincerarnos y consensuar a partir del consenso, pero de la verdad. Engañándonos no nos vamos a entender nunca...” Convencional CARRIÓ (Chaco): “Quiero aclarar algo, señor presidente: con respecto al tema "conservar" creo que se ha incurrido en una confusión. Digo esto porque sólo se conserva la competencia que se tiene; y una competencia que se tiene en los términos del artículo 104 de la Constitución Nacional puede perderse por una prohibición expresa en la Carta Magna, que no existe, o por una delegación expresa, que tampoco existe ni se está aprobando. En consecuencia, se está conservando la competencia que se tiene en virtud del artículo 104, tal como lo ha declarado la Corte en el caso "Marcelino Sánchez contra la provincia del Chaco".

Convencional KESSELMAN (Capital): “...debo señalar que la conservación de facultades, si así se entiende y redacta, es correcta. También debo decir que las cajas de profesionales son un modelo en cuanto al manejo y a la conducción por parte de sus beneficiarios. Es decir que constituyen un modelo contrario a los sistemas de ajuste que se han implementado con respecto a los regímenes previsionales.”.

Convencional CARATTOLI (Bs. As.): "...las cajas de seguridad social para profesionales cuentan con cincuenta años de existencia en el país. Esto es originario de la provincia de Buenos Aires que, en un verdadero acto de realismo social, se desprendió de una porción de sus facultades no delegadas en los grupos organizados que ya reconocían su existencia desde el siglo pasado, y esto originó la Caja de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, como aquí se ha mencionado. Esta caja, a partir de ese acto, abrió el cauce de las disciplinas profesionales por el que luego transitaría la corriente de la seguridad social por todo el territorio de la República...".

Y agrega: "...Estas cajas han sido creadas por ley, como personas jurídicas del derecho público no estatal, y han cumplido acabadamente con su función en tiempo real y con excelencia en sus prestaciones, inspiradas en los principios fundacionales de solidaridad con equidad, universalidad, integralidad, compensación relativa, subsidiariedad del Estado e intangibilidad de los fondos, que no se obtiene solamente por una norma legal sino por la conducta ética de sus dirigentes, ya que a través de cincuenta años han hecho crecer y progresar estas cajas, superando las más críticas y difíciles situaciones económicas en el país. Por eso, estas cajas, además de funcionar bajo estos principios y con tanta excelencia de prestaciones, tampoco han comprometido nunca en este medio siglo de existencia ni la economía ni la infraestructura del Estado."

Convencional ORTIZ PELLEGRINI (Córdoba): "...las Provincias "conservan" todo el poder no delegado, entre ellos la "seguridad social" y esta norma del último párrafo que se agrega al art. 107 solo es, como decíamos, una manifestación específica de ese poder que las Provincias han "conservado", en tal sentido pueden no solo "conservar" sus actuales organismos de seguridad social, sino que en virtud de que "conservan" estos poderes no delegados podrán en el futuro crear, modificar, sus propios organismos de seguridad social. Por este agregado se incluye también expresamente dentro de estos poderes "conservados" a los organismos de

seguridad social de los profesionales los que al quedar incorporados al texto constitucional, ya no podrán ser objeto de ningún "zarpazo" mortal como el intentado recientemente desde el Ministerio de Economía de la Nación."

A partir de la lectura atenta del debate habido en el propio seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994, no quedan dudas respecto del alcance que corresponde dar al vocablo "conservar", referido a los poderes no delegados por las provincias. Y cuando hablamos de las provincias, todas ellas²³ cuentan con los mismos poderes no delegados que les permiten conservar, crear y modificar organismos de previsión y seguridad social para los trabajadores profesionales independientes de cada una de ellas, en función de las necesidades locales y su viabilidad técnica, derivada de la potencial masa crítica de aportantes y los niveles de aportación exigibles para poder brindar prestaciones suficientes²⁴ y sostenibles en el tiempo.

Desde la incorporación del art. 125 segunda parte de la Constitución Nacional han pasado ya 30 años, y 81 desde la creación de la primera Caja para profesionales creada en nuestro país.

La gesta de los propios profesionales, en defensa de su trabajo y de las instituciones de la previsión y seguridad social, derivó en el ensanchamiento de la protección constitucional de estos regímenes, así como también en el fortalecimiento del federalismo.

En honor a esta historia, es nuestro deber seguir luchando por la continuidad y fortalecimiento del sistema, con afiliación y aportación obligatoria, garantizando prestaciones justas, equitativas y actuarialmente sostenibles.

AVISOS PARROQUIALES

Filocam presente en el Encuentro de Filosofía de la Universidad de Rosario

Los días viernes 27 y sábado 28 de septiembre, participamos del “XVII Encuentro de Profesores de Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría General”, que se desarrolló en la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, convocatoria a cargo de la Secretaría de Ciencia y Técnica Fder - UNR Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos Prof. Juan Carlos Gardella (CEIDH) - Facultad de Derecho – UNR Cátedra B de Introducción al Derecho Cátedra B de Introducción a la Filosofía y a las Ciencias Sociales Cátedra B de Filosofía del Derecho

Esta iniciativa viene siendo llevada adelante por un grupo de entusiastas docentes de la filosofía del derecho, encabezados por la Dr. Lucia Adefe y un gran equipo de trabajo, a quienes le agradecemos la invitación cursada.

Se presentaron tres paneles que representaban los tres ejes temáticos propuestos para el encuentro referidos a los DDHH, los Entornos digitales y la Democracia vs. Autoritarismo, tal como se describe en la nota.

Participaron representantes de diferentes Universidades Nacionales como las de Mar Del Plata, Córdoba, Tucumán, Mendoza, Rosario, UNNOBA, Universidad de Bs As, Universidad Nacional del Litoral y la Universidad Nacional de José C Paz

Asimismo, el Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza, a través de la Comisión de Filosofía del Derecho y Ética Y el Colegio de Abogados de Morón y su instituto de Filosofía del Derecho y FiloCAM;

Por el colegio de Abogados de Morón (instituto de Filosofía del Derecho) y asimismo por la UnPaz, estuvo participando nuestro Director Adjunto Dr. Osvaldo Nan, con su ponencia sobre “*Entornos digitales, construcción de sentido y sus implicancias en el sujeto de derecho.*”, que se reprodujo en el Numero 49 de nuestra revista digital.



Arte de tapa Deniz Altindas <https://unsplash.com/es/@omeganova> - Juana Illia
juailia@gmail.com

¿Queréis comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde
<https://camoron.org.ar/filocam/>

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09

