

Ab

Revista de Abogacía

Un análisis de la situación jurídica de los municipios bonaerenses: un debate saldado a favor de la autonomía y un reconocimiento que no llega

El derecho administrativo frente a los cambios en la gestión pública: un enfoque panorámico sobre la cuestión

**¿La intermediación financiera es un servicio público?
Repensando el marco regulatorio de la actividad bancaria desde la perspectiva del desarrollo**

RENATRE-RENATEA-RENATRE. Asuntos de campo, organización administrativa y fines de ciclo presidenciales

**El servicio público en el sector aerocomercial.
La eliminación parcial de las “tarifas mínimas”**

**El acceso a la vivienda para las mujeres trans:
la precariedad habitacional como principal alternativa**

**Centro y borde del currículo en la enseñanza del derecho.
Cuando lo cognitivo y lo emotivo se retroalimentan**

“Es el Estado quien debe regular la relación entre dueños e inquilinos, no las inmobiliarias”

Ab

Índice

Pensar el Estado, pensarnos nosotros Martín Cormick	5
Un análisis de la situación jurídica de los municipios bonaerenses: un debate saldado a favor de la autonomía y un reconocimiento que no llega Agustín Túpac Cifre Puig	7
El derecho administrativo frente a los cambios en la gestión pública: un enfoque panorámico sobre la cuestión Nicolás Diana	21
¿La intermediación financiera es un servicio público? Repensando el marco regulatorio de la actividad bancaria desde la perspectiva del desarrollo Alejandro Formento	31
RENATRE-RENATEA-RENATRE. Asuntos de campo, organización administrativa y fines de ciclo presidenciales Darío Kusinsky	41
El servicio público en el sector aerocomercial. La eliminación parcial de las “tarifas mínimas” Nicolás Vergara	67
El acceso a la vivienda para las mujeres trans: la precariedad habitacional como principal alternativa Daniela Botto y Rocío Rodríguez	77
Centro y borde del currículo en la enseñanza del derecho. Cuando lo cognitivo y lo emotivo se retroalimentan Juan José Carbajales	93
“Es el Estado quien debe regular la relación entre dueños e inquilinos, no las inmobiliarias” Entrevista a Gervasio Muñoz	105

Ab-Revista de Abogacía

Año II | N° 3 | noviembre de 2018

© 2018, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2018, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Federico G. Thea**

Vicerrector: **Héctor Hugo Trinchero**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

staff

Director y Editor responsable: **Martín Cormick**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc) Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz.

Pensar el Estado, pensarnos nosotros



Martín Cormick

El tercer número de la revista *Ab* consolida las ideas que perseguimos desde su creación: discutir el derecho desde una opinión formada, fundamentarlo, y abrir debates con los lectores.

En este número nos proponemos, desde diversas formas y ópticas, pensar el rol del Estado como regulador de derechos, como protagonista y partícipe en nuestras vidas, más de lo que —a veces— sospechamos.

Así, nos encontramos con, por ejemplo, el artículo de Alejandro Formento que analiza en retrospectiva el rol del Banco Central y su influencia en la vida económica.

Agustín Túpac Cifre Puig nos cuenta cuán autónomos pueden ser los municipios bonaerenses con el poco margen que deja para ello la Constitución bonaerense, a contramano del desarrollo constitucional de otras provincias post Constitución de 1994.

El rol estatal en materia de administrador y modernizador del Estado es desarrollado por Nicolás Diana, quien empieza a mostrar este nuevo mundo de expedientes electrónicos que reemplazan al viejo papel cosido por el costado.

Darío Kusinsky nos muestra el derrotero del sindicato de trabajadores rurales, con más y menos intervención del Estado en su regulación.

Nicolás Vergara nos habla de la regulación en materia de tarifas, con el curioso caso del Estado regulando un costo mínimo de tarifa en materia aerocomercial.

Finalmente, Daniela Botto y Rocío Rodríguez nos muestran cómo el Estado garantiza – o no lo hace– el derecho a la vivienda del colectivo trans en la Ciudad de Buenos Aires.

Nos quedamos con el novedoso e interesante artículo de Carbajales, quien muestra la cocina del llevado de una materia como docente, no solo de nuestra casa sino de la UBA.

Para cerrar el número, y como se ha vuelto una hermosa y fructífera costumbre, nos pusimos a conversar con Gervasio Muñoz sobre la regulación que el Estado no hace –pero debiera– en materia de alquileres, quedando bastante flaco el derecho de los inquilinos.

Bienvenido el tercer número a la calle, con, nuevamente, interesantes textos de docentes de la casa y cuestionamientos al derecho que se nos impone desde el conocimiento más tradicional, aportando ideas, mostrando costados que no suelen evidenciarse en otras publicaciones jurídicas, y pudiendo darnos el gusto, una vez más, de conversar con actores reales de la disputa del derecho, que nos cuentan lo que no se suele contar de los conflictos en primera persona y en carne viva.

Un análisis de la situación jurídica de los municipios bonaerenses: un debate saldado a favor de la autonomía y un reconocimiento que no llega



*Agustín Túpac Cifre Puig**

1. Los municipios en la Constitución federal

Antes de la Reforma de 1994, la Constitución federal reconocía en su artículo 5 el “Régimen Municipal” sin ninguna otra mención más al respecto. De esta manera, se establecía un marco normativo/institucional que organizaba la administración federal del territorio al que se divide en tres niveles: federal, provincial y municipal. Si bien este esquema estaba claramente definido entre el nivel federal y provincial, ya que varios artículos delimitan esta relación institucional, respecto de la delimitación entre el nivel municipal y el provincial no hay ninguna evocación en el texto. Es así que se debe realizar una interpretación hermenéutica de los contenidos de la Constitución para entender esta relación institucional antes de la Reforma.

El artículo 5 establece:

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su adminis-

* Abogado. Posgrado en Abogacía del Estado (Escuela del Cuerpo de Abogados, PTN). Doctorando UBA. Profesor (UNM/UNDAV). Ex Director de Sumarios (PTN).

tración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

En este sentido, cada provincia, además de la “administración de justicia” y la “educación primaria”, debe garantizar el “régimen municipal”. En caso de no ser establecido en sus constituciones locales o no ser respetado, el gobierno federal puede, en virtud de un análisis conjunto de los artículos 5 y 6,¹ declarar la intervención federal. Es que, en el entendimiento de que la intervención federal a las provincias es concebida como un instrumento eficaz para hacer efectiva la garantía federal, es decir, la supremacía de la Constitución Nacional, el gobierno federal se encuentra habilitado para emplearla.

Como ya dijimos, es la única mención que se realiza de nuestro objeto de estudio en la primera Constitución, pero aquí se puede apreciar la poca trascendencia de los municipios en la estructura organizacional nacional, puesto que no se determina qué tipo de relación deben tener con las provincias. Por otra parte, las provincias solo delegan las competencias expresamente declaradas en la Constitución² como consecuencia de ser Estados cuya existencia es anterior al Estado federal. En esta lógica, solo se comprometen a establecer sus constituciones provinciales de acuerdo a lo establecido en el artículo 5.³ Por lo tanto, podemos inferir que en una primera etapa, la decisión sobre la autarquía o autonomía de los municipios es potestad de las provincias, las cuales solamente deben organizar sus territorios en unidades político-administrativas. Nada se instituye sobre la manera de administrarlos, controlarlos o sobre su nivel de independencia y gestión, siendo esta atribución propia de las provincias.

Asimismo, la interpretación de la doctrina mayoritaria de ese tiempo, con algunas salvedades como es el caso de Juan Bautista Alberdi,⁴ tiende a definir a los municipios como entes territoriales administrativos. Es Alberdi quien en primer lugar participa modestamente de la idea del municipio como entidad política:

1 Argentina. Constitución Nacional. “Artículo 6º.- El Gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantir la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia”.

2 Argentina. Constitución Nacional 1860. “Artículo 104.- 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”.

3 Argentina. Constitución Nacional 1860. “Artículo 106.- Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el Artículo 5”.

4 A favor de “Autonomía”, Alberdi, en el capítulo III de su tesis de grado expone: “nosotros vamos a tratar de apartarnos de todos los extremos; de las conveniencias de la escuela centralista, de los argumentos sacados de circunstancias anormales, y de las exageraciones de los autonomistas radicales que aspiran a imposibles (ejemplo: el proyecto de Ley de 1880, para la Municipalidad de París) y vamos a intentar limitarnos a exponer los argumentos a favor de la independencia Municipal que se derivan directamente de la consideración de su naturaleza.

Y si su rol es de administración económica y doméstica y en su ejercicio ni hiere ni molesta al Estado, sería lo más injusto negarle su autonomía aun prescindiendo de las inmensas ventajas que se ha comprobado que obtiene con ella, sacrificándola a ideales políticos mezquinos, en lo que los asomos de libertad son pesadillas tan terribles que se la desfigura con todas las sospechas para evitar su propagación y preparar su ruina.

La comuna, además, siendo el lugar del nacimiento, o el de una larga residencia inspira en el grado más elevado el amor que siempre inspira la patria. Su progreso no es indiferente para los habitantes; apare de su propia conveniencia, el celo que despierta, el cariño que le tienen, o la emulación de alguna localidad

como una garantía del recto ejercicio de la soberanía popular en el Poder Ejecutivo, la ciencia ha subdividido este poder en político y administrativo, entregando el primero, como más general, más arduo y comprensivo, al gobierno o Poder Ejecutivo propiamente dicho; y el segundo a los Cabildos o representaciones departamentales del pueblo, como más inteligentes y capaces de administrar los asuntos locales que interesan a la justicia inferior, a la policía, a la instrucción, a la beneficencia, a los caminos, a la población, etc. (Alberdi, 1853: 84).⁵

En 1921, fruto de la lucha de Lisandro de la Torre y el Partido Radical, la autonomía municipal es reconocida en la Constitución de la Provincia de Santa Fe mediante las cartas municipales, auténticos estatutos comunales, decididas en asambleas vecinales constituyentes a través de los cuales se ejerce autonomía municipal. Pero es a finales de la década de 1950 cuando gran parte de las provincias comienzan a reconocer la autonomía municipal en sus constituciones de manera generalizada. Es así en los casos de Chubut,⁶ Neuquén, Río Negro (las tres en 1957), Misiones (1958), Santiago del Estero (1960) y Formosa (1957).⁷

A partir de la apertura democrática operada en 1983 otro grupo de provincias reforma su Constitución trayendo como corolario la incorporación del régimen municipal autónomo. Como explica Difalco:

Este ciclo de reformas es propio de los años ochenta y de principios de los noventa que se caracteriza principalmente por enmarcarse en el contexto de la transición democrática, buscando adaptar las constituciones a las nuevas realidades de la democracia de partidos y a las tendencias más modernas de reconocimiento de nuevos derechos y garantías propios del constitucionalismo postindustrial⁸ (Difalco, 2013: 482).

Entre este grupo de provincias podemos encontrar a Jujuy, La Rioja, Salta, San Juan y Santiago del Estero, mientras que Córdoba y San Luis lo hacen en el año 1987, Catamarca y Río Negro en 1988, Tucumán en 1996.

vecina más afortunada son incentivos y coadyuvantes poderosísimos, para conseguir una administración ejemplar y laboriosa".

De todas maneras, la posición de Alberdi respecto de los municipios no es pacífica, varios son los autores que lo enmarcan dentro de la postura autárquica (por ejemplo, Aritz Recalde). Más allá de esta catalogación respecto del pensamiento de Alberdi, no cabe dudas de que, en el contexto histórico en el cual escribe, su posición resulta moderada ya que no se puede negar que reconoce en el localismo municipal un espíritu de unidad política y social que excede lo meramente administrativo.

5 Alberdi, J. B. (1853). *Elementos del Derecho Público Provincial para la República Argentina*. Recuperado de https://books.google.com.ar/books?id=tQkwAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

6 El preámbulo de esta constitución ya indica la amplitud de participación política que tendrá la constitución: "Nosotros, representantes del pueblo de la Provincia del Chubut, reunidos en Convención Constituyente a fin de reformar la Constitución de 1957, ratificando sus principios e incorporando los que la historia vivida y nuestro destino nos proponen, con el objeto de garantizar a todos los habitantes el pleno goce de sus derechos, su protagonismo político". Asimismo, los artículos que establecen la autonomía son muy claros: "Artículo 225.- Los municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus funciones y gozan de autonomía política, administrativa y financiera con arreglo a las prescripciones de esta Constitución".

7 Cabe mencionar que en gran medida la reforma de estas Constituciones se debió a la presión que ejerció el gobierno de facto sobre estas provincias.

8 Difalco, D. R. (2013). *La autonomía municipal*. La Plata: Universidad Nacional de la Plata. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21012/Documento_completo.pdf?sequence=1

mán en 1990, Formosa en 1991 y Corrientes en 1993. Por otro lado, la provincia de Tierra del Fuego, como consecuencia de su creación, se da su primera Constitución a principios de la década de 1990.

Vale la pena mencionar, asimismo, que a partir de 1989 la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró el régimen municipal en el precedente “Rivademar, Ángela D. B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario”, imponiendo una interpretación positiva a la autonomía municipal. Compartimos, aquí dos de sus principales fundamentos:

8) [...] Por otra parte, aun prescindiendo de las prescripciones concretas de las constituciones provinciales vigentes, debe reconocerse que mal se avienen con el concepto de autarquía diversos caracteres de los municipios, tales como su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33, Cód. Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sarsfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de sus resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que *no* parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas.

9) Que, sin embargo, aun cuando no se reconozca que la autonomía de los municipios cuenta con base constitucional, tampoco puede prescindirse de que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5º de la Constitución determina que las leyes provinciales no sólo no puedan legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido, entre las cuales resulta esencial la de fijar la planta de su personal, designarlo y removerlo. Fácil es advertir que si se encontraran sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña –aunque se trate de la provincial– ésta podría impedirles el cumplimiento de sus funciones negándoles el personal necesario para llevarlas a cabo, o causar el desorden administrativo o la ruina económica imponiéndoles un número excesivo de empleados o remuneraciones que sus recursos no permitiesen afrontar.⁹

En 1994 la Reforma constitucional de Paraná trae un nuevo régimen municipal al establecer en su artículo 123 que “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

9 CSJN. (1989). “Rivademar, Ángela D.B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario”.

Desde el dictado de la nueva Constitución, todas las provincias deben asegurar la autonomía municipal bajo tales principios y, al encontrarse expresamente integrada a la Constitución federal, deja de ser una competencia propia de las provincias para consagrarse como una obligación de estas en virtud de los artículos 31¹⁰ y 121.¹¹ En otras palabras, a diferencia del antiguo esquema donde el nivel provincial solo debía asegurar el régimen municipal sustantivamente, es decir, como unidad institucional territorial guardando para sí la potestad de otorgarle el nivel de autarquía o autonomía que creyera necesario, en la nueva redacción de la Constitución Nacional las provincias deben dotar a las unidades territoriales llamadas municipios de autonomía en el orden institucional, político, administrativo y financiero. Así, en la actualidad, el régimen municipal tiene un contenido adjetivo que debe ser respetado y de transgredirse se es pasible de intervención federal.

En este marco, nuevamente las provincias debieron modificar sus constituciones con el fin de adaptarse a la nueva realidad imperante. Es así que luego de la Reforma de 1994, cuatro provincias reforman su Ley Superior en ese mismo año: La Pampa, Chubut, Chaco y Santa Cruz y, tiempo después, Santiago del Estero (1997), Salta (1998), Santa Cruz (1998), La Rioja (2000 y 2002), Córdoba (2001), Formosa (2003), Santiago del Estero (2005), Tucumán (2006) y Entre Ríos (2008). La provincia de Buenos Aires también reforma su Constitución en 1994 pero, a diferencia de las anteriores, esta deja intacto su régimen municipal que data de 1934.

Siguiendo nuevamente a Difalco, podemos establecer tres categorías de municipios respecto al nivel de autonomía alcanzado:

- Autonomía municipal semiplena: se trata de constituciones que no reconocen la autonomía local en el orden institucional, es decir, los municipios no poseen la capacidad de dictarse su propia carta orgánica, sin perjuicio de ostentar autonomía en los demás ámbitos, aunque con matices. En este grupo encontramos las constituciones de Mendoza y Santa Fe, las cuales confieren al Poder Legislativo Provincial la facultad de dictar la ley orgánica que regirá a los municipios.
- Autonomía municipal condicionada, limitada o restringida: en estos casos se reconoce la autonomía municipal, pero se exige que la carta orgánica municipal sea aprobada por el Poder Legislativo Provincial. En este grupo encontramos a las constituciones de Neuquén, Chubut y Salta.
- Autonomía Municipal Plena: se reconoce la autonomía en todos los ámbitos enumerados en el artículo 123 de nuestra Constitución Nacional. En este grupo podemos incluir las constituciones de Misiones, Santiago del Estero, San Juan, La Rioja, Jujuy, San Luis, Córdoba, Catamarca, Río Negro, Formosa, Tierra del Fuego, Corrientes, La Pampa, Chaco, Santa Cruz y Tucumán, las cuales reconocen algunos municipios, en general denominados como de “primera categoría”, la facultad de dictar su propia carta orgánica sin perjuicio de reglamentar también la autonomía en los demás ordenes (político, administrativo, económico y financiero) (Difalco, 2013).

10 Argentina, Constitución Nacional. Artículo 31.- “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”.

11 El artículo 121 del año 1994a es el antiguo artículo 104 del año 1860.

De esta manera, resulta extraño el régimen municipal de la provincia de Buenos Aires, ya que es el único que no se adapta a lo dispuesto por la Constitución Federal.

2. El régimen municipal de la provincia de Buenos Aires

En lo referido al régimen municipal establecido en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, es de destacar que no registra modificaciones desde 1934, y es organizado mediante la “Ley Orgánica de Municipalidades”, Decreto-Ley N° 6769/58. En este sentido, los municipios bonaerenses se ven impedidos de ejercer una autonomía formal, aunque la observación de las actividades diarias de estas instituciones permite ver que distan mucho de ser simples organizaciones administrativas territoriales, por ejemplo, la implementación del presupuesto participativo en varias localidades bonaerenses (Morón, Tres de Febrero, San Isidro, etc.), oficinas de capacitación de emprendedores, creación de entidades autárquicas por parte de los municipios (por ejemplo: Banco Social de Moreno).

2.1. Análisis constitucional

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires es la única que, a diferencia de sus pares, se rige por un régimen de gobierno municipal autárquico. Este surge claramente del análisis del Título IV, “Del Régimen Municipal”, donde los artículos 190 a 197 establecen un esquema fuertemente restrictivo respecto de las atribuciones comunales. Así, podemos encontrar que su régimen institucional, político, administrativo, económico y financiero se ve predeterminado por el nivel provincial.

En el aspecto institucional encontramos que el diseño de las instituciones municipales corresponde a la provincia, por ejemplo, al determinar los órganos deliberativos y ejecutivos:

Artículo 190.- La administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los partidos que formen la Provincia, estará a cargo de una Municipalidad, compuesta de un departamento ejecutivo unipersonal y un departamento deliberativo, cuyos miembros, que no podrán ser menos de seis ni más de veinticuatro, durarán cuatro años en sus funciones, renovándose cada dos años por mitad y serán elegidos en el mismo acto que se elijan los senadores y diputados, en la forma que determine la ley.

Asimismo, sin intención de hacer una exhaustiva muestra del régimen autárquico en la provincia, algunos ejemplos permiten graficar las restricciones normativas en las que se encuentran estos municipios; ya que, por ejemplo, las funciones y atribuciones políticas municipales vienen determinadas por la Legislatura provincial: “Artículo 191.- La Legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades

de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales”.

Por otro lado, también podemos encontrar que la disposición de administrar los recursos también está limitada:

Artículo 192. Inciso 7. Recaudar, distribuir y oblar en la Tesorería del Estado las contribuciones que la Legislatura imponga al distrito para las necesidades generales, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo nombre funcionarios especiales para este objeto, si lo cree más conveniente.

Por último, referido a lo económico y financiero, la Constitución también determina algunas pautas sobre las cuales los municipios deben regirse:

Artículo 192. Inciso 5. Vencido el ejercicio administrativo sin que el Concejo Deliberante sancione el presupuesto de gastos, el intendente deberá regirse por el sancionado para el año anterior. Las ordenanzas impositivas mantendrán su vigencia hasta que sean modificadas o derogadas por otras. El presupuesto será proyectado por el departamento ejecutivo y el deliberativo no está facultado para aumentar su monto total. Si aquél no lo remitiera antes del 31 de octubre, el Concejo Deliberante podrá proyectarlo y sancionarlo, pero su monto no podrá exceder del total de la recaudación habida en el año inmediato anterior. En caso de veto total o parcial, si el Concejo Deliberante insistiera por dos tercios de votos, el intendente estará obligado a promulgarlo.

Artículo 193. Inciso 3. No podrá autorizarse empréstito alguno sobre el crédito general de la Municipalidad, sino por ordenanza sancionada en la forma que determina el inciso anterior; pero en ningún caso podrá sancionarse ordenanza de esta clase cuando el total de los servicios de amortización e intereses, afecte en más del 25 por ciento los recursos ordinarios de la Municipalidad. Cuando se trate de contratar empréstitos en el extranjero o enajenar o grabar los edificios municipales, se requerirá, además, autorización legislativa.

Finalmente, la Reforma constitucional provincial de 1994 impuso entre sus cláusulas transitorias que la “Ley Orgánica de las Municipalidades deberá contemplar la posibilidad que los municipios accedan a los institutos de democracia semidirecta” (art. 211). Pero, como sostienen Reca: “nada se ha reglamentado sobre el primer punto y que sepamos la instrumentación por parte de los municipios ha quedado aislada a modalidades plebiscitarias que se han constituido más en un referéndum sobre determinada iniciativa, que en un ensayo embrionario sobre la institucionalización de la participación

pública”.¹² Como se aprecia, muy pobre ha sido el aporte de la Convención Constituyente bonaerense de 1994 al régimen de autonomía municipal consagrado en la Constitución federal.

2.1. Análisis de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM) Decreto-Ley N° 6769/58

Las leyes orgánicas son la normativa por medio de la cual las provincias ordenan el funcionamiento de sus municipios. En ellas se atribuyen competencias, se asignan deberes y se establece la organización del ente municipal. Esta disposición de la provincia de Buenos Aires es idéntica para todas las municipalidades desconociendo la riquísima vida institucional y la autodeterminación de las comunidades locales, expresiones genuinas de la actividad política, social y económica en la que se desenvuelven miles de argentinos diariamente.

Sin intención de agotar el tema y seleccionando las cuestiones que más relevancia tienen para nuestro trabajo, se realizará un análisis del Decreto-Ley N° 6769/58, dictado bajo el régimen de facto de la autodenominada “Revolución Libertadora” que estableció la base estructural sobre la cual se asienta la organización municipal en la provincia de Buenos Aires.¹³

Al igual que en la Constitución de la provincia, un aspecto fundamental para entender el nivel de autarquía al que se encuentran sometidos los municipios de Buenos Aires es la determinación cualitativa y cuantitativa de sus instituciones. La LOM determina un esquema en el que se establece la cantidad de ediles que deben participar en las legislaturas de acuerdo al número de habitantes de cada partido¹⁴ (art. 2), y también determina el número de extranjeros que podrán participar de la misma: “En el Concejo no se admitirán extranjeros en número mayor de la tercera parte del total de sus miembros”.

Asimismo, la Ley Orgánica determina que el Concejo Deliberante de cada partido (división territorial en la que se encuentra delimitada la provincia) tiene la facultad de establecer la división de sus territorios en cuarteles o delegaciones (art. 28). Los mismos son meras extensiones administrativas de la municipalidad de cada partido y se encuentran en cabeza de un delegado que es designado por el intendente. Es interesante advertir que en los últimos años en algunos municipios, por ejemplo, en Trenque Lauquen¹⁵ y Junín,¹⁶ estos cargos de delegados son sometidos a elecciones democráticas

12 Reza, R. P. (2010). *El anacrónico Régimen Municipal Bonaerense*. La Plata: UNLP. Recuperado de file:///C:/Users/Agustin/Downloads/RICARDO%20PABLO%20RECA.pdf

13 El Decreto-Ley N° 6769/58 fue modificado posteriormente por las siguientes leyes N° 7443/68, 8613/76, 8752/77, 8851/77, 9094/78, 9117/78, 9289/79, 9443/79, 9448/79, 9926/83, 9950/83 y 10100/83 y las leyes N° 5887, 5988, 6266, 6896, 10140, 10164, 10251, 10260, 10377, 10706, 10716, 10766, 10857, 10936, 11024, 11092, 11134, 11239, 11240, 11300, 11582, 11664, 11690, 11741, 11757, 11838, 11866, 12076, 12120, 12288, 12396, 12929, 13101, 13154, 13217, 13580, 13924, 14062, 14139, 14180, 14199, 14248, 14293, 14344, 14393, 14480, 14491 y 14515.

14 La provincia de Buenos Aires, se divide territorial y administrativamente en 135 municipios denominados constitucionalmente partidos.

15 Decreto N°463/12 del Departamento Ejecutivo de Trenque Lauquen.

16 Decreto N° 157/16 del Departamento Ejecutivo de Junín.

y es la decisión de la comunidad la que luego es homologada por el intendente. Sin lugar a dudas, esta práctica excede lo previsto por la LOM.

Las atribuciones que el Decreto-Ley N° 6769/58 reconoce a las legislaturas locales es más que limitado. Según el artículo 25, estas deben “responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales”. Para poder hacer cumplir y compeler a los vecinos a respetar su poder de policía delegado, los municipios

podrán prever inspecciones, vigilancias, clausuras preventivas, desocupaciones, demoliciones, reparaciones, adaptaciones, restricciones, remociones, traslados, secuestros, allanamientos según lo previsto en el artículo 24° de la Constitución, ejecuciones subsidiarias, caducidades y cuantas más medidas fueren menester para asegurar el cumplimiento de sus normas (art. 26).

Por otro lado, la Ley Orgánica prevé otras competencias, pero bajo la condición de que debe respetarse el “orden provincial”;¹⁷ este es el caso, por ejemplo, de los servicios públicos, estos pueden ser atendidos por los municipios cuando no se encuentren suministrados por la provincia o la nación.¹⁸ Se puede entender que una limitación como la impuesta afecta fuertemente a la posibilidad de obtener recursos propios y, consecuentemente, poder disponer de ellos según su criterio.

A pesar de todo lo expuesto, la evolución que sufrió el régimen municipal a nivel federal también fue receptada, aunque de manera fragmentada y descontextualizada por la normativa específica de

17 Buenos Aires. LOM. “Artículo 27. Corresponde a la función deliberativa municipal reglamentar: 1. La radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales. 2. El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, caminos, puentes, túneles, plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles en las situaciones no comprendidas en la competencia provincial [...]. 6. La instalación y el funcionamiento de abastos, mataderos, mercados y demás lugares de acopio y concentración de productos y de animales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales [...]. 9. La instalación y el funcionamiento de establecimientos sanitarios y asistenciales; de difusión cultural y de educación física; de servicios públicos y todo otro de interés general en el Partido, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia [...]. 18. El tránsito de personas y de vehículos públicos y privados en las calles y caminos de jurisdicción Municipal, atendiendo, en especial a los conceptos de educación, prevención, ordenamiento y seguridad, así como en particular, lo relativo a la circulación, estacionamiento, operaciones de cargas y descargas, señalización, remoción de obstáculos y condiciones de funcionamiento de los vehículos, por medio de normas concordantes con las establecidas por el Código de Tránsito de la Provincia [...]. 20. La expedición de licencias de conductor, en las condiciones establecidas por la legislación y reglamentación provincial. 21. El patentamiento de vehículos que circulen por la vía pública, que no estén comprendidos en regímenes nacionales o provinciales. 22. El transporte en general y, en especial, los servicios públicos de transporte de pasajeros, en cuanto no sean materia de competencia nacional o provincial”.

18 Buenos Aires. LOM. “Artículo 52: Corresponde al Concejo disponer la prestación de los servicios públicos de barrido, riego, limpieza, alumbrado, provisión de agua, obras sanitarias y desagües pluviales, inspecciones, registro de guías, transporte y todo otro tendiente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local, siempre que su ejecución no se encuentre a cargo de la Provincia o de la Nación. Tratándose de servicios que puedan tener vinculaciones con las leyes y planes provinciales, el Concejo deberá gestionar autorización ante el Poder Ejecutivo o proceder a convenir las coordinaciones necesarias”.

la provincia de Buenos Aires. Prueba de ello es el instituto de la expropiación, expresado en el artículo 58 de la LOM, donde se establece que

Corresponde al Concejo autorizar las expropiaciones de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la ley vigente que rija la materia. Además podrá autorizar la expropiación de fracciones de tierra, las que se declaren de utilidad pública, para subdividirlas y venderlas a particulares, para fomento de la vivienda propia.

Consecuencia de esta redacción y en virtud de la no consagración de la autonomía municipal por parte de la constitución provincial, la facultad expropiatoria de las municipalidades bonaerenses fue debatida fuertemente, ya que no se podía establecer con certeza si las ordenanzas emitidas por los concejos deliberantes constituían una ley en sentido formal o se trataba de meros actos administrativos. En el caso “Promenade”,¹⁹ de 1989, en el dictamen de la Procuradora que la Corte va a tomar como propio, dice

la inderogabilidad particular de las reglamentaciones generales, pierde toda virtualidad, atento a que el aludido principio no se aplica a los actos normativos de sustancia legislativa, como lo son las ordenanzas municipales [...] En la LOM, las ordenanzas han sido nítidamente diferenciadas de las reglamentaciones de los órganos burocráticos o descentralizados de la administración comunal, tanto por sus características formales, como por el origen y conformación del órgano del que emanan y el procedimiento de su formación y sanción. Las ordenanzas emanan de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular; es, como la ley, una expresión “soberana” de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada.²⁰

En el mismo sentido, es interesante la pregunta que se realiza la Dra. María Carolina Fabre:

¿Acaso puede dudarse que es el órgano legislativo municipal el que está en mejores condiciones de decidir respecto de la existencia de utilidad pública que habilite la expropiación de un bien situado dentro de su jurisdicción que es requerido para satisfacer un interés general municipal, es decir, que concierne a los habitantes de ese territorio?²¹

A partir de la modificación que implantó la Ley Provincial N° 13101/03, este debate quedó saldado al incorporar la siguiente redacción al artículo 77 de la LOM:

19 CSJN, (24/08/1989) “PROMENADE S.R.L. C/MUNICIPALIDAD DE SAN ISIDRO S/DEMANDA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA”.

20 Fabre, M. C. (2008). Municipios bonaerenses y facultades expropiatorias. *Revista Colegio de Abogados de La Plata*, 70.

21 *Idem*.

Artículo 77º. Las disposiciones que adopte el Concejo se denominarán: Ordenanza, si crea, reforma, suspende o deroga una regla general, cuyo cumplimiento compete a la Intendencia Municipal. Las Ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material. Decreto, si tiene por objeto el rechazo de solicitudes particulares, la adopción de medidas relativas a la composición u organización interna del Concejo y en general, toda disposición de carácter imperativo, que no requiera promulgación del Departamento Ejecutivo. Resolución, si tiene por objeto expresar una opinión del Concejo sobre cualquier asunto de carácter público o privado, o manifestar su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado. Comunicación, si tiene por objeto contestar, recomendar, pedir o exponer algo.

Por último, la Ley Orgánica establece los recursos con los cuales cuentan los municipios, en su artículo 226 dice: “Constituyen recursos municipales los siguientes impuestos, tasas, derechos, licencias, contribuciones, retribuciones de servicios y rentas”, y determina una larga lista de 32 ítems sobre los cuales puede el municipio ejercer su facultad recaudatoria, por supuesto, siempre respetando el orden provincial, como lo establece el artículo 227.²²

Finalmente, podemos establecer una evolución jurisprudencial en el reconocimiento de las autonomías municipales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. A partir de la Reforma constitucional de 1994 operada en el ámbito federal, el Máximo Tribunal bonaerense ha trabajado el concepto de autonomía de los municipios generando una rica jurisprudencia que admite esta intrínseca característica de los partidos bonaerenses.²³ Por ejemplo,

22 Buenos Aires, LOM. “Artículo 227: La denominación ‘Impuestos’ es genérica y comprende todas las contribuciones, tasas, derechos y demás obligaciones que el municipio imponga al vecindario en sus ordenanzas, respetando los límites establecidos en esta ley y los principios generales de la Constitución”.

23 En el excelente trabajo *Estatus Jurídico de los Municipios Bonaerenses* de los doctores Mirna Dallaverde, Patricia Lavrut y Gabriela Vicente para el Colegio de Abogados de San Isidro publicado por la Fundación CIJUSO, puede encontrarse una serie de fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a este respecto, a saber:

“Municipalidad de Bahía Blanca c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconst. ley 11.018, dec. 4604 y 5309”, del 8 de julio de 1997; “Sindicato de Trabajadores Municipales de Necochea c/ Municipalidad de Necochea s/ Declaración de inconstitucionalidad”, del 27 de diciembre de 2000;

“COPETRO S.A. c/ Municipalidad de Ensenada s/ Inconstitucionalidad”, del 20 de marzo de 2002;

“Seara, Juan Ignacio c/ Municipalidad de Berazategui s/ Inconstitucionalidad”, del 11 de marzo de 2009;

“Provincia de Buenos Aires c/ Municipalidad de Ensenada s/ Conflicto de poderes (art. 196, Const. Prov.)”, (SCBA, B 64293 S), del 18 de marzo de 2009;

“Regueiro, Alfonso A. (Intendente Municipal de Presidente Perón) c/ Concejo Deliberante de Presidente Perón s/ Conflicto de poderes”, del 30 de septiembre de 2009;

“Rusconi, Oscar c/ Municipalidad de La Plata s/ Demanda contencioso administrativa”, del 11 de septiembre de 2013;

“Escobar, Hilda E. c/ Municipalidad de San Miguel s/ Daños y perjuicios”, del 10 de abril de 1997;

“Municipalidad de La Plata s/ Inconstitucionalidad del Dec. Ley 9111. Tercero C.E.A.M.S.E.”, del 17 de junio de 1997;

“Mango, Eduardo Donato y otro c/ Provincia de Buenos Aires (Tribunal de Cuentas) s/ Demanda contencioso administrativa”, del 30 de noviembre de 2011;

“Bender, Celia María c/ Municipalidad de Berazategui s/ Demanda contencioso administrativa”, del 15 de septiembre de 2012;

“Municipalidad de La Plata c/ Ministerio de Desarrollo Social Provincia de Buenos Aires s/ Conflicto de poderes art. 161 inc. 2º, Const. Provincial” Y su acumulada, «Municipalidad de La Plata c/ Ministerio de Desarrollo Social Provincia de Buenos Aires s/ Conflicto art. 196 Const. Provincial”, del 2 de mayo de 2013;

“Arias, Norberto c/ Municipalidad de General San Martín s/ Demanda contencioso administrativa”, del 14 de agosto de 2013;

“Aguas Argentinas S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Inconstitucionalidad Ordenanza 7751/95”, del 7 de marzo de 2005;

en “Municipalidad de La Plata s/ Inconstitucionalidad del Dec. Ley 9111. Tercero C. E. A. M. S. E.” (1997), el Máximo Tribunal expreso que

Las destinatarias originales de todos los poderes y competencias eran las provincias. Los Municipios en consecuencia son fracciones internas, urbanas dentro de las provincias a quien estas reconocen autonomía, pero esta autonomía siempre debe admitir como primer límite el poder provincial. No es concebible un municipio sino como referencia a una provincia.

Los poderes de los municipios se encuentran sometidos al poder constituyente provincial, se trata de una autonomía relativa o de segundo grado.

Por otra parte, en autos “Abb-Elster S. A. c/ Municipalidad de Lanús s/ Demanda contencioso administrativa” (2012) dice:

El art. 123° de la Constitución nacional –incorporado por la reforma de 1994– no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno. La cláusula constitucional les reconoce autonomía en los órdenes “institucional, político, administrativo, económico y financiero” e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su “alcance y contenido”. Se admite así un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121°, 122°, 124° y 125° de la Constitución Nacional), con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art.123°.

En “Municipalidad de Trenque Lauquen c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad Ley 13.154” (2013), la Suprema Corte de Justicia declara que

el límite fundamental para determinar el ámbito de legitimidad y de legalidad de las autonomías de los municipios en los órdenes institucional, político, administrativo y financiero, se encuentra en el principio de razonabilidad contenido en el Artículo 28 de la Ley Fundamental, en virtud del cual las constituciones provinciales no pueden, bajo la apariencia de reglamentar la autonomía, trasponer los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de los municipios.

“Carba S.A. c/ Municipalidad de Tandil s/ Demanda contencioso administrativa”, del 23 de abril de 2008;
“Sociedad Española de Socorros Mutuos de Tres Arroyos c/ Municipalidad de Tres Arroyos s/ Demanda contencioso administrativa”, del 8 de julio de 2008;
“Rabuffetti, Daniel Alberto y otra c/ Municipalidad de Berazategui s/ Inconstitucionalidad Cap. XI art. 26 inc. II. Ord. Imp. Vigente”, del 6 de mayo de 2009;
“Municipalidad de Trenque Lauquen c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad Ley 13.154”, del 11 de octubre de 2013.

3. Conclusiones

La Reforma de la Constitución federal de 1994 trajo aparejado un nuevo régimen municipal que recogió los cambios que se venían expresando en las constituciones provinciales, la jurisprudencia y la doctrina. Este cambio quedó plasmado en el artículo 123, donde se reconoció la autonomía municipal, condicionando adjetivamente los municipios reconocidos previamente en el artículo 5.

La totalidad de las provincias reconocieron este régimen con anterioridad a la reforma, o posteriormente, modificando sus constituciones, con la única excepción de la provincia de Buenos Aires donde, desde el punto de vista formal, la Constitución todavía establece a los municipios como autárquicos.

Finalmente, el régimen de la Ley Orgánica de las Municipalidades expresa un marco claramente autárquico donde, como vimos, las atribuciones de las instituciones municipales, su diseño institucional, las cualidades de composición de sus órganos deliberativos, sus competencias, la determinación de sus recursos etc. se encuentran condicionados por su imperio. A pesar de estas limitaciones, en el plano material, los municipios han generado políticas que exceden lo prescripto en la ley, por ejemplo, para legitimar democráticamente sus autoridades ad hoc, como es el caso de algunas delegaciones de partidos o el presupuesto participativo, dando cuenta de la riquísima vida cultural e institucional de cada localidad y expresando su autonomía que, en el marco de la jurisprudencia de los máximos tribunales de la nación y la provincia, ya ha encontrado recepción. De esta manera, se hace imprescindible la urgente reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, no solamente para cumplir con la garantía federal expresada en el artículo 5 de Constitución Nacional, sino para adecuar su régimen a una realidad que no se puede seguir negando desde lo formal, como lo es el reconocimiento de la autonomía de los 135 partidos bonaerenses.

El derecho administrativo frente a los cambios en la gestión pública: un enfoque panorámico sobre la cuestión¹



*Nicolás Diana**

Entendiendo al derecho administrativo como derecho convencional y constitucional concretizado, podemos señalar que los cambios en la gestión pública verificados en la Argentina a nivel nacional, a partir de diciembre de 2015, implican –en alguna medida y a modo de hipótesis– un cambio de paradigma en la concepción de la cosa pública y en el modo de gestionar la agenda pública.

En 1982, al momento de crear la denominada “Curva de duplicación de conocimiento”, Buckminster Fuller notó que hasta 1900 el conocimiento humano se había duplicado en cada siglo. Para el final de la Segunda Guerra Mundial el conocimiento se duplicaba cada 25 años. Hoy las cosas no son tan simples dado que los diferentes tipos de conocimiento tienen diferentes tasas de crecimiento. Por ejemplo, el conocimiento de nanotecnología se duplica cada dos años y el conocimiento clínico cada 18 meses. Pero, en promedio, el conocimiento humano se duplica cada 13 meses. Según IBM, la cons-

¹ Trabajo expuesto en el “II Congreso Nacional: Estado y Políticas Públicas”, organizado por FLACSO Argentina – Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, los días 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2017, con actualizaciones.

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública y Doctorando de la Facultad de Derecho (UBA), Profesor Titular Regular de la Carrera de Abogacía (UNPAZ).

trucción de la “Internet de las Cosas”² llevará a duplicar el conocimiento cada 12 horas.³ Este cambio exponencial en la cantidad y calidad de la información que circula y se acumula se traduce en el uso de nuevas tecnologías, pero también de nuevas habilidades y profesiones que probablemente hoy no existen, y en el acortamiento de las distancias entre las organizaciones, en nuestro caso, el Estado, ante nuevas funciones, procesos y canales de acción y respuestas.⁴

Nuevas tecnologías, educación y democracia son aspectos que hacen a un enfoque del derecho, en general, y del derecho administrativo, en particular, más integral e integrado con esta realidad que impacta en todas las relaciones jurídicas dentro del Estado y fuera de él.

Dicho impacto podemos visualizarlo concreta, arbitraria e intuitivamente, en materia de:⁵

- (a) empleo público
- (b) contrataciones públicas
- (c) acceso a la información pública
- (d) anticorrupción
- (e) despapelización de la Administración Pública e implementación de la gestión documental electrónica (digitalización)
- (f) procedimiento administrativo.

Todos y cada uno de estos aspectos conforman un entramado dinámico y coligado que propone quebrar la decimonónica ineficiencia y obsolescencia del sector público, incorporando –en principio y también como cuestión antagónica– la eficiencia y la modernidad a partir, en gran medida, de un corrimiento del derecho administrativo para hacer verbo, si se quiere, las mejores prácticas privadas.

2 Entiéndase como “Internet de las Cosas”, o bien “IoT” (por su sigla en inglés), a “una red de objetos físicos –vehículos, máquinas, electrodomésticos y más– que utiliza sensores y API para conectarse e intercambiar datos por internet. ¿Qué hace posible IoT? IoT depende de una serie integral de tecnologías –como las interfaces de programación de aplicaciones (API) que conectan los dispositivos a internet–. Otras tecnologías IoT claves son las herramientas de gestión de Big Data, las analíticas predictivas, la IA y machine learning, la nube y la identificación por radiofrecuencia (RFID)”. Recuperado de <https://www.sap.com/latina-merica/trends/internet-of-things.html>

3 Greenstein, L. M. (2012). *Assessing 21st Century Skills. A Guide to Evaluating Mastery and Authentic Learning*. Londres: SAGE, pp. 1 y ss. Recuperado de https://uk.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/49911_Greenstein__ch1.pdf; Russell Schilling, D. (2013). Knowledge Doubling Every 12 Months, Soon to be Every 12 Hours. *Industry tap into news*. Recuperado de <http://www.industrytap.com/knowledge-doubling-every-12-months-soon-to-be-every-12-hours/3950>; How Fast Is Knowledge Doubling?, *Lodestar Solutions*. Recuperado de <https://lodestarsolutions.com/keeping-up-with-the-surge-of-information-and-human-knowledge/>

4 Ver Oppenheimer, A. (2018). *Sálvese quien pueda: El futuro del trabajo en la era de la automatización*. Buenos Aires: Debate.

5 Al respecto, cabe detallar y no exhaustivamente: Ley de Acceso a la Información Pública (Ley N° 27275); Sistema de Gestión Documental Electrónica; Dictámenes Jurídicos (GEDO); Régimen Nacional de Ventanilla Única de Comercio Exterior Argentino (VUCEA); Legajo Único Electrónico (LUE); Plataforma “Trámites a Distancia” (TAD); Contrat.ar; Expediente Electrónico (EE); Plataforma Digital del Sector Público Nacional; Buenas Prácticas en Materia de Simplificación; Reglamento de Procedimientos Administrativos - Decreto N° 1759/72 (texto ordenado 2017); Plataforma de “Firma Digital Remota”; Conflictos de interés – Representación Procesal (Decreto N° 201/17); Conflictos de interés – Pacto de Integridad – Declaración Jurada – Testigo Social – Veeduría – Audiencia Pública (Decreto N° 202/17); Registro de Obsequios y Viajes, entre otros instrumentos y medidas implementados.

Lo que está en crisis hoy no es solo la idea sobre si las prácticas, procedimientos y personas que cumplen cometidos públicos cumplen o no la finalidad para la cual han sido instaurados o designados.

Lo que está en plena discusión (o no tanto) es la vigencia de un nuevo paradigma en el derecho administrativo. Un nuevo derecho administrativo adaptado no solo a una nueva realidad política, sino también y principalmente a una realidad social y cultural distinta, para una democracia considerada también a priori distinta. La denominada *democracia digital*.

En esta nueva *democracia digital*, las redes sociales se muestran como el escenario de las prácticas políticas y en lo que nos interesa en el presente, de las prácticas administrativas y de gestión pública.

¿Estamos, entonces, ante un nuevo derecho administrativo?

Delinear una respuesta al respecto implicaría sostener una determinada posición frente a una realidad cambiante y en la que todavía hoy todas las adecuaciones en las cuestiones indicadas parten y encuentran eje, como indicamos, en la eficiencia del Estado y en el vacío creado, con posterioridad al retorno de la democracia, en materia de *accountabilities*,⁶ cuenta pendiente no saldada todavía y que hace a un mejor gobierno, con autonomía de la ideología o apego político con el que comulgue la autoridad de turno en el poder o quien les habla.

En efecto, la *clave de bóveda* aquí parecería ser, tal como ha sucedido en el proceso de reforma del Estado de los años 1990, la ineficiencia del Estado ya no como prestador de servicios públicos en general o en su actividad empresaria en particular. Se trata ahora de la supuesta y proclamada ineficiencia del Estado directamente en el cumplimiento de sus funciones básicas en materia de seguridad, educación y salud, por ejemplo.

El derecho administrativo ha tenido y tiene mucha responsabilidad en todo ello. No hablamos de culpas, sino de responsabilidades compartidas.

El diseño, implementación, ejecución, seguimiento y mejora de las políticas públicas es uno de los campos de intervención del derecho administrativo. Campo compartido –es claro– con otras disciplinas (administración, economía, ciencia política, trabajo social, antropología, sociología, psicología y las áreas técnicas que correspondan a la materia que se trate).

Este campo hoy es tierra fértil para cualquier cambio, tomando como punto de partida la insatisfacción estructural del interés público y la creación de una idea en el imaginario colectivo de arrasar con prácticas, muchas de ellas decimonónicas, que no receptan ni responden en tiempo real las demandas de la sociedad, por más diversas o complejas que sean.

Lo que está en cuestionamiento hoy, no es solo el derecho administrativo como práctica y disciplina con un impacto social por demás relevante como todo el derecho en general. Lo que está en crisis es

⁶ Al respecto, por ejemplo, en materia de educación ver Salto, D. (2017). *The State of Accountability in the Education Sector of Argentina*. UNESCO. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002595/259540e.pdf>

la idea de democracia y no solo como regla de la mayoría, sino como forma de vida y sistema o caja abierta de demandas y respuestas, y con ello, en gran medida, el rol del Estado.

El derecho administrativo como derecho autoritario ha dejado de ser tal, para convertirse hoy en un derecho constitucional y convencional de los derechos humanos concretizado, o al menos esa es una idea para pensar y un objetivo a perseguir.

Los tiempos de la justicia hoy no son los mismos que hace 50 años. El acceso jurisdiccional también ha crecido y se ha ampliado a sectores vulnerables, históricamente postergados y olvidados. Por tanto, como consecuencia buscada o no, o la propia inercia e impronta de esta nueva realidad política y social caracterizada por Internet y las relaciones sociales virtuales, la forma en que trabaja la Administración también se ha transformado.

Algunos siguen pensando en sellos escalera como los grandes instrumentos del control vertical y jerárquico, cuando hoy ese sello ya ha sido reemplazado por controles horizontales y concomitantes en tiempo real en aplicaciones amigables, en principio, tanto para los ciudadanos como para los funcionarios.

La forma de trabajar incluso está cambiando en el ejercicio de la abogacía a nivel nacional, sea en el ámbito público en los distintos poderes del Estado, como en el sector privado.

La universalización de plataformas tales como Trámites a Distancia (TAD)⁷ en la vinculación del ciudadano con el Estado, el uso generalizado de la Clave Fiscal de la Administración Federal de Ingresos Públicos⁸ en esa relación, la apertura de datos e información como principio y no como excepción, procesos de contratación abiertos en tiempo real, simplificación de sistemas y procedimientos, no son sino algunas de las instrumentalidades positivas acorde a las nuevas herramientas y aplicaciones que las nuevas generaciones de ciudadanos utilizan en la actualidad, y que es de seguro serán reemplazadas por otras más diversas, prácticas e intuitivas en el futuro.

Hoy, las formas de intervención y respuesta en materia de gestión pública consideran, en primer lugar, la solución intuitiva a partir de diversas metodologías, algoritmos y captación de información, en forma de demandas y respuestas del sistema que se trate. Estamos, evidentemente, ante una nueva y remozada *tecnocracia horizontal*.⁹

7 Mediante el Decreto N° 1063/16 se aprobó el Módulo "TAD" del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), como medio de interacción del ciudadano con la Administración, a través de la recepción y remisión por medios electrónicos de presentaciones, seguimiento, solicitudes, escritos, notificaciones y comunicaciones; validez de las notificaciones electrónicas enviadas por TAD y constitución de la cuenta de usuario de TAD como domicilio especial electrónico al que se remitirán las notificaciones electrónicas fehacientes con valor legal. Posteriormente, por Resolución de la Secretaría de Modernización Administrativa N° 90/17, se aprobó el Reglamento para el uso y Términos y Condiciones de Uso de TAD.

8 Implementada a partir de la Resolución General AFIP 1345/02 y que nació como un régimen especial de presentación de declaraciones juradas, correspondientes a las obligaciones impositivas y de los recursos de la seguridad social, mediante la transferencia electrónica de datos a través de la página oficial de dicho organismo (<http://www.afip.gov.ar>). Posteriormente, fue ampliada, complementada y modificada por Resoluciones Generales AFIP 1389/02, 1491/03, 1634/04, 1659/04, 1778/04, 2239/07, 2381/07, entre otras, y más recientemente, por Resoluciones Generales AFIP 3713/15 y 4026/17.

9 Como eficacia y eficiencia de los medios elegidos por el Estado para satisfacer las demandas sociales. No debe confundirse con el concepto de *accountability horizontal*, por la cual "una institución estatal dada, directamente o a través de la movilización de otra (a menudo un juzgado) se dirige a otra institución esta-

La Administración Pública está en ese mismo camino, incluso con la instauración de nuevos sistemas de gestión y proyección de decisiones a través del uso de Inteligencia Artificial.¹⁰ Así, Corvalán ha propuesto que en la relación existente entre el sistema de derechos y la Inteligencia Artificial debe reconocerse la articulación de distintos principios que impactan en los derechos de las personas (salud, libertad, igualdad y no discriminación, seguridad):

- a) transparencia algorítmica y principio de imparcialidad del validador. La IA debe ser transparente en sus decisiones, lo que significa que se pueda inferir o deducir una “explicación entendible” acerca de los criterios en que se basa para arribar a una determinada conclusión, sugerencia o resultado;
- b) trazabilidad de la inteligencia artificial;
- c) derecho de acceso a la información algorítmica;
- d) no discriminación algorítmica;
- e) autodeterminación algorítmica.

La digitalización de la Administración se produce por la utilización de nuevas tecnologías, desde la óptica de las personas y sus derechos.

Uno de los desafíos principales es asegurar que la ciudadanía en su conjunto acceda a todos los servicios que proporcionan los gobiernos a través de la implementación de las TIC. Esto así, con el efecto que ello genera sobre las estructuras del Estado en una readaptación y reeducación del funcionario en tareas y modalidades para las cuales muchos no están aun totalmente preparados. Esto es así porque no se trata solo de adaptar los procedimientos clásicos a la tecnología, como si se tratara de sustituir una máquina de escribir por una computadora. El cambio radical que atravesamos altera sustancialmente las relaciones y sistemas intra-administración (relaciones interorgánicas e interadministrativas) y las vinculaciones e interacciones entre los ciudadanos y la Administración.

La organización administrativa, y sus categorías y principios clásicos como la jerarquía, avocación, concentración, descentralización, desconcentración, etc., al igual que los procedimientos, se concibieron bajo una concepción del espacio y tiempo radicalmente diferente. Actualmente, asistimos a un auténtico universo de inmediatos, ya que el tiempo secuencial o cronológico comienza a diluirse. Una mutación similar, al decir de Corvalán, se da con las respuestas e interacciones a través de las redes sociales y la teoría del órgano.

Es decir, volviendo al planteo inicial, pareciera consolidarse un nuevo paradigma que involucra a la relación ciudadanos-administración, bajo la denominación de *enfoque de gobierno integrado* en donde los servicios digitales van hacia el ordenador o hacia el dispositivo móvil de los ciudadanos.¹¹

tal, invocando normas legales, respecto de acciones (o inacciones) presumiblemente ilegales por parte de ésta”. O’Donnell, G. (octubre 2004). Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, 11, 13.

10 Corvalán, J. G. La primera inteligencia predictiva al servicio de la justicia: Prometea. LL, 2017-E, 1008.

11 Corvalán, J. G. (19/10/17). Hacia una óptima administración digital e inteligente. *Diario La Ley*, pp. 5 y ss.

La “Encuesta de Gobierno Electrónico 2016 de la ONU sobre ‘Gobierno electrónico en apoyo al desarrollo sostenible’”, elaborada por la División de Administración Pública y Gestión del Desarrollo dependiente del Departamento de las Naciones Unidas de Asuntos Económicos y Sociales,¹² indica una tendencia global positiva hacia los niveles más altos de desarrollo de gobiernos electrónicos ya que países de todas las regiones están adoptando cada vez más la innovación y la utilización de las nuevas TIC para prestar servicios e involucrar a las personas en los procesos de toma de decisiones.¹³

La falta de acceso a la tecnología, la pobreza y la desigualdad impiden a las personas aprovechar plenamente el potencial de las TIC y el gobierno electrónico para el desarrollo sostenible, extremos considerados también dentro de la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”.¹⁴

En el ámbito del derecho comparado y comunitario, la Unión Europea aprobó también durante el transcurso del año pasado el “*Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020*” (que tomó como base el implementado para el período 2011-2015).¹⁵

Dicho plan europeo postula como un aspecto fundamental que la apertura de datos y servicios entre administraciones públicas dentro de las propias fronteras y entre estas incrementa la eficiencia y facilita la libre circulación de empresas y ciudadanos.

El plan europeo parte del supuesto actual de que las vidas de los ciudadanos tienen un componente digital cada vez mayor, por lo que sus expectativas en relación con la actuación de las administraciones públicas son cada vez más altas y esperan una mayor transparencia. Al mismo tiempo, refiere que la participación y la implicación de las partes interesadas en el proceso de toma de decisiones, impacta en que las administraciones públicas se tornan más fiables y más responsables, debiéndose cumplir con el marco legal para la protección de los datos personales y de la intimidad, contribuyendo todo ello al crecimiento y a la competitividad.

Los principios fundamentales del “*Plan de Acción*” son:

- (a) versión digital por defecto;
- (b) “sólo una vez”, las administraciones públicas deben garantizar que los ciudadanos y las empresas facilitan la misma información a una administración pública una sola vez;
- (c) inclusión y accesibilidad;
- (d) apertura y transparencia;
- (e) escala transfronteriza por defecto;

12 Recuperado de <https://publicadministration.un.org/en/Research/UN-e-Government-Surveys>

13 En materia de TIC y educación en la Argentina ver <http://www.tic.siteal.iipe.unesco.org/pais/argentina>

14 Resolución A/70/1, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25-09-15, con el título: “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”. Recuperada de <http://undocs.org/sp/A/RES/70/1>

15 Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0179>

(f) interoperabilidad por defecto;

(g) fiabilidad y seguridad.

Los estándares comunitarios implementados desde el derecho comparado marcan un sendero interesante, en un camino que parece inexorable, donde el “expediente de papel” (tan arraigado en la cultura jurídica argentina) ha iniciado un proceso de extinción que necesariamente debería traducirse en mayor democracia, eficiencia, transparencia, participación y control social de los procesos de toma de decisiones de las organizaciones públicas.

Cabe tener presente, por caso, que mediante el Decreto N° 434/16¹⁶ fue aprobado el Plan de Modernización del Estado entendiendo como tal el instrumento mediante el cual se definen los ejes centrales, las prioridades y los fundamentos para promover las acciones necesarias orientadas a convertir al Estado en el principal garante del bien común.

Dicho Plan de Modernización proclama, entre sus objetivos, constituir una Administración Pública al servicio del ciudadano en un marco de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de servicios, a partir del diseño de organizaciones flexibles orientadas a la gestión por resultados. El Plan está estructurado en cinco ejes, que están en línea con algunos de los aspectos tratados más arriba:

- 1. Plan de Tecnología y Gobierno Digital**
- 2. Gestión Integral de los Recursos Humanos**
- 3. Gestión por Resultados y Compromisos Públicos**
- 4. Gobierno Abierto e Innovación Pública**
- 5. Estrategia País Digital** (eje transversal a los cuatro anteriores, orientado a crear alianzas con las administraciones públicas provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.)

Mejorar la calidad de los servicios o hacer más eficientes las operaciones gubernamentales son pasos intermedios, pues los objetivos más importantes del Gobierno Electrónico tienen que ver, liminarmente, con lograr políticas públicas y programas gubernamentales eficientes que entreguen buenos resultados basados en indicadores de gestión acordes a los objetivos estratégicos de cada institución, fortaleciendo los modelos de gestión que privilegien los resultados por sobre los procedimientos y prioricen la transparencia en la gestión y, en consecuencia, la vigencia y extensión de los derechos humanos.

Este beneficio que presta el Gobierno Electrónico es quizás uno de los más importantes, pero al mismo tiempo uno de los mayores retos, pues supone la existencia de buenos sistemas de gestión, de integración de sistemas multisectoriales, transversales y sinérgicos para lograr la ejecución, monitoreo y evaluación de los procesos de cumplimiento de programas, proyectos y políticas públicas.¹⁷

16 Esta norma debe leerse junto a los Decretos N° 891/17, 894/17 y 733/18, entre otras regulaciones aplicables a la nueva administración pública *digital*.

17 Naser, A. y Ramírez Alujas, Á. (2014). *Plan de gobierno abierto. Una hoja de ruta para los gobiernos de la región*. Santiago de Chile: CEPAL-UN. Recuperado de https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/3/54303/Plan_de_Gobierno_Abierto.pdf

Sin embargo, en la vinculación del ciudadano con la Administración digital, debe considerarse el grado de penetración de Internet en la Argentina, cuyo crecimiento ha decrecido en los últimos años, acompañada por un crecimiento exponencial del uso de teléfonos celulares inteligentes de carácter masivo.

Evolución de accesos de internet fija¹⁸

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Accesos (en millones)	3,294	3,701	4,126	4,653	5,284	6,209	6,437	6,749	7,228
Variación interanual (en porcentaje)		12,36%	11,48%	12,77%	13,56%	17,51%	3,67%	4,85%	7,10%

Fuente: ENACOM

Deberá pensarse, por tanto, de qué manera las nuevas tecnologías, las redes y cierta inmediatez eviten la expansión ya no de analfabetos funcionales sino de analfabetos digitales, ampliando la brecha de sectores vulnerables y alejados de la inmediatez del Gobierno electrónico, por caso, por el uso masivo o no tanto de Clave Fiscal y TAD.

Como se ha señalado,

La penetración de las tecnologías de información y comunicación (TIC) en todos los rincones de la sociedad también impone la necesidad de alcanzar umbrales de competencia digital para la inclusión social. Si bien las credenciales educativas son muy importantes para la participación plena en la economía, la sociedad y la política, cada vez más el pleno acceso y uso de las TIC se convierte en un factor fundamental. **Mientras la brecha digital exacerba las existentes en aprendizaje, comunicación ampliada, redes sociales, acceso a empleo productivo y voz pública, la convergencia digital ayuda claramente a revertirlas.** Más aún, la sociedad de la información, que llegó para quedarse, no es sustentable ni en términos productivos ni comunicacionales sin la masificación de competencias digitales, vale decir, sin la progresiva extensión a toda la población del uso de las TIC con fines de aprendizaje, sociabilidad, participación y trabajo¹⁹ (el destacado es propio).

Nos queda latente también, como corolario de esta nueva administración sin papeles y transversal, la utilización de la despapelización y simplificación de procedimientos y circuitos en la Administración Pública,²⁰ como fundamento a una eventual racionalización del empleo público ante la imposibilidad

18 Informe del Centro de Estudios Servicios Públicos y Privados (CESPUP). (2017). Recuperado de <http://www.cespup.com/informes/39%20Evolucion%20de%20accesos%20de%20internet%20fija%20por%20provincia.pdf>

19 Martínez, R., Trucco, D. y Palma, A. (2014). *El analfabetismo funcional en América Latina y el Caribe. Panorama y principales desafíos de política*. Santiago de Chile: CEPAL, p. 13. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36781/S2014179_es.pdf;jsessionid=2865101CC58F06907BA45B5C89E00325?sequence=1

20 Ver Normativa Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) aplicada por el Estado Nacional, publicada y accesible en http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=149

que la totalidad de los empleados actuales puedan cumplir los cometidos de la administración clásica, incluso frente a procesos simplificados, no solo sin papel sino también con menos organismos y, por tanto, de funcionarios.

Por otro lado, deberá analizarse y planificar el modo en el que nuevos profesionales se adapten ante demandas diferenciales canalizadas por ciudadanos por vías que han dejado de ser no convencionales e informales para convertirse en las vías y canales ordinarios de interacción.²¹

Cabe tener presente, que el 8 de agosto de 2018

se suscribió la “partida de defunción” de la “burocracia estatal impresa” que acompañó a las organizaciones por varios siglos. A través del dec. 733/2018 se ha dispuesto la completa digitalización del sector público nacional que comenzó a instrumentarse a partir de diversas normas dictadas en los últimos años. A través del decreto, finalmente se “baja a tierra” consecuencias específicas que ponen como “sol” del sistema al ciudadano de cara a las organizaciones públicas. Esta norma, en esencia, trae algunas novedades relevantes que podrían impactar significativamente en el ámbito de la dinámica administrativa (procedimiento y organización). Como adelanto, podemos decir que este decreto continúa el camino de las buenas prácticas en materia de simplificación (dec. 891/2017) y concreta varias cuestiones que se plasmaron en las modificaciones al Reglamento de procedimientos administrativos (dec. 894/2017). Simplificar, facilitar, segmentar, agilizar y automatizar podrían ser las palabras y los conceptos clave que titulan esta norma.²²

Todas estas alteraciones implican una revolución, entendida como un cambio profundo, generalmente violento, en las estructuras políticas y socioeconómicas de una comunidad.²³ Reconocerla significa aceptar la nueva realidad para deconstruirla y, a partir de allá, adaptarnos como lo ha hecho el ser humano a lo largo de la historia. Porque de ello se trata, adaptarnos para sobrevivir en la nueva *tecnología social*,²⁴ pero también para vivir mejor interpretando e implementando todos estos cambios del derecho administrativo dentro del entramado de los derechos humanos.²⁵

21 Tolosa, P. (29/08/2018). Nuevas habilidades a desarrollar por quienes ejerzan la abogacía de cara al futuro. *Diario La Ley*, LXXXI(161), 8-9.

22 Corvalán, J. G. (2018). Hacia una administración pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de “Tramitación digital completa”. LL 2018-D, 917.

23 Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <http://dle.rae.es/?i=d=WQ0Bykx>

24 Se ha señalado que “[s]e llama ‘sociedad de la tecnología social’ a las nuevas formas sociales de valorar y aplicar el conocimiento, definida como el ‘desarrollo del saber aplicado por y para cada individuo, en una sociedad organizada para aplicar intensivamente la ciencia y la tecnología en la resolución de problemas sociales’. Esta noción está asociada a tres fenómenos en términos de retos, desafíos y oportunidades. Por un lado, es importante comprender los factores que determinan que las personas y comunidades puedan acceder y aprovechar determinadas tecnologías. Por otro, hay que considerar la resistencia de las comunidades a adoptar enfoques nuevos o innovadores. Aquí es importante establecer políticas públicas tendientes a la participación social y comunitaria. Por último, para que las tecnologías funcionen, tienen que estar adaptadas al contexto y a la cultura del lugar. A este fenómeno se lo llama ‘preparación tecnológica’”. Corvalán, J. G. (2018), *op. cit.*, con mención de Goñi Zabala, J. J. (2012). *La tecnología*. Madrid: Díaz de Santo, p. 342. ONU (2016). Consejo Económico Social, Resolución E/HLPF/2016/6, punto II, 13 a 15. OEA, CIDH (15/03/2017). Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente, párrs. 41-43. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf
Agregando luego que existen tres grandes desafíos para la Administración Pública: reducir la brecha digital, promover la alfabetización digital y garantizar la asistencia digital a las personas en condición de vulnerabilidad digital.

25 Ver Perrino, P. E. (2018). Las reformas al procedimiento administrativo nacional. simplificación administrativa y reducción de cargas a los administrados. LL 2018-A, 1094. Bonina, N. (2018). Administración pública 3.0. Sobre la adjetividad de la Administración Pública: su modernización, eficiencia y simplificación. LL 2018-B, 697.

¿La intermediación financiera es un servicio público?

Repensando el marco regulatorio de la actividad bancaria desde la perspectiva del desarrollo



*Alejandro Formento**

1. Introducción

El sistema financiero argentino es pequeño y poco profundo.¹ En diciembre de 2016, los depósitos bancarios del sector privado no financiero representaban el 21,8% del Producto Interno Bruto (PIB), mientras que los créditos otorgados por las entidades a este segmento alcanzaban el 12,8%² de ese indicador. El análisis comparativo internacional permite vislumbrar esto con toda claridad: a nivel latinoamericano, el promedio del crédito del sistema financiero al sector privado es del 41% de su PIB, destacándose particularmente los casos de Chile (80%), Brasil (50%) y Colombia (42%).³

* Abogado (UBA). Posgrado en Abogacía del Estado (Escuela del Cuerpo de Abogados, PTN). Ex Director del Banco Central de la República Argentina (BCRA). Docente Universidad Nacional de Moreno (UNM).

1 Estas características estructurales del sistema financiero local son reconocidas tanto por el BCRA en su Informe de Estabilidad Financiera del primer semestre de 2016, como por el Fondo Monetario Internacional en su Financial System Stability Assessment. IMF (febrero de 2016). Country Report N° 16/64.

2 Fuente: elaboración propia en base a información oficial disponible en sitios web del INDEC y el BCRA. El dato corresponde a préstamos y créditos al sector privado no financiero en moneda nacional y extranjera calculado sobre la base del balance consolidado del promedio de saldos al 30/12/16.

3 Fuente: BCRA, datos a 2015.

La concentración del negocio de la intermediación financiera⁴ luce también evidente: sobre un total de 78 entidades autorizadas a funcionar en el mercado local por parte del Banco Central de la República Argentina (en adelante, BCRA), los 10 primeros bancos comerciales de capitales privados, tanto nacionales como extranjeros, explican el 42% de los depósitos del sistema y el 53% de los créditos totales.⁵

Una característica específica derivada del carácter concentrado de la actividad viene dada por el tipo de estructura jurídica y societaria que detentan las entidades financieras bajo la forma de *holdings* o grupos económicos. Sobresale la constitución de sociedades anónimas que ejercen el control societario de los bancos, conformando, adicionalmente, otras empresas –también controladas por estas personas jurídicas– dedicadas a la prestación de servicios financieros complementarios y/o el desarrollo de actividades vinculadas.

Esta modalidad tiene entre sus objetivos principales preservar el capital de los grupos controlantes ante situaciones de crisis o estrés del sistema, derivadas de reclamos de los usuarios de servicios financieros y conformar espacios para ampliar y diversificar la prestación de servicios. Si bien el origen de estas características y morfología del sistema financiero local posee su explicación en diversas causas que subyacen a los aspectos abordados en el presente trabajo (altos niveles de informalidad en la actividad económica, antecedentes de fuertes procesos inflacionarios, recurrentes crisis bancarias, etc.), el marco regulatorio e institucional sobre el que funciona el sistema financiero local constituye un pilar esencial para pensar en el crecimiento del sector.

En este sentido, existe una vasta literatura especializada en la materia que vincula positivamente la expansión financiera con el desarrollo económico a través de distintos canales. Esencialmente, el sector financiero ejerce múltiples funciones que potencian el nivel de inversión privada de un país y, con ello, el ritmo de acumulación de capital físico (por ejemplo, facilita la diversificación y el manejo del riesgo, moviliza el ahorro nacional, entre las más destacadas).⁶

Por ello, desde la perspectiva que vincula el derecho con el desarrollo,⁷ efectuaremos una sucinta revisión de los distintos modelos jurídico-institucionales del sistema financiero local vigentes en las

4 En términos generales, la doctrina y la jurisprudencia son contestes en definir que la intermediación consiste en la oferta y demanda habitual de recursos financieros. En este sentido, la intermediación financiera se ha definido como la realización de manera habitual de la actividad de tomar “dinero del público –sus acreedores– para prestarlo a su vez a terceros –sus deudores–...”. Cámara Nacional Comercial, Sala A (05/05/2015). “LEF FLOWBOY SRL S/ ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL”. Por su parte, la CSJN ha señalado en su jurisprudencia que, en la actividad de tomar y colocar dinero, adquiere particular importancia la actividad desplegada por el sujeto que aparece como centro de la captación y colocación de dinero, su habitualidad, la frecuencia y velocidad de las transacciones y su efecto multiplicador, porque lo que primordialmente importa es la repercusión de dicha actividad en el mercado financiero. En ese sentido, el Alto Tribunal admite la caracterización de la intermediación financiera cuando en los sucesivos negocios jurídicos emprendidos por el sujeto de que se trata subyace la actividad de tomar y colocar dinero. CSJN (05/12/1983). “Alberto F. Cordeu y Otros c/ Banco Central de la República Argentina”. Fallos: 305:2130.

5 Fuente: elaboración propia en base a información oficial proporcionada por el BCRA. El dato consignado comprende a los Bancos Credicoop, Galicia, Macro, Patagonia, Santander, Supervielle, BBVA Francés, Citibank, HSBC e ICBC.

6 Para profundizar esta temática, se sugiere efectuar una revisión de la bibliografía económica especializada, destacándose el trabajo de Levine, R. (2005). Finance and growth: theory and evidence. En P. Aghion y S. Durlauf (eds.), *Handbook of Economic Growth: 1A* (pp. 865-934). Ámsterdam: North-Holland Elsevier.

7 Véase, Trebilcock, M. y Mota Prado, M. (2017). *Derecho y desarrollo. Guía fundamental para entender por qué el desarrollo social y económico depende de instituciones de calidad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. La introduc-

últimas décadas y abordaremos un análisis crítico del encuadramiento como servicio público de la prestación de servicios financieros como mecanismo de desarrollo, su viabilidad jurídica y los potenciales efectos sobre el marco regulatorio de la actividad de cara al futuro.

2. Antecedentes

La Ley N° 18061, denominada “Ley de Entidades Financieras”, emitida en el mes de enero de 1969 por el presidente de facto Juan Carlos Onganía –apelando a las atribuciones conferidas por el artículo 5° del Estatuto de la Revolución Argentina–, derogó el Decreto-Ley N° 13127/57 (Ley de Bancos) y vino a definir un nuevo marco normativo, regulatorio y de control para el funcionamiento del sistema financiero argentino. Esta norma se inscribió en una nueva lógica desregulatoria de la actividad bancaria, constituyendo un claro antecedente del paradigma que luego se cristalizaría acabadamente en 1977.

A este respecto, cabe destacar que esta norma estableció un nuevo esquema jurídico-institucional mediante el cual las entidades financieras (bancos comerciales, de inversión, hipotecarios, compañías financieras, sociedades de crédito para consumo y cajas de crédito) ganaron mayor espacio para su funcionamiento y desenvolvimiento comercial, mientras que el BCRA –en su carácter de órgano de aplicación– desarrolló un control más atenuado de los sujetos alcanzados, a través del seguimiento y verificación de su situación patrimonial bajo el dispositivo de los regímenes informativos contables y de contralor (reportes periódicos a la autoridad monetaria).

En este sentido, uno de los cambios más significativos que introdujo la norma en cuestión fue la liberalización de las tasas de interés máximas (operaciones activas por otorgamiento de créditos) y mínimas (operaciones pasivas en concepto de retribución por la captación de los recursos del público) y las comisiones por servicios que los bancos podían fijar,⁸ aspectos que previamente eran regulados por el Estado.

Esta disposición afectó de manera directa el negocio de la intermediación financiera: a partir de la entrada en vigencia de esta ley, las entidades financieras podrían establecer libremente las tasas de interés a las que operaban activa y pasivamente y de este modo ampliar la diferencia entre el costo de captar recursos financieros y colocarlos vía crédito –*spread*⁹–, lo que les permitió no solo aumentar su

ción de este trabajo, destaca que “‘Derecho y desarrollo’ es una expresión utilizada para referirse a diversos intentos orientados a dilucidar la relación existente entre sistemas e instituciones jurídicas, por un lado, y una amplia variedad de resultados de desarrollo, por otro” (Trebilcock y Mota Prado, 2017: 17).

8 El artículo 10 del Decreto-Ley N° 13127/57 establecía que “El Banco Central fijará de acuerdo con las condiciones del mercado monetario, las tasas máximas y mínimas de interés que podrán pagar los bancos por los distintos tipos de depósitos. Los bancos, por convenios interbancarios o en forma independiente, podrán establecer tarifas de comisiones a cobrar por sus servicios, pero antes de su aplicación, éstas deberán ser homologadas por el Banco Central”. La derogación de la norma, habilitó a las entidades financieras a establecer las tasas de interés y las comisiones por servicios de manera independiente.

9 El término “spread” se emplea comúnmente en el mercado financiero y refiere a la diferencia entre el precio que deben pagar las entidades por el dinero que captan (tasa de interés que abonan a sus clientes por depósitos a la vista o a plazo) y el que reciben como contraprestación dineraria por prestar ese mismo dinero (créditos). Allí, reside la ganancia de los agentes que desarrollan de manera habitual la actividad de intermediación financiera.

rentabilidad, sino afectar la cantidad y precio del crédito como parte del desenvolvimiento del negocio y no como un mecanismo de desarrollo de la estructura productiva establecido de manera estratégica.

Adicionalmente, si bien la nueva ley atribuyó facultades de supervisión de entidades financieras al BCRA, esta eliminó el concepto de “inspección de bancos” atenuando las facultades de la autoridad para ejercer controles (obligación de dar acceso a contabilidad y todos sus libros, papeles y documentos a los inspectores estatales, entre otras). No se trata, pues, solo de un cambio semántico, sino de una disminución de las capacidades del BCRA para supervisar a los bancos.

Con posterioridad, como resultado del cambio de contexto político y la restauración del estado de derecho en la Argentina, en 1973 se sancionó la Ley N° 20520, que dispuso la “nacionalización” de los depósitos del sistema financiero.¹⁰ Si bien se mantuvo el régimen general de entidades financieras vigente desde 1969, la norma convirtió al BCRA en “mandatario legal” de los depósitos bancarios, estableciendo una restricción expresa para el negocio de la intermediación financiera: los bancos y las demás entidades financieras no podrían girar ni utilizar los depósitos y fondos captados del público sin autorización de la autoridad monetaria. Asimismo, el nuevo marco normativo prescribió que el BCRA sería el encargado de fijar los tipos de interés a que se ajustarían los adelantos en cuenta o redescuento así como también las tasas de interés y premios que las entidades pagaren a los titulares de los depósitos bancarios.

De este modo, se modificó nuevamente la regulación referida a la fijación de las tasas de interés activas y pasivas, colocando el *spread* financiero bajo la órbita regulatoria del Estado ejercida a través del BCRA.

Luego, como resultado de la fractura del orden democrático, producida en marzo de 1976, las decisiones estatales se alinearon con el paradigma neoliberal dominante en la escena internacional y cuyo reflejo local estuvo encarnado en el gobierno dictatorial y su política desregulatoria.¹¹ En primer término, se emitió la Ley N° 21495, que dispuso la “descentralización de los depósitos”,¹² es decir, una nueva libe-

10 El art. 1 de la norma estableció que “Los bancos comerciales, de inversión, de desarrollo, hipotecarios, compañías financieras, sociedades de crédito para consumo, cajas de crédito y de ahorro, y cualquier otra entidad incluida en el régimen de la llamada ley 18.061 procederán a transferir todos los depósitos al Banco Central de la República Argentina”.

11 Al respecto, David Harvey señala lo siguiente: “¿De qué modo se consumó la neoliberalización, y quién la implementó? La respuesta, en países como Chile y Argentina en la década de 1970 fue tan simple como súbita, brutal y segura, esto es, mediante un golpe militar respaldado por las clases altas tradicionales (así como también por el gobierno estadounidense), seguido de una represión salvaje de todos los vínculos de solidaridad instaurados en el seno de la fuerza de trabajo y de los movimientos sociales urbanos que tanto habían amenazado su poder. Pero la revolución neoliberal que suele atribuirse a Thatcher y a Reagan, después de 1979 tuvo que consumarse a través de medios democráticos. Para que se produjera un giro de tal magnitud fue necesaria la previa construcción del consentimiento político a lo largo de un espectro lo bastante amplio de la población como para ganar las elecciones. Harvey, D. (2007). *Breve historia del Neoliberalismo*. Madrid: Akal, p. 45.

12 La norma se emitió el día 17/01/1977. El artículo 1 dispuso que “Al cierre de las operaciones del día que determine el Poder Ejecutivo el Banco Central de la República Argentina procederá a restituir a las entidades financieras los depósitos recibidos por su cuenta, los que a partir de ese momento serán considerados por estas últimas como recibidos por cuenta propia. Al día anterior a esa fecha se determinará el estado de cuenta que resulte con cada entidad financiera como consecuencia de la referida restitución de depósitos y de la cancelación de operaciones de redescuento, adelantos en cuenta y otras deudas hacia el Banco Central de la República Argentina”. Por su parte, el artículo 3 estableció la liberalización de tasas de interés: “Desde la fecha a que se refiere el primer párrafo del artículo 1 todos los depósitos que reciban las entidades financieras lo serán exclusivamente por su propia cuenta y podrán aplicarlos a sus operaciones corrientes, conforme a lo establecido en la ley de entidades financieras y con sujeción a las disposiciones del Banco Central de la República Argentina”.

ralización para la fijación de las tasas de interés, el *spread* bancario y, por tanto, de la rentabilidad de las entidades financieras y el direccionamiento del crédito orientado por el mercado de manera autónoma.

En segundo lugar, se emitió la Ley N° 21526 de Entidades Financieras (febrero de 1977), que derogó la Ley N° 18061 y estableció un nuevo régimen regulatorio del sistema financiero que, en lo esencial, produjo la desregulación de la actividad.

Sucintamente, los principales cambios fueron la liberalización de los criterios con que las entidades financieras podían fijar las tasas de interés activas y pasivas (consolidación del sistema de banca sin intervención del Estado en la definición de tasas), el derecho exclusivo de los bancos comerciales para actuar como intermediarios monetarios y como únicos autorizados a recibir depósitos a la vista (en detrimento de las cajas cooperativas de crédito que hasta ese momento constituían un actor relevante) y la liberalización de las condiciones para la apertura de entidades financieras y filiales atenuando las potestades administrativas en la materia. Asimismo, sobresale la eliminación del régimen de especialización de las entidades financieras establecido en 1968 por uno de carácter universal (los bancos comerciales pueden desarrollar todas las actividades que no estén prohibidas).¹³

De este modo, a partir de marzo de 1976 las autoridades de facto avanzaron en un proceso de desregulación y liberalización del marco normativo e institucional del sistema financiero que, en términos de resultados concretos, implicó un fuerte proceso de concentración de la actividad y permitió el desarrollo de otras actividades financieras no vinculadas de manera directa a la intermediación financiera como resultado de la “universalización” de los bancos comerciales (entidades financieras que efectúan operaciones cambiarias y en el mercado de capitales con fondos propios, prestación de servicios complementarios de la actividad financiera, como la provisión de seguros, etc.).

A título ilustrativo, se destaca que el impedimento impuesto a las cajas cooperativas de crédito para captar depósitos a la vista (depósitos bancarios en cuentas corrientes o cajas de ahorro que pueden retirarse sin aviso previo, es decir, no están colocados a plazo),¹⁴ llevó a la crisis de este importante segmento del sistema financiero: de 273 cajas cooperativas autorizadas a operar en el sistema previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 21526, subsistieron 85 de ellas pero convirtiéndose en la forma de bancos cooperativos. En la actualidad, este segmento registra una sola entidad autorizada a operar: Caja Cooperativa Cuenca.¹⁵

En conclusión, luego de 40 años de vigencia del modelo de desregulación y liberalización que impuso la norma de 1977 y su dispositivo institucional (con algunas salvedades que transitoriamente se diri-

13 Cibils, A. y Allami, C. (2010). El sistema financiero argentino desde la reforma de 1977 hasta la actualidad. *Revista Realidad Económica (IADE)*, 249, 114-115.

14 El art. 26 de la Ley de Entidades Financieras –en su redacción original– prescribe que “Las cajas de crédito podrán: a) Recibir depósitos a plazo; b) Conceder créditos a corto y mediano plazo, destinados a pequeñas empresas y productores, profesionales, artesanos, empleados, obreros, particulares y entidades de bien público; c) Otorgar avales, fianzas u otras garantías; d) Efectuar inversiones de carácter transitorio en colocaciones fácilmente liquidables, y e) Cumplir mandatos y comisiones conexos con sus operaciones”. De este modo, se excluye la autorización previa con que contaban para captar depósitos a la vista.

15 Consultar http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Entidades_financieras.asp

gieron en otro sentido¹⁶), el sistema financiero local resultó más concentrado, pequeño y orientado en gran medida a un conjunto de actividades no necesariamente vinculadas a la intermediación financiera en sentido estricto y que, en definitiva, no han traído aparejada una expansión del crédito otorgado por las entidades al sector privado, sino más bien lo contrario.

Al amparo de esta realidad, se ha desarrollado un universo de agentes y operatorias fuera del alcance de la regulación y supervisión estatal y que proveen crédito al sector privado allí donde el sistema formal bancario no aparece: la denominada “banca en las sombras” o “*shadow banking*”,¹⁷ constituida en nuestro país en gran medida por algunas mutuales y cooperativas de crédito que desarrollan actividades financieras por fuera de su objeto social, empresas recaudadoras, remesadoras de fondos al exterior y/o financieras no autorizadas.

Este fenómeno no solo se encuentra vinculado a la provisión de servicios financieros al margen de las regulaciones y controles estatales (intermediación financiera no autorizada), sino que, adicionalmente, se relaciona con diversos mecanismos marginales de fuga de capitales y otras prácticas que en muchos casos configuran delitos cambiarios, fiscales y/o de lavado de activos: adquisición de billetes de dólar en el mercado informal (“dólar blue”), transferencias de fondos en divisas al exterior por mecanismos irregulares (coloquialmente llamado “cable negro”), operaciones con títulos públicos y acciones para encubrir verdaderas operaciones cambiarias, entre otras prácticas.

3. Declaración de la intermediación financiera como servicio público

Desde la perspectiva del desarrollo, una de las respuestas que se ha propuesto para abordar la problemática descrita se orienta a declarar legalmente la prestación de servicios financieros como de “interés público” o bien como “servicio público”,¹⁸ en la inteligencia de que dicha medida traerá aparejado un mayor nivel de intervención estatal en el mercado financiero y con ello la primacía de los objetivos del crecimiento y la expansión del crédito.

Como es ampliamente sabido, el concepto de “servicio público” es uno de los más controvertidos en el derecho administrativo y, por tanto, su invocación no puede resultar pacífica. En primer lugar, por el

16 En una lógica divergente, se adoptaron otro tipo de medidas tendientes a promover el crédito y orientarlo al sector productivo, todo ello a la luz de la Carta Orgánica del BCRA reformada a través de la Ley N° 26739 en 2012 (BO 28/03/2012). Esta reforma, entre otras cuestiones, estableció un mandato múltiple para el BCRA (propender a la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social), otorgándole mayores atribuciones para regular y orientar el crédito (art. 4, inciso b). En este contexto, se adoptaron las siguientes medidas: Comunicación “A” 5590 de junio de 2014 (fijación de tasas de interés máximas y mínimas para las financiaciones otorgadas por las entidades), establecimiento de cupos obligatorios de crédito a otorgar por las entidades financieras al sector productivo a través de la línea de crédito para la inversión productiva (LCIP), entre las más destacadas. Estas normas fueron derogadas por las nuevas autoridades del BCRA a partir de diciembre de 2015.

17 El concepto adoptado en el presente trabajo, se corresponde con las definiciones vigentes en el plano internacional y que normalmente se emplean para caracterizar el fenómeno. A tal efecto, se sugiere consultar <https://www.bis.org/ifc/events/session2tissot.pdf> y <http://www.bis.org/ifc/events/6ifconf/shiina.pdf>

18 Esta discusión se ha planteado en diversos ámbitos, destacándose distintos proyectos de ley planteados en el Congreso Nacional, entre ellos el proyecto de Ley denominada de “Servicios Financieros para el Desarrollo Económico y Social”.

carácter indeterminado que la noción presenta en términos jurídicos y, en segundo lugar, por vincularse a un conjunto de factores extrajurídicos de origen económico y político definidos históricamente de acuerdo a las corrientes de interés y pensamiento predominantes en un determinado periodo (oscilantes).

En líneas generales, podemos señalar que la doctrina ha adoptado las siguientes posturas frente a la noción en cuestión:¹⁹

Una concepción “subjetiva” que pone el acento en la personalidad jurídica de quien presta el servicio de que se trate: es decir, el servicio es “público” porque lo presta el Estado de manera directa o indirecta.

Otra denominada “objetiva” que privilegia las necesidades colectivas que viene a satisfacer el servicio: atento su propósito de propender al interés general de la sociedad, esa finalidad es la que le da el carácter de “público”.

Por último, la postura de la titularidad (denominada comúnmente *publicatio*), en oposición a la que sostiene que “servicio público” se trata de una actividad desarrollada por personas en ejercicio de derechos preexistentes y regulados por el Estado.

En definitiva, este debate doctrinario acerca del concepto de servicio público procura arribar a una definición abarcadora, de alcance general y aplicable universalmente a este controvertido aspecto del mundo jurídico.

Desde una perspectiva menos presuntuosa, la doctrina también se ha inclinado por encontrar determinadas notas distintivas que caracterizan aquellas prestaciones que luego el legislador “declara” como servicio público: monopolios naturales, actividades orientadas a la satisfacción de necesidades públicas (servicio público como bien social), entre otras, pueden proveer una referencia para encuadrar la cuestión.

Ahora bien, más allá de estas pretensiones teóricas, de lo que se trata en concreto es de establecer si una determinada actividad o servicio requiere una mayor regulación por parte del Estado para su desarrollo en pos del interés público.

¹⁹ A efectos de ilustrar algunas de ellas, podemos señalar que para Linares servicio público “es la prestación mediante la entrega de cosas y servicios, individualizados y concretos para satisfacer necesidades colectivas y primordiales de la comunidad, sea por la administración, o sea por los particulares, que requieren el establecimiento en este segundo caso, de un régimen de potestad pública, que comprende la exigencia de un título por el Estado”. Linares, J. F. (1978). Concepto y Definición de Servicio Público. *RADA*, 19, 33. Por su parte, Marienhoff ha señalado que “por servicio público ha de entenderse toda actividad de la administración pública, o de los particulares o administrados que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de las actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal”. Marienhoff, M. S. (1976). *Tratado de derecho administrativo: tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 72. Por su parte, Cassagne ha señalado que a la noción objetiva de servicio público debe adicionarse, la declaración legislativa de que determinada actividad de prestación constituye servicio público (*publicatio*). Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo: tomo II*. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 295.

En esta lógica, se ha sostenido que

El nudo de la cuestión no es a qué decidamos colectiva o individualmente, por un acto mágico de voluntad, llamar “servicio público” y luego deducir algo de ello. El verdadero debate es decidir qué tipo y cantidad de regulación el orden jurídico ha establecido –y nosotros como sociedad postulamos– para qué tipo de actividad, en qué tiempo y lugar, en qué estadio tecnológico, etc. Una vez resuelta la discusión de cuánta regulación hay o queremos que exista para ciertas actividades, entonces sí podemos resolver si llamamos a algunas de ellas servicio público, actividad regulada, o si pasamos más simplemente a abandonar la pretensión de establecer criterios generales precisos.²⁰

Desde esta óptica, poniendo el foco en la cuestión de fondo, es que debemos abordar el debate respecto de la necesidad de declarar “servicio público” o de “interés público” a la prestación de servicios financieros como marco legal e institucional para el desarrollo y expansión del sistema bancario: independientemente de la denominación que asignemos a este ámbito del desenvolvimiento económico y financiero, de lo que se trata es de establecer qué regulación resulta conveniente para tales fines.

A este respecto, cabe señalar que el marco legal vigente en la materia se encuentra constituido esencialmente por la Carta Orgánica del BCRA (reformada en 2012 a través de la Ley N° 26739), la Ley N° 21526 de Entidades Financieras y las normas reglamentarias dictadas por la autoridad monetaria y financiera –denominadas “Comunicaciones”– que regulan aspectos específicos del funcionamiento de los bancos (exigencias de capital, liquidez y solvencia, riesgo crediticio, etc.).

Si bien respecto de la Ley de Entidades Financieras emitida en 1977 correspondería hacer una profunda revisión y estudio de los posibles cambios estructurales que demanda la norma teniendo en cuenta los efectos de concentración y reducción del mercado que se produjeron en el marco de sus disposiciones,²¹ no resulta razonable afirmar que las regulaciones del sistema financiero son tenues o insuficientes –sobre todo, teniendo en cuenta la Carta Orgánica del BCRA vigente desde 2012–.

Por el contrario, este marco normativo otorga importantes facultades al BCRA para ordenar y dirigir el funcionamiento del sistema financiero en pos del cumplimiento de su mandato legal de carácter múltiple (promover la estabilidad financiera y monetaria, el empleo y el desarrollo económico con equidad social), destacándose entre ellas las de “Regular la cantidad de dinero y las tasas de interés y regular y orientar el crédito” (art. 4, inciso b. de la Carta Orgánica).

20 Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo II*. Buenos Aires: F.D.A., p. 246.

21 Algunas de las principales críticas que se han formulado históricamente respecto de la Ley de Entidades Financieras tienen que ver con la universalización de los servicios brindados por los bancos comerciales en detrimento de la especialización de los mismos (art. 21 “Los bancos comerciales podrán realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no les sean prohibidas por la presente ley o por las normas que con sentido objetivo dicte el Banco Central de la República Argentina”), las restricciones establecidas para el desarrollo de otros agentes de intermediación financiera (por ejemplo, la prohibición de captar depósitos a la vista por parte de las cajas cooperativas de crédito), la ausencia de previsiones en relación a la conformación de un banco de desarrollo y la atenuación de los mecanismos de control estatal con enfoque a riesgo.

Entre otras cuestiones, estas facultades han permitido que oportunamente la autoridad monetaria adoptara distintas medidas tendientes a ampliar el crédito y orientarlo al sector productivo (Línea de Crédito para la Inversión Productiva establecida por la Comunicación “A” 5319 del año 2012 y sus modificatorias),²² así como también regular la rentabilidad de los bancos y el precio del dinero mediante la fijación de tasas de interés máximas y mínimas para el otorgamiento de créditos y la captación de depósitos (Comunicación “A” 5590 del año 2014).²³

No obstante estas normas fueron derogadas por las nuevas autoridades del BCRA en diciembre de 2015, las mismas denotan las significativas potestades que el marco normativo vigente general le otorga a la entidad monetaria para establecer regulaciones tendientes a promover el crédito productivo y acotar los precios aplicados a los usuarios de servicios financieros.

En consecuencia, el problema pareciera hallarse en un lugar distinto al de la insuficiencia de las potestades regulatorias del Estado. Como se expusiera, el BCRA cuenta con significativas facultades legales para “organizar y orientar” el funcionamiento del sistema financiero y que le otorgan al Estado capacidad para promover el desarrollo de la estructura productiva de nuestro país (por supuesto, de acuerdo a la voluntad política de las autoridades de turno).

Por ello, si bien no existen registros oficiales respecto de la magnitud del sector financiero informal denominado “banca en las sombras” (dada su propia naturaleza), una de las cuestiones que debiera evaluarse en profundidad es precisamente si no es este factor el que explica las debilidades del sector bancario formal: es decir, si la existencia de un sector presumiblemente significativo de la prestación de servicios financieros por fuera de la regulación y control del Estado resulta la explicación de las deficiencias del sistema bancario argentino.

4. Conclusiones

La declaración legislativa de la prestación de los servicios de intermediación financiera como “servicio público” o de “interés público” –atendiendo los matices que estas variantes eventualmente pudieren presentar– implicaría *a priori* aumentar las facultades regulatorias del Estado sobre el desarrollo de dicha actividad económica.

No obstante, como se expusiera a lo largo del presente trabajo, la supuesta insuficiencia de las potestades regulatorias estatales sobre el sistema bancario formal no luce como el principal defecto del modelo nor-

22 Desde su puesta en vigencia, esta norma obligó a las entidades financieras que operaban como agentes financieros de los gobiernos nacional, provinciales, CABA y/o municipales y/o bancos cuyos depósitos sean iguales o superiores al 1% del total de los depósitos del sistema financiero, a otorgar créditos al sector productivo, como mínimo, por un monto equivalente al 5% de sus depósitos del sector privado no financiero. Particularmente, al menos el 50% de ese monto total debía ser otorgado como crédito a las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMES).

23 Mediante esta norma, el BCRA estableció tasas de interés máximas para las operaciones activas (otorgamiento de créditos) y mínimas para las operaciones pasivas (captación de depósitos). Esto permitió establecer un límite al *spread* bancario (rentabilidad de los bancos por intermediación financiera) y definir un precio máximo por el dinero que las entidades prestan (tasa de interés).

mativo e institucional vigente, teniendo en cuenta que el marco legal otorga amplias facultades al BCRA para regular y orientar el crédito en pos del desarrollo, esencialmente a través de su Carta Orgánica.

Con independencia de la necesidad de efectuar una profunda revisión de la Ley de Entidades Financieras, el desafío debiera orientarse a encontrar mecanismos legales e institucionales tendientes a incorporar a los agentes y operatorias informales de financiación de la economía que se encuentran al margen de las regulaciones y controles estatales (“banca en las sombras”), como mecanismo para ampliar y otorgar mayor profundidad al sistema financiero formal.

En virtud de lo expuesto precedentemente, cabe concluir que la declaración de “servicio público” o de “interés público” de la actividad desarrollada por entidades financieras autorizadas aparece como un intento de incrementar las facultades regulatorias de la Administración sobre un segmento de la actividad que ya se encuentra fuertemente regulado por el Estado, manteniendo por fuera de la dirección y el control estatal un universo de agentes y operatorias dedicados a la intermediación financiera no autorizada y que presumiblemente explican muchas de las deficiencias sistémicas analizadas.

RENATRE-RENATEA-RENATRE

Asuntos de campo, organización administrativa y fines de ciclo presidenciales



Darío Kusinsky*

La Constitución Nacional dispone que es deber del Estado el cumplimiento de la seguridad social. Ello no impide que algunas prestaciones estén en manos de la actividad privada, en ese caso, el Estado mantiene la obligación de control y, en última instancia, de cumplimiento directo si aquélla resulta ineficiente.¹

I.- Aproximación

El Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE)² cuenta actualmente con sedes en todas las provincias del país. Se trata de un organismo (para no adelantar discusiones sobre su caracterización) creado por la Ley N° 25191 que se financia con aportes realizados por los trabajadores y contribuciones de los empleadores rurales y que para la persecución de sus fines, orientados a mejorar las condiciones de empleo en el sector, posee libre disponibilidad de los fondos recibidos, excepto algunas prestaciones que se encuentran especialmente previstas en las normas aplicables, algunas de ellas vinculadas a la seguridad social.

* Secretario General de la Universidad Nacional de José C. Paz.

1 Gelli, M. A. (2003). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, p. 127.

2 En internet, el organismo, al calor de los vaivenes, tuvo como sitio <http://www.renatear.gov.ar/>, retomando con el fallo de Corte y su consecuente de Cámara, el sitio www.renatre.gov.ar

Posee un directorio compuesto por representantes de “ambos lados del mostrador” y es presidido por el representante de la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (UATRE).

El organismo controla el Estatuto del Peón Rural y los mecanismos e instituciones vinculadas a su efectiva aplicación, sus reformas y, en definitiva, la mejora de las condiciones de trabajo de un sector que por su distancia física con los sectores urbanos pasa cotidianamente inadvertido por quienes no tienen un trato directo con las relaciones y los derechos que se desarrollan en ámbitos rurales. Ha sufrido cambios trascendentales, como explicaremos más adelante, a la luz de distintos cambios de gobierno desde el año 1999 a la fecha. El último de ellos, a nivel legal, se registra con el dictado de la Ley N° 26727³ que estableció los derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo agrario. Expresamente determinó su carácter de norma de orden público laboral y su prevalencia de pleno derecho sobre todas las normas nacionales o provinciales cuyo contenido se opusiere a sus disposiciones. A su vez, delimitó su ámbito de aplicación contemplando expresamente

A los trabajadores comprendidos en convenciones colectivas de trabajo con relación a las actividades agrarias incluidas en el régimen de negociación colectiva previsto por la ley 14.250 (t.o. 2004) con anterioridad a la entrada en vigencia del Régimen Nacional de Trabajo Agrario, aprobado por la ley de facto 22.248.⁴

II.- Hechos políticos (y jurídicos)

Antes de que finalice la segunda presidencia de Menem (10 de diciembre de 1999), el 24 de noviembre de 1999 se promulgó la Ley N° 25191, que en su capítulo II creó el RENATRE con carácter de ente autárquico de derecho público no estatal, en el que “deberán inscribirse obligatoriamente los empleadores y trabajadores comprendidos en el régimen de esta ley”.

Titulaba el diario *Clarín*, en oportunidad de aprobarse el proyecto en la Cámara de Diputados, “Un tiro al Blanco”,⁵ resaltando tal vez el aspecto más relevante para el sector: la implementación del uso obligatorio de la libreta de los trabajadores rurales. Lo que se estableció en estos términos:

3 Publicada en el Boletín Oficial del día 28 de diciembre de 2011, sancionada el 21 de diciembre y promulgada el 27 de diciembre de 2011. Dichos cambios fueron derogados, como se verá, reestableciéndose la Ley anterior (N° 25191).

4 Dictada “en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5 del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional” el día 10 de julio de 1980, dispuso la Creación de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario en el ámbito del entonces Ministerio de Trabajo de la Nación con competencia para regular aspectos vinculados al trabajo rural. Por el artículo 84 de la Ley N° 26727, esta Comisión adquiere el carácter de órgano normativo propio de este régimen legal, con amplias facultades, entre las que puede destacarse la de intervenir en los conflictos colectivos de trabajo que se susciten entre las partes y actuar como árbitro cuando de común acuerdo las partes lo soliciten, así como la de promover la aplicación de mecanismos de composición de conflictos colectivos, instando a negociar conforme el principio de buena fe.

5 Ver <http://edant.clarin.com/suplementos/rural/1999/06/05/c-00501r.htm>

Declárase obligatorio el uso de la Libreta del Trabajador Rural en todo el territorio de la República Argentina para los trabajadores permanentes, temporarios o transitorios que cumplan tareas en la actividad rural y afines, en cualquiera de sus modalidades. Tendrá el carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral.

Y en el artículo 2 se detallaba el uso de dicha libreta.

La UATRE, cuyo titular era Gerónimo Venegas, se manifestó a favor del proyecto, resaltando las virtudes de la implementación de la libreta del trabajador rural. La ley establecía que el primer presidente del directorio del RENATRE sería un representante gremial. A pesar de las bondades de la ley, el RENATRE no entraría en funcionamiento –con él la libreta del trabajador rural junto con los demás temas incluidos en esta norma, tal como el seguro de desempleo, entre otros– sino hasta el dictado del Decreto N° 453/2001 (presidente De la Rúa en el año 2001).⁶

Finalmente es con el dictado de la Resolución Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 233/2002, ya en el gobierno del presidente Eduardo Duhalde, cuando inicia actividades y se constituye el primer directorio del RENATRE, designándose sus síndicos.

Este organismo se mantendría sin mayores novedades hasta el año 2008, momento en el cual el Estado nacional, durante el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, dictara la Resolución Ministerio de Economía y Producción N° 125, de fecha 10 de marzo de 2008, que modificara las retenciones correspondientes a cereales y oleaginosas.

Este acto administrativo dio lugar a uno de los conflictos más graves que atravesara la ex presidenta durante su primer mandato, generando un contrapunto irrevocable con el sector del campo, no solo con los empresarios sino también con el sector gremial y, puntalmente, con el titular del sindicato de trabajadores rurales, Gerónimo Venegas.⁷

Durante el año 2010 el Poder Ejecutivo envía al Congreso el proyecto de ley para “reemplazar el régimen de trabajo agrario aprobado por la ley de 22248 y sus modificatorias y su decreto reglamentario N° 563/81”.⁸ En él se prevé la creación del Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios

⁶ Ver <http://edant.clarin.com/diario/2001/04/25/e-01501.htm>

⁷ En el artículo “De peón a habitué del taxi aéreo”, publicado en el diario *Página 12* del 14 de abril de 2008 se describen las causas por las cuales el denominado conflicto con el campo también afectó la relación entre el líder sindical y la expresidenta en los siguientes términos: “Venegas comparte la pasión por Independiente con Hugo Moyano, aunque en la política, y a diferencia del titular de la CGT, siempre estubo más cerca de Eduardo Duhalde que del matrimonio Kirchner. Esa distancia que lo alejaba del ex presidente se ensanchó con Cristina Fernández de Kirchner. Un solo hecho basta para sintetizarlo. Su declamado papel de moderador durante el conflicto entre el Gobierno y el campo se difuminó con la decisión que adoptó uno de sus hombres de confianza, Mario Lastra, el secretario general de Uatre Necochea y líder de la CGT local. En un plenario realizado el 26 de marzo pasado, esa regional de la Confederación General del Trabajo apoyó con todo al lockout agropecuario y criticó con dureza el primer discurso de la Presidenta. Mientras tanto, Venegas pedía que las partes se sentaran ‘a una mesa de negociación’ y, finalmente, con la cuerda tensada al máximo, decidió no ir al acto de la CGT en la Plaza de Mayo”. Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-102402-2008-04-14.html>

⁸ Uno de los objetivos principales del proyecto, según se expone en los fundamentos que lo acompañan, es el de “correr el velo que supuestamente nos relaciona con un país productor de alimentos no industrializados,

(RENATEA) con carácter de entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que absorbería las funciones y atribuciones que hasta ahora desempeñaba el RENATRE, organismo que quedaría disuelto. El 21 de diciembre de 2011 se sanciona la ley y se promulga de hecho el día 27 del mismo mes y año.

a) La Ley Nº 25191

La ley establece que la dirección y administración del RENATRE estará a cargo de un directorio, integrado por cuatro directores en representación de entidades empresarias de la actividad y cuatro directores provenientes de la asociación de trabajadores rurales con personería gremial con mayor representación nacional en la actividad (artículo 8).

El entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación designará un síndico titular y un suplente que tendrán por función fiscalizar y vigilar todas las operaciones contables, financieras y patrimoniales del RENATRE, y tendrán los derechos que establezca la reglamentación (artículo 8).

La presidencia será ejercida anualmente y en forma alternativa por un representante de la entidad gremial y un representante empresario, correspondiendo el ejercicio de la primera presidencia a uno de los representantes designados a propuesta de la entidad gremial (artículo 9).

Luego determina sus objetos en el artículo 11,⁹ entre los que se destaca el previsto en el apartado g, que aquí interesa porque arroja características que permiten definir el carácter del organismo

resultando legítimo reconocer las indudables ventajas comparativas que la república Argentina tiene respecto a otros países como productor de este tipo de bienes...". En lo que aquí resulta relevante, el proyecto elevado "ha tenido en consideración todas las actividades de naturaleza agraria que se desarrollan en el territorio nacional, hayan sido no objeto de regulación normativa por parte de la Comisión Nacional de trabajo Agrario, organismo actuante en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a fin de respetar y reacceptar las diferencias que las mismas ostentan dentro de una misma actividad general que las contiene". Por otra parte expresa "hemos evaluado y tenido en cuenta también el impacto de los citados cambios en las relaciones laborales que tienen lugar en cada una de las actividades que componen el sector, lo que trae aparejada la imperiosa necesidad de replantear parte de la legislación vigente y ciertas prácticas normativas cuya repetición no meditada pueda haber llevado a cristalizarlas resultando necesario renovarlas para adecuarlas a las nuevas realidades". El proyecto propone algunas modificaciones a la Ley Nº 25191 que estableció la creación del Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATEA) e instruyó el uso obligatorio de la libreta del trabajador rural. Entre dichas modificaciones se destacan: creación del Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) con carácter de autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que absorberá las funciones y atribuciones que actualmente desempeña el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), organismo que queda disuelto. Se mantiene la obligación de inscribirse en el registro establecido en la Ley Nº 25191 para los empleadores y trabajadores agrarios comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen de trabajo agrario. Con relación al gobierno y la administración del registro estará a cargo de un Director General y de un Subdirector General siendo competencia del Poder Ejecutivo nacional designarlos a propuesta del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Se propugna que el RENATEA refleje en su estructura las representaciones de los distintos sectores sociales productivos y gubernamentales que integran y/o se relacionan con la actividad agraria. Respecto de las atribuciones del RENATEA se mantienen las previstas para el RENATRE. Ver proyecto de ley completo en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2010/PDF2010/TP2010/0017-PE-10.pdf>

9 Artículo 11: "El Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores tendrá por objeto: a) Expedir la Libreta de Trabajo sin cargo alguno para el trabajador, procediendo a la distribución y contralor del instrumento y asegurando su autenticidad; b) Centralizar la información y coordinar las acciones necesarias para facilitar la contratación de los trabajadores agrarios; c) Conformar las estadísticas de trabajo agrario permanente y no permanente; d) Supervisar el Régimen de Bolsa de Trabajo Rural para personal transitorio y

creado: “Dictar la reglamentación interna por la cual se integrará y regirán los distintos estamentos constitutivos del RENATRE”, determinando en su artículo 12 sus atribuciones.

Por otra parte el artículo 11 inciso h le otorga funciones de “policía de trabajo”, previstas en esta ley y en las que en el futuro le sean delegadas. Lo que debe ser ligado a lo previsto en el Capítulo IV “De las sanciones”, donde se enumeran las sanciones aplicables en caso de incumplimiento. Pero es interesante mencionar que en el Capítulo VI “Disposiciones generales” dispone que el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, a través del RENATRE, será la autoridad de aplicación de la ley. Esto **último** aporta una herramienta importante a la hora de configurar el carácter de este organismo.

Nuevamente, en lo que aquí interesa, corresponde transcribir los apartados a y d, los que, a pesar de haber sido reconocido su carácter de ente autárquico, parecen dar algunas precisiones acerca de aspectos vinculados con las cuestiones económicas y financieras que, entendemos, tienen carácter obligatorio al momento de administrar este organismo. A saber

- a) Atender todas las erogaciones que demande su funcionamiento con los recursos establecidos en la presente ley, así como administrar los recursos establecidos en la misma de acuerdo con el objeto previsto en el artículo 11 y su funcionamiento. Asimismo podrá fijar aranceles por la prestación de servicios administrativos ajenos al objeto de esta ley. El gasto administrativo no podrá exceder el diez por ciento (10%) de los recursos.

Observamos aquí cuatro pautas: 1) hacerse cargo de sus gastos con los recursos previstos en la ley; 2) administrar los recursos de la ley para concretar el objeto del RENATRE; 3) habilitación legal para fijar aranceles por prestación de servicios “administrativos” (no de otro tipo) ajenos al objeto de la ley; 4) sus gastos de administración (personal administrativo, jerárquico y gastos de funcionamiento) deberán representar como máximo el 10% de los recursos.

Luego, el siguiente apartado establece: “b) Abrir y usar a los fines de la gestión encomendada, una cuenta especial denominada ‘Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores’ (RENATRE), a la cual ingresan los fondos provenientes en virtud de la presente” en consonancia con la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control. Claro está que la delimitación de esa cuenta a los ingresos provenientes de la presente ley abarca también a aquellos que se generen por las actividades habilitadas en el inciso a de este mismo artículo.

propender su pleno funcionamiento; e) Proveer la coordinación y cooperación de la Nación con las provincias en la actividad laboral agraria; f) Brindar al trabajador rural la prestación social prevista en el Capítulo V de la presente ley; g) Dictar la reglamentación interna por la cual se integrará y regirán los distintos estamentos constitutivos del RENATRE; h) Controlar el cumplimiento por parte de los trabajadores y empleadores de las obligaciones que les impone la presente ley. El RENATRE podrá además desarrollar otras funciones de policía de trabajo que le sean delegadas por los organismos nacionales o provinciales competentes”.

El inciso c del artículo 12 delimita las inversiones posibles (sin duda en este caso, para todos los fondos ingresados, según nuestra apreciación por no encontrarse la referencia hecha en el apartado anterior del cual podrían naturalmente surgir dudas interpretativas) a títulos emitidos por la nación en colocaciones a plazo fijo en instituciones financieras oficiales.

Por su parte, el inciso c habilita al RENATRE a “Aprobar su estructura orgánica, administrativa y funcional, así como la dotación de su personal y el número y carácter de sus empleados zonales”, lo cual debe inescindiblemente interpretarse a la luz del apartado a del presente artículo que establece una limitación al 10% en gastos administrativos del total de recursos manejados en el organismo.

Finalmente, los artículos 13 y 14 completan el cuadro en cuanto a aspectos financieros y económicos del RENATRE. El artículo 13 establece

Los recursos económico-financieros del organismo provendrán: a) Del pago de los aranceles fijados por el registro de conformidad a lo establecido en el artículo 12, inc. a); b) De la contribución a cargo de los empleadores, de conformidad a lo establecido en el artículo 14, de la presente ley; c) Del importe de las multas por infracciones cometidas a esta norma, reglamentaciones y normas complementarias que al efecto pudieran dictarse; d) De las herencias, legados, subsidios y subvenciones que se reciban; e) Del producido de las inversiones que realizare el registro; f) De los saldos remanentes de ejercicios anteriores; g) De cualquier otro ingreso lícito compatible con los fines de esta ley.

Este artículo otorga un amplio y prácticamente ilimitado catálogo de recursos para administrar y disponer en el organismo.

El artículo 14 fija una contribución mensual al empleador con destino al RENATRE del 1,5% del total de la remuneración abonada a cada trabajador.

b) El Decreto N° 453/2001

La reglamentación de la Ley N° 25191 hace algunos aportes que contribuyen a seguir delineando el carácter otorgado a la figura del RENATRE.

Por lo que puede apreciarse, la reglamentación, a la par de dar precisiones acerca de la ubicación del RENATRE dentro de la organización administrativa, en distintos puntos ofrece claridad acerca de la dependencia jerárquica del Registro respecto del entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos.

Así, en su artículo 6, reglamentario del artículo 3, inciso c, habilitaba al RENATRE a recopilar de la base de datos del Sistema Único de la Seguridad Social la información referente al pago de los aportes y contribuciones efectuado por los empleadores, poniéndola a disposición de los trabajadores y empleadores que así lo solicitaran.

En su artículo 11 encontramos una definición concreta acerca de su carácter cuando establece que el RENATRE, como ente autárquico de derecho público no estatal, tendrá el carácter de sujeto de derecho con el alcance que el Código Civil establece en el inciso 2 del segundo apartado del artículo 33 (que rezaba que tenían carácter público las entidades autárquicas).

El artículo 13 dispone que todos los directores están obligados a presentar una declaración jurada patrimonial, la que deberá ser actualizada anualmente y al cese de sus funciones.

De acuerdo al artículo 14, los síndicos titular y suplente serán designados y removidos por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos.

Por su parte, el artículo 15 impuso algunas normas de incorporación obligatoria al reglamento interno del directorio del RENATRE, fijando los plazos para las reuniones ordinarias y extraordinarias.

Un punto importante en este trabajo es el contemplado en el artículo 17 de la reglamentación del artículo 9, segundo párrafo: “El monto de las retribuciones que por todo concepto, incluyendo gastos de representación, perciban los Directores del RENATRE deberá ser aprobado por la autoridad de aplicación”. Si bien, como dijimos, la autoridad de aplicación era el entonces Ministerio de Trabajo a través del RENATRE, una correcta interpretación solo lleva a una sola conclusión en este punto: la remuneración de los directores del RENATRE debía ser aprobada por el citado Ministerio.

La reglamentación también le otorga amplias facultades para acceder a información obrante en registros de AFIP y ANSES.

Otro aspecto relevante es la forma en que se previó el mecanismo recursivo de los actos administrativos, que permite delinear con mayor claridad la ubicación del RENATRE dentro de la organización administrativa nacional al establecer que las sanciones impuestas por el RENATRE podrán ser recurridas por el entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos. Dentro de los quince días de notificados, en la forma y condiciones previstas en los artículos 94, siguientes y concordantes del Reglamento de Procedimientos Administrativos: Decreto N° 1759/72.

El artículo 23, reglamentario del 17 de la ley, dispuso: “El MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS, a propuesta del RENATRE, dictará las normas que regirán al Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo, el que deberá incluir a la totalidad de los trabajadores rurales”.

c) El proyecto de ley y la Ley N° 26727

En lo que respecta a los artículos 106 y 107, que fueron objetados en la causa que aquí se analiza, el proyecto elevado entonces por el Poder Ejecutivo fue aprobado¹⁰ sin cambios en el Congreso. Así, la

¹⁰ Titulaba en su tapa el diario *Página 12* “68 a 1. Ya es ley el estatuto del peón rural” y luego de repasar los principales temas abordados por la nueva ley en los siguientes términos “El Senado convirtió en ley el nuevo régimen del trabajador rural. Fue casi por unanimidad. Sesenta y ocho votos positivos contra uno

Ley N° 26727 a través del artículo 106 sustituye los artículos 1 (Libreta del Trabajado Agrario),¹¹ 4 (alcances del concepto de “trabajador agrario”)¹² y 7 de la Ley N° 25191. Este último, establece la creación del RENATEA, en los siguientes términos

Artículo 7º: Créase el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA), como entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. El RENATEA absorberá las funciones y atribuciones que actualmente desempeña el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), a partir de la vigencia de la ley que aprueba el Régimen de Trabajo Agrario. Deberán inscribirse obligatoriamente en el RENATEA los empleadores y trabajadores agrarios comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen de Trabajo Agrario, según lo determinado por el artículo 3º de la presente ley.

El mismo artículo 106 luego incorpora el artículo 7 bis a la Ley N° 25191, en el que se establece que la relación laboral entre el RENATEA y sus empleados se regirá por la ley de contrato de trabajo, “garantizándose la continuidad laboral del personal no jerárquico”.

A continuación sustituye el artículo 8 de la Ley N° 25191, estableciendo que el gobierno y la administración del RENATEA estarán a cargo de un director general y de un subdirector general, ambos designados por el Poder Ejecutivo nacional, a propuesta del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.¹³

Luego, en su inciso d, el artículo 106 de la Ley N° 26727 incorpora dos nuevos artículos a la Ley N° 25191: el 8 bis y el 8 ter. Por el primero de ellos se establece la designación de un síndico titular y uno suplente a

negativo que llevó la firma de Carlos Menem. La norma recupera varios derechos de los peones del campo que habían sido establecidos durante el paso de Juan Domingo Perón por Previsión Social (año 1944), aunque luego desechados a partir de una ley de la dictadura. Como marca significativa, el nuevo marco regulatorio incorpora a este sector dentro de la Ley general del Contrato de Trabajo. Por otro lado, fija que las remuneraciones no podrán ser menores al salario mínimo, prevé horas extra, descanso semanal, condiciones adecuadas de higiene, seguridad y vivienda para los más de 900.000 peones rurales. Además, se pone fin al concepto de jornada laboral de sol a sol, al fijarse como límite las ocho horas diarias y las 44 horas semanales y se crea un nuevo régimen previsional, a partir del cual los trabajadores podrán jubilarse con 57 años y 25 años de aportes”, describía “El punto más polémico fue la eliminación del registro de peones (Renatre), que actualmente es manejado por el gremio que preside Gerónimo “Momo” Venegas –un aliado del duhaldismo– y las patronales del campo. Ahora será el Estado quien lleve adelante el control de los trabajadores de este sector”. Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/principal/index-2011-12-22.html>

11 Artículo 1 de la Ley N° 25191, sustituido por la Ley N° 26727: “Declárase obligatorio el uso de la Libreta del Trabajador Agrario o del documento que haga sus veces en todo el territorio de la República Argentina para todos los trabajadores que desarrollen tareas correspondientes a la actividad agraria en cualquiera de sus especializaciones, comprendidas en el ámbito de aplicación del Régimen de Trabajo Agrario. Tendrá el carácter de documento personal, intransferible y probatorio de la relación laboral. En caso de duda sobre la inclusión o no en el ámbito del Régimen de Trabajo Agrario de una tarea o actividad, corresponderá al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social resolverlo y determinarlo”.

12 Artículo 4º de la Ley N° 25191, sustituido por la Ley N° 26727: “A los efectos de esta ley, será considerado trabajador agrario todo aquél que desempeñe labores propias de la actividad agraria, dirigidas a la obtención de frutos o productos primarios a través de la realización de tareas pecuarias, agrícolas, forestales, hortícolas, avícolas, apícolas u otras semejantes, siempre que éstos no hayan sido sometidos a ningún tipo de proceso industrial, y en tanto se desarrollen en ámbitos rurales, con las excepciones y conforme lo establecido por el Estatuto especial que consagra el Régimen de Trabajo Agrario”.

13 Por Decreto N° 185/15 y 186/15, el presidente Macri nombró al director general y al subdirector general, respectivamente. Por Decreto N° 529/16 aceptó la renuncia del primero y a la fecha de elaboración del presente, el organismo estaría a cargo de su subdirector.

cargo del entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; y por el segundo, se establecen criterios para la estructuración interna del RENATEA, la cual deberá reflejar la representación de los distintos sectores que integran y/o se relacionan con la actividad agraria. También se fija la posibilidad de que se establezca una red de oficinas regionales y/o subsedes bajo su dependencia.

El inciso e del artículo 106 sustituye el artículo 9 de la Ley N° 25191, creando un Consejo Asesor integrado por distintos representantes (públicos y privados) del sector, como así también por igual número de representantes del sector empresario y trabajador. Luego, mediante los artículos 9 bis y 9 ter, establece los criterios de funcionamiento de dicho órgano, dependiente del RENATEA.

A continuación, el inciso g del artículo 106 indica la sustitución de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley N° 25191 en los siguientes términos: artículo 10, aplicación de la Ley N° 25164 para los cargos de director general y subdirector, como así también para integrar el consejo asesor; artículo 11, descripción del objeto del RENATEA,¹⁴ y artículo 12, enumeración de atribuciones del Registro.¹⁵

El inciso h del mismo artículo incorpora los artículos 13 bis y 13 ter a la Ley N° 25191, transfiere la propiedad de los bienes y créditos del RENATRE al RENATEA y crea un comité auditor que deberá emitir un informe técnico contable del estado patrimonial y financiero del RENATRE.

A continuación, por medio del inciso i se sustituye el artículo 16 de la Ley N° 25191 y se crea el Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo. Por el artículo 16 bis se crea con carácter obligatorio el Seguro por Servicios de Sepelio.

Asimismo, por el artículo 16 ter se establece uno de los elementos que probablemente constituya una de las principales cuestiones en juego en el caso bajo análisis, como lo es la obligación para

14 Artículo 11: “El Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) tendrá por objeto: a) Expedir la Libreta de Trabajo Agrario y/o documento que haga sus veces, sin cargo alguno para el trabajador, procediendo a la distribución y contralor del instrumento y asegurando su autenticidad; b) Centralizar la información y coordinar las acciones necesarias para facilitar la contratación de los trabajadores agrarios; c) Conformar las estadísticas de todas las categorías, modalidades y especializaciones del trabajo agrario en el ámbito de todo el país; d) Proveer la coordinación y cooperación de la Nación con las provincias y los municipios en la actividad laboral agraria; e) Brindar al trabajador agrario la prestación social prevista en el Capítulo V de la presente ley; f) Dictar la reglamentación interna por la cual se integrará y regirán los distintos estamentos constitutivos del RENATEA; g) Controlar el cumplimiento por parte de los trabajadores y empleadores de las obligaciones que les impone la presente ley. El RENATEA podrá además desarrollar otras funciones de policía de trabajo que le sean delegadas por los organismos nacionales o provinciales competentes”.

15 Artículo 12: “El Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) tiene las siguientes atribuciones: a) Atender todas las erogaciones que demande su funcionamiento con los recursos establecidos en la presente ley, así como administrar los recursos establecidos en la misma de acuerdo con el objeto previsto en el artículo 11 y su funcionamiento. Asimismo podrá fijar aranceles por la prestación de servicios administrativos ajenos al objeto de esta ley. El gasto administrativo no podrá exceder el diez por ciento (10%) de los recursos; b) Abrir y usar a los fines de la gestión encomendada, una cuenta especial denominada “Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios” (RENATEA), a la cual ingresan los fondos provenientes en virtud de la presente; c) Invertir sus disponibilidades de dinero en títulos emitidos por la Nación o en colocaciones a plazo fijo en instituciones financieras oficiales; d) Aprobar su estructura orgánica, administrativa y funcional, así como la dotación de su personal y el número y carácter de sus empleados zonales; e) Inscribir y llevar el registro de todas las personas comprendidas en la presente norma de acuerdo a lo establecido en el capítulo I, otorgando constancias fehacientes de las presentaciones que efectúen los obligados; f) Exigir a todo empleador la exhibición de sus libros y demás documentación requerida por la legislación laboral aplicable a la actividad al solo efecto de verificación del cumplimiento de lo establecido por la presente, de acuerdo con las normas reglamentarias previstas en el inciso g) del artículo 11”.

los empleadores de retener un importe equivalente al uno y medio por ciento (1,5%) del total de las remuneraciones que se devenguen a partir de la vigencia de la ley. Cabe destacar que hasta ese momento el Seguro de Sepelio estaba en manos de la UATRE y ahora también pasaría a estar bajo la gestión del RENATEA.

Finalmente, mediante el artículo 107 se dispone un cambio de denominación para el RENATRE y para el sistema integral de prestaciones por desempleo que pasa a denominarse RENATEA y Sistema Integral de Prestaciones por Desempleo y Servicio de Sepelio, respectivamente.

III.- Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE) c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ amparo y sumarísimos. Expediente N° 107705/11

a) Primera instancia

El RENATRE promovió acción de amparo ante el fuero de la Seguridad Social el día 28 de diciembre de 2011 contra el Estado nacional con el objeto de evitar la aplicación de las medidas dispuestas por los artículos 106 y 107 de la Ley N° 26727. Fue promovida entre su sanción y su entrada en vigencia, y solicitó que se ordene al Poder Ejecutivo nacional y al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que se abstengan de reglamentar y aplicar dicha normativa con el argumento de que ella afecta derechos y garantías constitucionales del RENATRE, de sus trabajadores y, finalmente, de toda la sociedad en tanto y en cuanto constituye una inconstitucionalidad y avasallamiento de derechos manifiesta, que causa gravedad institucional y afecta la paz social.

En el texto de la demanda interpuesta puede observarse que el planteo principal, referido a tachar a la ley de un acto “manifiestamente ilegal y arbitrario del Poder Legislativo”, se respaldó exclusivamente en la opinión de tres juristas. En materia legal, la iniciativa se apoyó en la vulneración del principio constitucional contenido en el artículo 75, inciso 23, y en diversas normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, hizo referencia a que la promoción de la acción de amparo y la prohibición de innovar solicitada eran las herramientas pertinentes para

evitar que se afectara la prestación regular, continua y eficaz de un servicio público, lesionando gravemente el acceso a una prestación de la seguridad social lo que resulta violatorio de un derecho humano esencial. Las normas legales cuestionadas pretenden excluir al RENATRE de una actividad que viene desarrollando en forma regular, continua y eficaz, sin cuestionamiento del Poder Ejecutivo Nacional que lo integra en su condición de sindicatura establecida por la ley 25.191 para trasladarla a un ente estatal creado por la ley y sobre su eficacia no hay prueba alguna.

En lo que en el presente trabajo interesa, la demanda contiene un apartado referido a la naturaleza jurídica del RENATRE. Allí se explica que la Ley N° 25191 crea el RENATRE como un ente autárquico de derecho público no estatal, asignándole el carácter de sujeto de derecho con el alcance que el Código Civil establecía en el inciso 2° del segundo apartado de su derogado artículo 33. De ello se desprende la plena capacidad del ente para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí solo, con iguales alcances a una persona jurídica de carácter privado. Para hacerlo, no necesita de autorización previa del Estado.

A través de una interpretación basada en el criterio del legislador al crear el RENATRE, la actora sostiene que

se ha buscado que la gestión esté en manos de los propios actores de la actividad, por ser los únicos que pueden encauzar con decisiones propias la formalización y registración del trabajo rural, asegurando los mejores instrumentos para su promoción, lo que en verdad constituye la esencia de todo sistema de seguridad social, que debe prevenir la contingencia y proceder a cubrirla cuando ella acontezca. Esta visión de la seguridad social, hace que cobre especial significación la permanente interacción entre los representantes de los sectores empresarial y laboral en su condición de integrantes del órgano de conducción de un ente de estas características, quienes, como tales, deben privilegiar su condición de administradores del mismo para asegurar las condiciones técnicas necesarias para apuntalar una gestión exitosa, sin que ello signifique merma alguna en su pertenencia gremial y profesional.

Más adelante, la demanda abarca la cuestión referida a los bienes y el patrimonio del RENATRE argumentando que

Es evidente que el RENATRE no se financia con prestaciones del Estado y también que sus bienes no pertenecen en modo alguno al Estado. El RENATRE se financia, conforme lo que determina el artículo 13 de la LEY 25.191... Como se observa, no existe ningún tipo de asistencia impositiva a cargo del Estado. El RENATRE se financia exclusivamente con cotizaciones propias de la seguridad social, que en esencia son un salario diferido de los trabajadores cotizado como contribución patronal por los empleadores. Por ello resulta inconstitucional, arbitrario e inequitativo privar a los trabajadores y empleadores de la administración de los fondos que les son propios para sustituirla por una administración estatal que automática y necesariamente confundirá estos fondos con los restantes de la seguridad social (que incluyen en gran medida asistencia impositiva) desnaturalizando el destino de los mismos. La Ley de Presupuesto es una demostración más y configura un reconocimiento del Estado que los fondos pertenecen exclusivamente al RENATRE, de otro modo –de considerarse fondos públicos– hubiesen sido incorporados al Presupuesto General, lo que ha ocurrido nunca, desde la creación del RENATRE. Así pertenecen al mismo y son parte de su patrimonio, la totalidad de los bienes, créditos y derechos. Se trata, en esencia, de una situación similar a la que resulta del Sistema Nacional de Obras Sociales regido por la ley 23.660, por cuanto ambos subsistemas de la seguridad social son los únicos que no requieren

asistencia impositiva para su normal desenvolvimiento siendo asimismo los únicos cuya administración es ejercida por sus beneficiarios, bajo la supervisión [...] del Estado.

Por otra parte, entre otros argumentos se exponen los referidos a sostener que el dictado de la Ley N° 26.727 vulnera al artículo 14 bis¹⁶ de la Constitución Nacional en los siguientes términos: “El último párrafo del artículo 14 Bis de la Constitución Nacional dispone expresamente la administración por parte de los interesados en lo referente a la seguridad social”.

Asimismo, expone que el dictado de la ley por parte del Estado se contradice con sus “actos propios” entre otros argumentos, cuando por ejemplo el Estado reglamentó la Ley N° 25191.

El día 6 de enero de 2012,¹⁷ la primera instancia hizo lugar a la solicitud de la medida cautelar mientras se sustanciaba el amparo iniciado. En consecuencia, ordenó que el

RENATRE conserve en su propiedad los bienes materiales e inmateriales prohibiendo su enajenación; que su directorio y sindicatura se mantengan en sus funciones y atribuciones; se autorice la entrada de las personas designadas por el PEN o cualquiera de sus organismos dependientes a fin de que cumplan exclusivamente funciones en el marco de la ley 25.191, antes de su modificación; se mantengan las relaciones laborales del personal del RENATRE; se mantengan las atribuciones del mencionado registro para recaudar, administrar y aplicar las cotizaciones establecidas en la ley 25.191, antes de su modificación. Todo ello hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

El día 5 de enero el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 6/12, designando al delegado normalizador con funciones de administración y auditoría.¹⁸ Creó, conjuntamente, un comité consultivo, confor-

16 Dice el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. 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”.

17 Esta decisión fue notificada a la Presidencia de la Nación el día 9 de enero de 2012.

18 Puede verse en la tapa del diario *Página 12* del día 7 de enero, con el título “Momo adelantó el Carnaval”, cómo fue impedido el acceso del Delegado Normalizador designado a las oficinas del entonces (y ahora) RENATRE. En la nota se expresa “Gerónimo ‘Momo’ Venegas se adelantó al Carnaval. El titular del gremio de los peones rurales (Uatre) volvió a jugar sus cartas para evitar la puesta en vigencia de la ley que estableció un nuevo régimen laboral para los trabajadores del campo. El dirigente, que responde a Eduardo Duhalde, impidió ayer el ingreso de un funcionario del Ministerio de Trabajo en el RENATRE, el organismo que fue disuelto por el Congreso y reemplazado por otra entidad que estará bajo la órbita oficial. Venegas se opone a perder el manejo del registro de los peones rurales y de los recursos que ello implica. El RE-

mado por representantes del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y de la Administración Nacional de la Seguridad Social, con funciones de asistencia y asesoramiento al delegado normalizador durante el período de transición.

El Estado nacional interpone Recurso de apelación y de nulidad contra la Resolución dictada,¹⁹ realizando una crítica de cada uno de los argumentos del fallo de la instancia precedente.

La apelación fue concedida por la primera instancia el día 12 de enero de 2012.

b) Segunda instancia

El 26 de enero de 2012, la Cámara de apelaciones resolvió revocar la sentencia de primera instancia, dejando sin efecto la medida cautelar, y sosteniendo en lo que hace al fondo de la cuestión que

no resulta suficiente el mero enunciado del dictado de la ley 26.727 y la transcripción literal de citas jurisprudenciales, sin que mínimamente se precise el derecho inminentemente lesionado. En este orden es de señalar que, si para verificar la verosimilitud del derecho es necesario avanzar sobre la cuestión de fondo, adelantando opinión sobre el objeto principal del pleito y excediendo así el examen que autoriza el reducido marco cognoscitivo de las medidas cautelares, corresponde declararlas improcedentes, pues de ser así se configuraría un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa.

Por otra parte, se rechazó el recurso de apelación presentado por el RENATRE por haberse presentado fuera del plazo previsto por la Ley N° 16986.

IV.- Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores c/Poder Ejecutivo Nacional. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social s/ amparos y sumarísimos

a) La primera instancia

El día 5 de enero de 2012, la UATRE interpuso una acción de amparo ante la justicia federal de la seguridad social para que

NATRE recauda alrededor de 340 millones de pesos al año. 'Es un atropello a la democracia', atinó a decir Venegas". Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/principal/index-2012-01-07.html>

¹⁹ De fecha 6 de enero de 2012, notificada el 9 de enero de 2012 a las 14:25.

se declare la inconstitucionalidad de los artículos 65 a 68, 71, 84 a 98 y 106 de la ley 26.727, por los siguientes fundamentos:

- 1) Los artículos 65 a 68 son inconstitucionales pues crean un Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria, de uso obligatorio para los empleadores que despoja a la UATRE de la función sindical que tradicionalmente se lleva a cabo por medio de las llamadas “bolsas de trabajo”;
- 2) El artículo 71 es inconstitucional en tanto crea la figura de los “veedores” patronales en las bolsas de trabajo que están a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial;
- 3) Los artículos 84 a 98 que regulan la llamada Comisión Nacional de Trabajo Agrario y las llamadas Comisiones Asesoras Regionales, reeditan el sistema establecido bajo el gobierno militar en 1980 y despojan a la UATRE de su derecho a ejercer la concertación colectiva de los salarios y condiciones laborales de sus afiliados;
- 4) Por último, el artículo 106 es inconstitucional en tanto:
 - a. Elimina el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores (RENATRE), un organismo de la seguridad social encargado de otorgar a los trabajadores rurales el seguro de desempleo y establece en su lugar un régimen manifiestamente inconstitucional y regresivo, que viola al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y numerosas de los derechos humanos;
 - b. Confisca los bienes del RENATEA, que son transferidos de pleno derecho y sin cargo a favor del RENATEA; y
 - c. Absorbe de pleno derecho al servicio de seguro de sepelio que venía prestando hasta este momento la UATRE.

Finalmente, solicita que se dicte una medida cautelar de no innovar para que se suspenda la implementación y puesta en práctica del RENATEA a fin de que no se consumen los graves daños y perjuicios que las mismas producirán en forma irremediable a los trabajadores rurales y a la UATRE.

La primera instancia hizo lugar a la solicitud de la medida cautelar el día 10 de enero, mientras se sustanciaba el amparo iniciado.

V.- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social c/ ex Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Estibadores (RENATRE) y otros s/ ejecución de acto administrativo

a) La primera instancia

El día 9 de enero de 2012 el Estado nacional se presenta ante la justicia con el objeto de demandar la ejecución del acto administrativo dictado por el señor vicepresidente de la Nación en ejercicio

del Poder Ejecutivo nacional, Decreto N° 6/2012 contra el ex RENATRE solicitando al juez que disponga el libramiento de mandamiento de posesión en el cargo al delegado normalizador del RENATEA allí designado.

El acto administrativo, además, creó un comité consultivo, integrado por representantes de los entonces ministerios de Economía y Finanzas Públicas; de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; de Agricultura, Ganadería y Pesca y la Administración Nacional de la Seguridad Social, con funciones de asistencia y asesoramiento al delegado normalizador durante el período de transición.

Resulta interesante un pasaje de la demanda que debe ser analizado a la luz de lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley N° 19459 y que demuestra un caso en el cual este principio se ha convertido en una ficción que cede ante manifestaciones de fuerza y que al mismo tiempo otorga una solución jurídica, referida a los antecedentes fácticos, para superarlas acudiendo al Poder Judicial. El fragmento relata que a fin de asumir las funciones encomendadas, el 6 de enero de 2012, el delegado normalizador, acompañado por otros funcionarios, se presentó en la entidad a fin de tomar posesión del cargo.

En la puerta de ingreso se encontraba un grupo de más de veinte personas, una de las cuales ofició de vocera y manifestó que allí no entraría nadie, expresión que reiteró ante la insistencia de ingreso por parte del señor delegado normalizador.

Dado que el grupo de personas allí presentes comenzaron a tener actitudes amenazantes y frases injuriantes, debieron retirarse.

Interesante resulta en este sentido el dictamen de la Fiscalía N° 7 con relación a la presentación realizada:

Si bien los hechos descriptos en la demanda permitirían sostener que lo que se pretende poner a consideración del tribunal de trabajo no es una controversia relativa a la legitimidad de la designación o una objeción formal a la puesta en posesión del cargo de Delegado Normalizador designado en el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Rurales, sino la desactivación de una mera restricción de hecho de parte de un grupo de sujetos indeterminados que, como tales, respondan a quien respondan, no pueden ser considerados poseedores de un derecho subjetivo o un interés legítimo a cuestionar las consecuencias de la decisión administrativa que, como ha sido dicho, goza de presunción de legitimidad y, por ello, debe ser puesta en ejecución en la medida en que no exista alguna objeción de parte de sujetos con la debida legitimación sustancial por los carriles legales adecuados, no parece cuestionable la pretensión del Ministerio de Trabajo de respaldar sus actos destinados a lograr la efectiva ocupación del cargo conferido con la adecuada intervención de los organismos jurisdiccionales, pues aunque pudiera eventualmente entenderse que el Poder Ejecutivo Nacional cuenta con las atribuciones necesarias para disponer por sí misma la asistencia de la fuerza pública que aquí se solicita a la Justicia, tal posibilidad es al menos opinable y, siendo esto así, la decisión debe inclinarse por la solución que, dentro del marco de nuestro orden constitucional, ofrezca las mayores garantías en orden a la eventual afectación de derechos individuales de terceros que la ejecución pudiera provocar.

Cierto es también que, desprovistas de una pertenencia institucional que respalde las manifestaciones de oposición al cumplimiento de los actos administrativos dictados, las actitudes de un grupo de personas

destinadas a resistir y obstaculizar a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones tendría un perfil más propio de los ilícitos de carácter penal que de una controversia relativa a la aplicación de normas legales o reglamentarias del Derecho del Trabajo, lo cual haría también dudosa la competencia de este fuero. Sin embargo, cabe considerar que, en definitiva, la ejecución del acto supone una implícita consideración de su legitimidad y ello llevaría a considerar como relevante la determinación de cuestiones propias de la especialidad de este fuero, contexto en el que se genera una duda razonable que, visto lo urgente de la situación, impone la asunción de la competencia que ha sido atribuida al tribunal.

Luego, la justicia de primera instancia del fuero laboral, compartiendo los criterios expuestos por la fiscalía, resolvió librar el mandamiento de posesión del cargo del delegado normalizador del RENATEA “facultando además al oficial de justicia a requerir el auxilio de la FUERZA PÚBLICA si ello fuere necesario, **dejándose constancia de que la medida deberá ser cumplida en la medida en que no exista alguna objeción de parte de sujetos con la debida legitimación sustancial por los carriles adecuados**”.

VI.- Recurso de Hecho. Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores e/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción de amparo

a) Dictamen de la Procuración General de la Nación

Del dictamen de la procuradora puede extraerse tal vez uno de los fundamentos técnicamente más apropiados para resolver el caso: la doctrina de la Corte acerca de la inexistencia del derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones. Ello complementado con la jurisprudencia de la Corte relativa a la improcedencia de la impugnación de inconstitucionalidad cuando el fin con que se la persigue no es la inaplicabilidad del texto objetado sino el restablecimiento de un régimen normativo derogado, lo cual es de incumbencia del legislador.

En resguardo del derecho de defensa de la parte actora corresponde aclarar que su legitimación era incuestionable, cuando menos, para objetar el traspaso de las competencias que le habían sido legalmente asignadas. Así como, en su carácter de ente público no estatal, el RENATRE estaba obviamente legitimado para impugnar en sede judicial cualquier acto que obstaculizara el regular ejercicio de sus atribuciones legales, indudablemente también lo estaba para cuestionar la validez constitucional de la ley que pretendía cercenarle tales atribuciones.

Que, por otra parte, se aprecia que la Cámara omitió hacerse cargo en forma concreta y razonada de la seria argumentación introducida en el escrito de demanda (confr. fs. 22/47) y reiterada por la entidad actora en la oportunidad de contestar la apelación de la parte contraria (confr. fs. 374/394) basada en que: a) el RENATRE era un ente administrado por un directorio conformado por representantes de los sectores empresario y sindical y fiscalizado por un síndico designado por el Ministerio de Trabajo, y,

entre sus funciones, estaba la de brindar a los trabajadores rurales las prestaciones de la seguridad social previstas en la ley 25.191 (sistema integral de prestaciones por desempleo); b) dichas funciones fueron transferidas por la ley 26.727 al RENATEA, que es un ente autárquico administrado por un Director General designado por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Ministerio de Trabajo, y en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores solo participan conformando un órgano de asesoramiento (consejo asesor) y c) de ese modo, el mencionado seguro social obligatorio dejó de estar a cargo de una entidad con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, es decir, constituida con arreglo a lo previsto en el tercer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, para pasar a manos de un ente que no reunía todas esas características, lo cual vulneraba dicho precepto constitucional y comportaba, además, “un caso claro de regresividad en materia de derechos sociales”.

Que, frente a lo expuesto, el a quo debió examinar los argumentos que plantean que si el seguro social en cuestión fue puesto a cargo de un ente creado por el legislador ateniéndose al modelo de administración por los interesados que el constituyente mandó establecer, cualquier reforma legal ulterior que pretendiera imponer un régimen de administración del seguro que no respete dicho modelo comportaría vulnerar tanto la letra como el espíritu del citado art. 14 bis. Máxime si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia de esta Corte se ha dicho que el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia (conf. *Fallos*: 327: 3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, considerando 10; *Fallos*: 328: 1602, voto del juez Maqueda, considerando 10; *Fallos*: 331: 2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerando 5).

En cuanto a esto último cabe recordar que, inclusive, en el precedente de *Fallos*: 327: 3753 (conf. considerando citado) fueron mencionadas las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957 sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo en esa oportunidad el convencional Lavalle que “un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante” (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*. 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación 1958, t. 11, pág. 1060).

b) El fallo de la Corte

Al iniciar su análisis, la Corte, en el considerando 2, se aboca directamente al tema central del caso:

el traspaso de las funciones, del personal y del patrimonio de dicho ente público no estatal –creado por la ley 25.191– a un ente autárquico estatal en jurisdicción del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA).

La Cámara había revocado el fallo de primera instancia y rechazado la demanda presentada por el RENATRE, centrando su argumento en el hecho de interpretar que el RENATRE era absorbido por el RENATEA “y que el hecho de la mentada absorción ha sido llevado a cabo por el mismo Congreso Nacional y por medio de una ley, de igual jerarquía y legitimidad que la anterior”. Sostuvo además que

en el aspecto patrimonial, hay una transferencia indemne del patrimonio al RENATEA, cuya autarquía no se afecta, ni se advierte que pueda producir daño alguno a...los interesados en el funcionamiento del registro, ni al registro mismo; el conjunto de bienes...garantizan de igual forma y con igual orientación... los mismos fines; en cuanto a los trabajadores no jerarquizados...no [se advierte]...que puedan sufrir daño actual porque...el art. 106...dispone que...la situación de quienes se desempeñaban para el RENATRE...será determinada por la reglamentación..., garantizándose la continuidad laboral, en las condiciones que se establezcan en la misma; en consecuencia, y dado que la ley aún no ha sido reglamentada, el daño invocado en relación a ellos sería meramente potencial; y es colofón de lo dicho que...no se advierte violación del art. 14 bis ni de ninguna otra norma constitucional.

La Corte afirmó en el considerando 4, último párrafo, que

en resguardo del derecho de defensa de la parte actora corresponde aclarar que **su legitimación era incuestionable**, cuando menos, para objetar el traspaso de las competencias que le habían sido legalmente asignadas. Así como, en su carácter de ente público no estatal, **el RENATRE estaba obviamente legitimado**²⁰ para impugnar en sede judicial **cualquier acto** que obstaculizara el regular ejercicio de sus atribuciones legales, **indudablemente** también lo estaba para cuestionar la validez constitucional de la ley que pretendía cercenarle tales atribuciones [el énfasis me pertenece]. [...] por otra parte, se aprecia que la cámara omitió hacerse cargo en forma concreta y razonada de la seria argumentación introducida en el escrito de demanda (confr. fs. 22/47) y reiterada por la entidad actora en la oportunidad de contestar la apelación de la parte contraria (confr. fs. 374/394) basada en que: a) el RENATRE era un ente administrado por un directorio conformado por representantes de los sectores empresario y sindical y fiscalizado por un síndico designado por el Ministerio de Trabajo, y, entre sus funciones, estaba la de brindar a los trabajadores rurales las prestaciones de la seguridad social previstas en la ley

20 Sostiene “el lenguaje natural tiene como siempre textura abierta: No puede lograrse precisión en las definiciones, palabras o símbolos, a menos que construyamos un lenguaje artificial. Eso es lo que han hecho las ciencias exactas y eso es lo que hasta ahora no puede hacer el derecho: En consecuencia, no puede lograr la precisión que caracteriza a las llamadas ciencias exactas. En cualquier caso, la aplicación de la lógica simbólica al derecho permite evitar razonamientos inválidos, pero no soluciona el problema de la imprecisión del lenguaje y de los términos jurídicos de que se parte, ni tampoco su uso emotivo. Tampoco soluciona, desde luego, los problemas axiológicos que es indispensable tener en cuenta en la interpretación y aplicación del derecho. No ha logrado estar a la altura de las esperanzas que en ella se tuvieron. Dicho en las palabras de Popper, “En la ciencia, cuidamos de que las aseveraciones que hagamos nunca dependan del significado de nuestros términos [...] Es por ello que nuestros términos nos dan tan pocos problemas. No los recargamos. Tratamos de asignarles tan poco peso como sea posible. No tomamos su ‘significado’ demasiado seriamente. Estamos siempre conscientes de que nuestros términos son un poco imprecisos (dado que hemos aprendido a usarlos solamente en aplicaciones prácticas) y llegamos a la precisión no reduciendo su penumbra de vaguedad, sino más bien manteniéndonos bien dentro de ésta”. Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo: tomo I*. Buenos Aires: FDA, pp. 1-18.

25.191 (sistema integral de prestaciones por desempleo); b) dichas funciones fueron transferidas por la ley 26.727 al RENATEA, que es un ente autárquico administrado por un Director General designado por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Ministerio de Trabajo, y en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores solo participan conformando un órgano de asesoramiento (consejo asesor) y c) de ese modo, el mencionado seguro social obligatorio dejó de estar a cargo de una entidad con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, es decir, constituida con arreglo a lo previsto en el tercer párrafo del art. 14 bis de la Constitución Nacional, para pasar a manos de un ente que no reunía todas esas características, lo cual vulneraba dicho precepto constitucional y comportaba, además, “un caso claro de regresividad en materia de derechos sociales.

Además, señala que

el a quo debió examinar los argumentos que plantean que si el seguro social en cuestión fue puesto a cargo de un ente creado por el legislador ateniéndose al modelo de administración por los interesados que el constituyente mandó establecer, cualquier reforma legal ulterior que pretendiera imponer un régimen de administración del seguro que no respete dicho modelo comportaría vulnerar tanto la letra como el espíritu del citado art. 14 bis. Máxime si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia de esta Corte se ha dicho que el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia [...] En cuanto a esto último cabe recordar que, inclusive, en el precedente de *Fallos: 327:3753* fueron mencionadas las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957 sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo en esa oportunidad el convencional Lavalle que “un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante”.

c) El fallo de segunda instancia, distinta sala, posterior al fallo de la Corte

El 22 de febrero de 2016, la Cámara, luego de recibir una “tirada de orejas” de la Corte dictó el último fallo en la materia. Para hacerlo, en cuanto a la legitimación toma literalmente lo dicho por la Corte.

Con relación al fondo, el Dr. Héctor Guisado, en su voto, sigue a la Corte, y al analizar los planteos referidos al carácter del organismo resalta:

tanto el RENATRE como el RENATEA tenían y tienen a su cargo la atención de una típica contingencia de la seguridad social: el desempleo. Es de interés, entonces, traer a colación el mandato constitucional subrayado en el pronunciamiento dictado en esta causa por la Corte Suprema: “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” (artículo 14 bis).

Como explica Bidart Campos estas entidades pueden ser autárquicas o personas públicas no estatales, pero cabe reparar que

primero se dice que han de ser administradas por los interesados, y luego se añade que habrá participación del estado y no a la inversa: no se dice que serán entidades del estado con participación –añadida– de los interesados. El orden de mención obliga a enfatizar este aspecto inequívoco (Bidart Campos, G., “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social en el art. 14 bis”, TySS 1981-481).

Como surge sin esfuerzo de la reseña que efectúe más arriba, el RENATRE se ajustaba al citado mandato constitucional en tanto se trataba de un ente autárquico de derecho público no estatal dirigido y administrado por un directorio integrado paritariamente por representantes de las organizaciones de trabajadores y de empresarios de la actividad agraria, designados directamente por dichas organizaciones; mientras que la “participación” del Estado se canalizaba a través de una sindicatura con funciones de vigilancia y fiscalización.

No ocurre lo mismo con el RENATEA, en tanto, como dije antes, se trata de una entidad autárquica gobernada y administrada exclusivamente por funcionarios estatales designados por el Poder Ejecutivo nacional.

De tal modo, los actores sociales “interesados” han quedado por completo excluidos de la administración del nuevo ente, al contrario de lo que establecía el régimen sustituido por la Ley N° 26.727.

No se salva esa omisión con la inclusión de representantes de los trabajadores y empresarios en un consejo asesor. Ello es así, pues, al margen de que esos representantes serían designados por el Ministerio de Trabajo (y no en forma directa por las organizaciones gremiales respectivas), y de que deben compartir sus funciones con representantes de tres ministerios y “de otros sectores sociales vinculados a la actividad agraria”, lo cierto es que su actuación quedaría relegada a funciones de mero asesoramiento, y no de administración como lo exige la Constitución. Se verifica entonces, para decirlo con las palabras empleadas por la Corte en su pronunciamiento de fojas 524/528, una injustificada regresión en el cumplimiento del programa social contenido en el artículo 14 bis de la ley fundamental lo que justifica la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

Por otra parte, la Dra. Beatriz Fontana sostuvo en su voto:

Advierto que la Señora Juez “A quo”, luego de reconocer que el RENATRE fue creado por Ley 25.191 como un ente autárquico público no estatal (Considerando 1 fs. 299), y de entender que es sujeto de derecho en los términos del art. 33 inc. 2° del C. Civil de Vélez Sarsfield (entidades autárquicas), confunde luego el encuadre del mismo y afirma que se trata de una entidad sin fines de lucro y regida por el Derecho Privado, confusión que la lleva a considerar que las funciones que tiene asignadas surgirían de su Estatuto..., cuando en realidad fueron conferidas por la ley de creación.

Sobre esa base es que concluye que se trata de una

persona privada [con] patrimonio propio [...] Siendo ello así... considerando que el mismo legislador que creó el RENATRE mediante Ley 25.191 tenía facultades para disolverlo y mutarlo en el RENATEA, nuevo ente autárquico público estatal conforme lo establecido por los artículos 106 y 107 de la Ley 26.727. Sentado ello, y tal como lo destaca el Dictamen del Fiscal General ante esta Cámara, es inadmisibles considerar que el RENATRE podría subsistir como persona jurídica diferenciada y autónoma al solo efecto de iniciar una demanda para cuestionar la ley que produjo su transformación en otro ente autárquico público con potestades relativamente análogas.

Luego continúa su análisis sobre distintos aspectos planteados en la apelación para concluir en el rechazo de la demanda por falta de legitimación, sosteniendo que el legitimado para ejercer este reclamo eran las asociaciones sindicales del sector y no el RENATRE.

Finalmente, la jueza Silvia Pinto Varela deja ver su opinión personal sosteniendo que “más allá de dejar sentada mi opinión acerca de que sería discutible la legitimación para accionar de una persona jurídica que fue absorbida y transformada en otro ente por la misma vía en que fue creada; una ley nacional”. Finalmente concluye: “Lo cierto es que no existe espacio adjetivo para apartarse de los resuelto (por la Corte en el caso)”.

Con ese fundamento adhiere a los argumentos expuestos por el juez pre opinante y confirma la sentencia de primera instancia.

VI.- Nuevos hechos políticos (y jurídicos)

a) Acta Acuerdo entre el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) –en liquidación– y la Unión de Personal Civil de la Nación UPCN N° 1

El 22 de abril de 2016 se suscribió la referida Acta Acuerdo en la cual se retoman los antecedentes del caso reconociendo las partes que la Resolución de la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo N° 228/15 declaró homologado el convenio colectivo de trabajo celebrado entre las partes, inscripto bajo el número 1453/15E.

El acta relata los antecedentes acerca de la modificación producida por la Ley N° 26727 en su artículo 106 y la valora como una sustancial modificación de la estructura organizacional y funcional del organismo en lo concerniente al personal, en el entendimiento de que el RENATRE “había sido creado como un ente Público, de derecho no estatal por la ley 25.191”.

Reconoce también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 24 de noviembre de 2015, que revocó el fallo de la Cámara declarando la inconstitucionalidad de los artículos 106 y 107 de la Ley N° 2672; Lo que produjo una sustancial modificación dada la anulación del RENATEA como organismo suscriptor del Convenio Colectivo de Trabajo referido.

Ello, sostienen, configura una causa legal sobreviniente, la cual modifica palmariamente la situación existente al momento del acuerdo, de modo tal que justifica la revocación del acto administrativo homologatorio emitido por la cartera de Trabajo que le dio fuerza legal entre las partes.

Continúan

Que sin perjuicio de ello las partes signatarias de dicha convención ocurrieron oportunamente al Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación para requerir la formal homologación de lo acordado, situación que no obsta que frente a la incontrastable ejecución de la sentencia supra referida, puedan nuevamente acordar la extinción de lo allí convenido sin que tal acto suponga afectar sustancialmente las condiciones más favorables a los trabajadores.

Que teniendo en cuenta la imperatividad y efectos de la sentencia el Poder Ejecutivo Nacional y dada la extinción del organismo, eso constituye causa objetiva suficiente que habilita la puesta de un sistema de desvinculación/egreso de los empleados cuyo vínculo se rigen por la convención colectiva de trabajo 1453/2015 e ingresaron al RENATEA a partir del 23/01/2012 y hasta el 21/03/2016, fecha de vencimiento del plazo establecido en la sentencia de primera instancia del juzgado N° 9 que ordena dejar sin efecto las medidas que se hubieran tomado por aplicación de las normas declaradas inconstitucionales.

En ese marco, las partes acordaron dejar sin efecto lo establecido en el CCT N° 1453/15E, atento lo ordenado por la sentencia judicial de fecha 5 de septiembre de 2012 dictada por el juez de primera instancia en autos caratulados “Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros, s/ acción de amparo”, ratificada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese marco establecieron que en cuanto al personal que presta servicios en el RENATEA y se encuentra en uso de licencia por retención de cargo función obtenido designado en el ámbito de la Administración Pública Nacional, cualquiera fuera la naturaleza del organismo, la Subgerencia de Recursos Humanos lo intimará para su reincorporación a dicha dependencia.

También acordaron que se considerará extinguida la relación laboral con el RENATEA de la totalidad del personal que ingresó al organismo a partir del 23/01/2012 y hasta el 21/03/2016, percibiendo una indemnización en los términos del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuyo importe no será inferior a seis meses de sueldo, en concordancia a lo establecido por las partes en el convenio colectivo que se deja sin efecto mediante el acta bajo análisis, excluyendo del acuerdo al personal jerárquico del Registro; reservándose el RENATEA el derecho de postergar la desvinculación del personal que por razones de necesidad o gestión desempeñara labores en cualquier ámbito de sus dependencias, con el objeto de no interrumpir la prestación de los servicios de seguridad social que brinda el organismo. Por Resolución N° 287, de fecha 12 de marzo de 2016, la Subsecretaría de Relaciones Laborales resolvió declarar homologado este acuerdo.

Finalmente, y a modo de cierre de este círculo, por medio del artículo 61 de la Ley N° 27341, se derogaron los artículos 106 y 107 de la Ley N° 26727, restableciéndose la vigencia de la Ley N° 25191 en su redacción original junto con la normativa reglamentaria.

VII.- A modo de conclusión

El caso en estudio es por demás interesante. De su análisis puede advertirse que en su desarrollo estuvieron presentes **aspectos procesales** tales como la falta de legitimación de “una persona jurídica que fue absorbida y transformada en otro ente por la misma vía en que fue creada; una ley nacional”,²¹ medidas cautelares cruzadas, presentaciones a la justicia para solicitar la ejecución forzosa de actos administrativos emitidos por el Poder Ejecutivo; **aspectos legislativos**, tales como el cuestionamiento de una ley nacional dirigida a modificar la organización administrativa del Estado nacional, para lo cual el Congreso Nacional resulta competente en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional;²² **aspectos administrativos** como el dictado del Decreto N° 6/2012 o el Acta Paritaria N° 1/16; cuestiones vinculadas

21 Del voto de la jueza Pinto Varela en el fallo de la Cámara.

22 Balbín, C. (2007). *Curso de Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: La Ley, p. 555. ¿De dónde surge, el principio de prohibición del Estado? Creemos que del propio artículo 19, de la Constitución Nacional, pero de modo implícito ya que cualquier persona solo puede obrar libremente siempre que el Estado, que es básicamente quien restringe derechos mediante el ejercicio del poder de regulación y aplicación de las leyes, actúa con autorización del propio pueblo mediante sus representantes.

a la **seguridad social**, las cuales están reservadas por el propio artículo 14 bis al Estado nacional, tal como lo explica la Dra. Gelli en el párrafo transcripto al inicio de este artículo –aun cuando en él se refiere a sujetos de derecho privado y en el caso se trata de uno de derecho público–; **aspectos económicos**, ya que detrás del presente caso se dirimía la administración de una cantidad significativamente importante de recursos derivados de los aportes obligatorios de los trabajadores rurales, fijados por una ley que para su implementación tuvo que esperar el transcurrir de tres mandatos presidenciales; y lo más interesante, **cuestiones políticas que en este caso resultaron atendibles por el máximo tribunal**, cuando en oportunidad de analizar la legitimación procesal le otorga un tratamiento a la Ley N° 26727 como si se tratase de algo distinto a una ley al asimilarla a “**cualquier acto** que obstaculizara el regular ejercicio de sus atribuciones legales (las del RENATRE)”.²³

También hubo **cuestiones políticas** interesantes determinadas por el momento de la sentencia del máximo tribunal: 24 de noviembre de 2015. En ese momento, el candidato a presidente del Frente para la Victoria había perdido el balotaje contra el candidato de la alianza Cambiemos. Uno de los miembros de la Corte, cuestionado políticamente por el Frente para la Victoria por sus cualidades intelectuales derivadas de su edad, había presentado la renuncia un mes antes pero se hacía efectiva recién el 11 de diciembre siguiente. El mismo día, la Corte había declarado inconstitucionales una ley que les descontaba a algunas provincias el 15% de la coparticipación para financiar ANSES y, también, varios decretos por los que les retenía otro 1,9% en favor de la AFIP, entre ellas la provincia de Córdoba.

Es significativo como los hechos le “ganan” al derecho **siempre**. Tanto la Ley N° 26727 como el Acta Paritaria N° 1 mencionada anteriormente tendieron a garantizar los puestos de trabajadores del organismo. Sin embargo, a la fecha hay dos hechos concretos que muestran que ello resultaba y resulta inevitable: 1) la existencia de diversos juicios laborales actualmente activos, cuyos impulsores fueron algunos de los trabajadores del RENATRE,²⁴ y 2) la convalidación de uno de los gremios de los trabajadores del Estado para el tratamiento a asignar a las personas que se encontraban trabajando en el RENATEA.

Cabe en este punto preguntarse si el verdadero motivo del fallo de la Corte estuvo orientado a generar un antecedente que dejara establecida su posición acerca de la política a llevarse adelante con quienes tienen asignadas funciones de la seguridad social.

23 “Los seres humanos nos vinculamos con el mundo por medio de significados que se construyen sobre ese mundo principalmente en el espacio del lenguaje. Y desde el momento en que la realidad así entendida necesita ser definida, delimitada, se convierte en un terreno de lucha donde se define lo que el conjunto social termina aceptando como tal. La realidad es siempre una construcción social, donde no hay espacio para una realidad absoluta. Si creemos que somos capaces de “capturar” esa realidad objetiva, libre de toda subjetividad, ese es el momento máximo, dice Hall, de conclusión ideológica, es cuando más nos encontramos bajo la influencia de la estructura más ideológica de todas: el ‘dar algo por sentado’. No hay discursos neutros, se impone una manera de contar la realidad desde un ‘lugar’ concreto. Donde hay lenguaje hay ideología. Como señala Hall, ‘[n]o es posible acabar con la ideología y simplemente vivir lo real’. Es más, ‘[e]l lenguaje no sólo manifiesta una ideología sino que, fundamentalmente, es el espacio en que la ideología se constituye, consolida y legitima’. [...] El derecho administrativo está plagado de peligrosos usos emotivos y políticos del lenguaje”. Gordillo, A. (2013), *op. cit.*, pp. 1-14 y ss.

24 Ver, por ejemplo, “D. P. S. R. c/ REGISTRO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADORES AGRARIOS RENATEA s/DESPIDO” en trámite ante el Juzgado Nacional del Trabajo 19 o “L. E. D. C. C/ REGISTRO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADORES AGRARIOS”, en trámite actualmente ante el Juzgado Nacional del Trabajo N° 71. En ambos casos se preserva la identidad del actor.

También podríamos cuestionarnos válidamente si el razonamiento utilizado por la Corte nos permite afirmar que una vez que el Congreso determina la forma en que se organizará el modo de administrar las prestaciones de la seguridad social, debe pensarlo muy bien porque ya no lo podrá cambiar. Solo podrá, siguiendo el razonamiento del Alto Tribunal, asignarlo a otra persona con iguales características que las ya creadas pero bajo la administración de sujetos distintos.²⁵ También deberíamos preguntarnos si la cuestión de la legitimación hubiese sido más clara si la demanda que prosperaba era la iniciada por la UATRE. Esta presentó, al igual que el RENATRE, una acción de amparo y solicitó la misma medida cautelar aunque para hacerlo fundaron sus pretensiones en aspectos distintos. Sin embargo, la causa no llegó a la Corte. En tal caso podríamos pensar que los argumentos vinculados al principio de no regresividad y al artículo 14 bis hubiesen tenido más sentido por los intereses que representan.

Recomendamos continuar estudiando las novedades y consecuencias prácticas que se vayan produciendo. Seguramente habrá nuevos hechos jurídicos, políticos y administrativos. En tal sentido, puede consultarse el sitio web www.renatre.gov.ar, o bien comunicarse al 0800-777-7366 (PEON).²⁶ Quizás, en un futuro, a www.renatre.org o al teléfono 0800-777-6666 (MOMO).²⁷

25 Gelli, M. A. (2003), *op. cit.*, p. 126. “Los derechos de la seguridad social constituyen una expresión de la justicia social, calificada por la Corte Suprema como ‘la justicia en su más amplia expresión’ y cuyo contenido según el Tribunal, ‘Consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de los miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización’. El grado de desarrollo moral de un país se mide por el modo en que atiende las contingencias de la salud, la ancianidad, las necesidades básicas de las personas y las familias. No obstante aquellas declaraciones que en ese sentido efectuó la Corte Suprema, el capítulo de la seguridad social es el que presenta mayores distorsiones e incumplimientos estatales. Una de las promesas incumplidas de la democracia argentina es la de la creación de un sistema de seguridad social justo y eficaz”.

26 Ver <http://www.renatea.gob.ar/> y <http://edant.clarin.com/suplementos/rural/2006/02/25/r-02002.htm>

27 Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/pirulo/30-189149-2012-03-08.html> donde se exponía: “El ex Registro de los Trabajadores Rurales (Renatre), que era manejado por Gerónimo ‘Momo’ Venegas, tenía un número de teléfono para realizar consultas y denuncias. Cualquiera que discara 0800-777-6666 podía comunicarse con alguien de la entidad. La particularidad es que traducido en letras, el discado de 6666 forma la palabra ‘momo’, es decir, 0800-777-MOMO. A partir de la sanción de la nueva ley del trabajador rural, el nuevo registro (Renatea), que opera bajo la órbita del Ministerio de Trabajo, cambió el número de consultas por 0800-777-7366 (PEON)”. Cabe recordar que Gerónimo “Momo” Venegas falleció el día 26 de junio de 2017.

El servicio público en el sector aerocomercial

La eliminación parcial de las “tarifas mínimas”



Nicolás Vergara

I. Introducción

Como señala la doctrina, hoy en día, el servicio público es una

actividad económica, con prestaciones técnicas, que es desempeñada por los particulares o que puede prestar el Estado, según lo disponga el legislador. Cuando la prestan los particulares está sujeta a un control que, en general, el legislador quiere que sea técnico y no político (Mairal, 2005: 232).

A su vez, Marienhoff (1982: 18) sostiene que servicio público es

toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal.

En similar sentido, Balbín (2011: 611) señala que los servicios públicos son “aquellos servicios que el Estado debe garantizar pero puede abstenerse de prestar. De modo que no es necesario que el Estado preste tales servicios con carácter exclusivo o concurrente”.

Por su parte, Cormick (2012) sostiene que “existen ciertas actividades que, por su importancia para la sociedad en determinado momento, y por las características particulares de su prestación, no son susceptibles de ser prestadas en competencia sin distorsiones de mercado”.

Remarcamos que el servicio público lo puede prestar tanto el Estado como los particulares, debido a que esto no siempre fue así. En efecto, “originariamente, el servicio público solo se concebía como una actividad desarrollada por órganos estatales” (Marienhoff, 1982: 3). En tal sentido, en nuestro país, la Constitución nacional de 1949 establecía que los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación.

En la República Argentina, el proceso de privatización, iniciado con las sanciones de las leyes de Reforma del Estado y de Emergencia Administrativa y Económica, operó una serie de técnicas de “repliegue” o “retroceso” de la presencia estatal en la economía (Cassagne, 2002: 630-631), si se tiene en consideración la liquidación o enajenación del capital privado de las sociedades estatales (Carbajales, 2014: 44).

Con posterioridad, el Estado nacional, a partir del año 2002, realizó un giro reasumiendo una participación directa en las actividades comerciales con interés general y procedió a estatizar muchas de las empresas que habían sido privatizadas –Aerolíneas Argentinas S.A. y Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. son dos de los casos más paradigmáticos–.

Asimismo, creó diversas empresas estatales como Líneas Aéreas Federales S.A. (LAFSA), Correo Oficial de la República Argentina S.A. (CORASA), Energía Eléctrica S.A. (ENARSA), Agua y Saneamientos Argentinos (AySA), Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE), Administración de Infraestructuras Ferroviarias Sociedad del Estado (ADIFSE), Ferrocarriles Argentinos Sociedad del Estado (FASE), Corredores Viales Sociedad Anónima (CVSA), entre otras.

Esta transformación es lo que se ha denominado, por parte de la doctrina especializada, como el “regreso del estado empresario” (Mata, 2007).

En el presente trabajo analizaremos el giro operado en los últimos años en el sector aerocomercial, su regulación en materia de servicios públicos y su tarifa, así como una reciente medida a ella vinculada.

II. El servicio público en el sector aerocomercial

En el sector aerocomercial, cabe recordar que en los últimos años se estatizó Aerolíneas Argentinas S.A. y las empresas de su grupo económico, y se crearon varias sociedades estatales, como Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA) e Intercargo Sociedad Anónima Comercial.

No obstante ello, en el período reciente —a partir del año 2016— este sector se ha caracterizado por su apertura. Es decir que, si bien no se ha procedido a ninguna privatización, se ha impulsado su crecimiento y concurrencia, por ejemplo, mediante la autorización de nuevas rutas aéreas a empresas privadas (ochenta y tres rutas aéreas domésticas y noventa y dos rutas aéreas internacionales) (Datos oficiales disponibles en <http://www.argentina.gob.ar/transporte>).

Este fenómeno ha sido recibido por un sector con mucho beneplácito, mientras que otro ha sido particularmente crítico. En efecto, muchas de las rutas aéreas autorizadas lo fueron a favor de las empresas conocidas como *low cost*, que son

servicios aéreos prestados por transportadores que elaborando estrategias comerciales de estricta reducción de gastos, y amplio aprovechamiento de sus recursos, compiten en el mercado aerocomercial cumpliendo servicios de bajo costo y ofreciendo prestaciones básicas a precios sensiblemente inferiores a los regulares de los transportadores tradicionales (Balián, 2010).

La presencia de este tipo de empresas,

si bien implica un gran desarrollo del mercado y permite su acceso a personas que antes no tenían la capacidad de acceder en virtud de los precios más competitivos que suelen ofrecer, suele recibir críticas, entre otras cosas, por las condiciones de trabajo de sus trabajadores y por la falta de transparencia en los precios (Balián, 2010).

A su vez, en el mismo sentido, mediante la reciente Resolución N° 735 del 24 de septiembre de 2018 de la Administración Nacional de Aviación Civil se resolvió permitir que las empresas de transporte aéreo interno puedan autoprestarse y prestar los servicios de asistencia en tierra a empresas de su mismo grupo empresarial.

Con relación al servicio público de navegación aérea, la Ley N° 27161, sancionada el 15 de julio de 2015, establece en su artículo primero que la prestación de los servicios de navegación aérea en y desde el territorio de la República Argentina constituye un servicio público esencial, en los términos del artículo 24 de la Ley N° 25877. En tal sentido, esta última norma considera esencial el control del tráfico aéreo.

La mencionada Ley N° 27161 indica que el servicio público de navegación aérea comprende: a. La Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), incluyendo los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS); b. La Gestión de Afluencia del Tránsito Aéreo (ATFM) y la Gestión del Espacio Aéreo (ASM); c. Los Servicios de Información Aeronáutica (AIS); d. El Servicio de Comunicaciones Aeronáuticas (COM); e. El Sistema

de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS); f. El Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR); y g. El Servicio Meteorológico para la Navegación Aérea (MET).

Consecuente con el carácter asignado de servicio público, en su artículo 4, el mencionado cuerpo normativo precisa que la actividad desplegada en el marco del Servicio Público de Navegación Aérea debe garantizar la seguridad, regularidad y eficiencia de la navegación aérea, respetando los parámetros de seguridad operacional establecidos o a establecerse por el Sistema Nacional de la Gestión de Seguridad Operacional de la Aviación Civil del Estado Argentino.

Asimismo, en el mismo precepto legal se prevé que se debe promover la innovación tecnológica, capacitar y facilitar la capacitación y profesionalización del personal conforme a estándares internacionales, asegurar el compromiso ambiental, garantizar la representación de la comunidad aeronáutica, gestionar con eficacia y eficiencia, establecer un sistema de gestión de la seguridad operacional conforme lo establecido o a establecerse por el Sistema Nacional de Gestión de la Seguridad Operacional de la Aviación Civil del Estado Argentino, crear y dar cumplimiento a un plan de negocios que equilibre la seguridad operacional y el respeto de los derechos de los trabajadores, alcanzar un liderazgo en la región, lograr el autofinanciamiento y reinvertir en dicha actividad las ganancias que se obtengan.

A su vez, la Ley N° 19030, del 7 de mayo del año 1971 refiere expresamente al transporte aerocomercial como servicio público en su artículo 5.

Por otra parte, cabe destacar que la citada Ley N° 27161 creó la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado (EANA S.E.) antes mencionada, en la órbita –hoy en día– del Ministerio de Transporte, con sujeción al régimen establecido por la Ley N° 20705, disposiciones pertinentes de la Ley General de Sociedades N° 19550 (t.o. 1984) y sus modificatorias que le fueren aplicables y a las normas de su estatuto, la que tiene por objeto la prestación del servicio público de navegación aérea. A su vez, por el artículo 16 se transfirieron a dicha sociedad las funciones de control operativo de la prestación del servicio público de navegación aérea y la coordinación y supervisión del accionar del control aéreo, con sus respectivas competencias, cargos, personal y créditos presupuestarios, así como la administración de los bienes patrimoniales afectados a su uso.

Al enviar el proyecto de ley para su tratamiento parlamentario, el Poder Ejecutivo nacional, en sus fundamentos, indica que con la creación de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) se centralizaron las funciones inherentes a la aviación y su control. Ahora bien, teniendo presentes las recomendaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), se dictó el Decreto N° 1840/11, que modificó la asignación de competencias en la materia para mejor cumplimiento de las finalidades del organismo, logrando así que la ANAC no tenga a cargo la prestación de los servicios de navegación aérea, cuya actividad regula y le compete fiscalizar.

En virtud de dicha norma, se transfirieron las funciones de control operativo de la prestación de los servicios de navegación aérea, de coordinación y de supervisión del accionar del control aéreo –a cargo de la Administración Nacional de Aviación Civil– a la Fuerza Aérea Argentina y luego, con la Ley N° 27161, a la Empresa Argentina de Navegación Aérea Sociedad del Estado.

No obstante, el artículo 24 de la ley aclara que la ANAC continúa ejerciendo la regulación, supervisión y fiscalización de las prestaciones transferidas a EANA S.E., de conformidad con las normas nacionales y las internacionales emitidas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) (Ciminelli, 2015).

Por lo tanto, actualmente, mientras EANA S.E. es el prestador del servicio público de navegación aérea, la ANAC ejerce la regulación, supervisión y fiscalización de las prestaciones asumidas por aquella.

III. Tarifas de servicios públicos

En términos generales, la tarifa es el precio que debe pagar el usuario por el servicio prestado.

Al respecto, se ha señalado que para el establecimiento de las tarifas es necesario encontrar un equilibrio que dé solución a las siguientes cuestiones:

- 1) Para la sociedad es fundamental que los capitales privados sean canalizados hacia inversiones en la prestación de servicios públicos. Con tal motivo, se le asegura al empresario que obtendrá una retribución justa y razonable y en correspondencia con las sumas invertidas;
- 2) Los servicios públicos generalmente son prestados en condiciones monopólicas o, al menos, en condiciones de supremacía de hecho sobre los usuarios, las cuales limitan la libertad de negociación de estos últimos, tanto atento a las peculiaridades físicas del suministro como por la satisfacción de necesidades básicas antes las cuales el usuario se ve impedido de ejercer su discusión de las condiciones contractuales. Por ello, la Administración goza de la potestad de establecer las tarifas de los servicios públicos, en defensa de los usuarios y al solo objeto de proveerlos de una tutela especial que los proteja de los abusos que puedan cometer las empresas prestatarias en su perjuicio;
- 3) Es necesario asegurar la continua expansión de los servicios a los efectos de satisfacer las necesidades de la creciente población y el buen estado de la infraestructura de la prestación. Para ello es imprescindible que las tarifas otorguen al empresario de servicios públicos un retorno del capital suficiente a tal fin (Kaufman, 1988).

A los efectos del presente trabajo, cabe destacar que, en el marco del servicio público prestado en condiciones de monopolio, el poder de regulación estatal es mucho mayor porque el campo de restricción de derechos es mayor. En efecto, de no existir una regulación y un contralor adecuado, el prestador del servicio podría establecer los precios a su sola discreción, con el riesgo que ello implica tanto para los usuarios del servicio como para el sector concesionado en su conjunto.

En tal sentido, el Estado debe reemplazar y recomponer el contenido de los derechos alterados, regulando más y más sobre este terreno con el propósito de garantizar derechos instrumentales que equilibren las alteraciones. En efecto, el Estado debe extender el campo regulado y profundizar su poder imponiendo deberes, obligaciones o cargas respecto del prestatario del servicio en condiciones de monopolio y a favor de derechos de los otros.

Cuando el Estado concede monopolios, entonces altera los derechos, entre otros, el de ejercer libremente el comercio y el intercambio de servicios en condiciones de igualdad. El Estado debe recomponer esas alteraciones, básicamente por medio de precios justos y razonables de los servicios prestados por sí o por terceros en términos de calidad, entre otros instrumentos (Balbín, 2011: 638-639).

En el campo tarifario, esto implica que a mayor monopolio corresponde una mayor regulación y, consecuentemente, a mayor concurrencia, menor regulación.

Es decir, las tarifas son fijadas por el Estado. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el límite. Sobre este tema, nuestro máximo tribunal se ha expedido en reiteradas ocasiones afirmando, por ejemplo, que

aún cuando las tarifas no constituyen un precio único e inmutable para regir durante todo el tiempo de la concesión, el concesionario tiene derecho a reclamar la indemnización correspondiente en el caso de que los nuevos precios alteren la ecuación económico-financiera de la concesión (*Fallos*, 321: 1786).

IV. Las tarifas en el sector aerocomercial. La Resolución N° 656/2018 del Ministerio de Transporte. Eliminación de las “tarifas mínimas”

En el sector aerocomercial, la Ley N° 19030 establece que para la fijación de las tarifas que regirán en la prestación de los servicios de transporte aéreo de carácter internacional que operen desde la República Argentina, la autoridad nacional competente tendrá en cuenta los intereses de la nación, de los usuarios y de los explotadores nacionales.

Por otra parte, el artículo 32, inciso e) del mismo plexo legal enuncia, entre los principios básicos para asegurar, en el orden interno, la vinculación aerocomercial entre puntos del país mediante servicios de transporte aéreo estatales, mixtos y privados, exclusivamente de bandera nacional, que las tarifas de los servicios sean económicamente retributivas.

A su vez, el artículo 42, aplicable al transporte aerocomercial interno, sostiene que las tarifas se establecerán consultando los intereses de la nación, de los usuarios y de los explotadores, con el concepto de tarifa económica retributiva correspondiente a cada ruta y tramo de ruta; mientras que el artículo 44 prevé que se podrán fijar tarifas especiales cuando sea de interés fomentar el desarrollo de determinadas zonas del país, el transporte por vía aérea de cierto tipo de mercancías y mejorar la explotación.

Con posterioridad, el Decreto N° 1654 del 4 de septiembre del año 2002 estableció una banda tarifaria determinando una tarifa de referencia y una tarifa máxima e instruyó a la ex Secretaría de Transporte del entonces Ministerio de la Producción a establecer modalidades diferentes a las fijadas en el artículo 4 de dicho decreto en rutas de interés geopolítico, estratégico, turístico o atendiendo a la emergencia aerocomercial del sector.

Ello implicó que las aerolíneas no puedan fijar tarifas por debajo de la tarifa de referencia –a la que también se la llama usualmente “tarifa mínima”–, salvo las excepciones y con los límites allí previstos, ni superiores a la tarifa máxima.

Por su parte, el Decreto N° 294 del 2 de febrero del año 2016 suprimió las tarifas máximas para los servicios de transporte aéreo interno de pasajeros, instruyendo al Ministerio de Transporte para que dicte los actos administrativos necesarios para establecer las tarifas de referencia clase económica, de conformidad con las previsiones del artículo 42 de la Ley de Política Nacional de Transporte Aerocomercial N° 19030.

Sobre el particular, cabe destacar que esta regulación del sistema tarifario argentino a través de las tarifas de referencia es uno de los principales determinantes para que la República Argentina sea uno de los países más caros para volar en Latinoamérica, donde si bien la extensión geográfica es muy grande, se vuela de todas formas muy poco comparado con otras zonas del mundo; un tercio de lo que vuelan los europeos por habitante, y un cuarto de lo que lo hacen los norteamericanos; pero el potencial de crecimiento es enorme.

Ahora bien, mediante Resolución N° 656 del 30 de julio de 2018, el Ministerio de Transporte de la Nación resolvió autorizar a los explotadores de servicios regulares de transporte aéreo interno de pasajeros, a partir de las cero (0:00) horas del día siguiente a la publicación de dicha resolución en el Boletín Oficial de la República Argentina, a aplicar tarifas inferiores a las tarifas de referencia vigentes para las ventas de pasajes aéreos de ida y vuelta que se realicen con más de treinta (30) días de anticipación.

De la lectura de dicho precepto normativo se advierte que para que se pueda fijar una tarifa inferior a la tarifa de referencia resulta necesario que operen, en forma simultánea, las siguientes circunstancias:

- 1) Se trate de vuelos internos o de cabotaje;
- 2) Se trate de la venta de pasajes de ida y vuelta;
- 3) Que la venta se realice con, por lo menos, treinta días de anticipación.

Esta medida se inscribe dentro del contexto actual de promover el aumento y la apertura del mercado del sector aerocomercial impulsado por el Estado argentino.

En tal sentido, en los considerandos de la resolución referida se explica:

El Estado Nacional debe procurar el fortalecimiento y desarrollo en el sector aeronáutico, permitiendo la incorporación de nuevas empresas en el mercado, la conservación y creación de fuentes de empleo directo e indirecto a consecuencia del desarrollo de la actividad en el marco de la política aerocomercial vigente.

Agrega que

en virtud de la naturaleza de transporte público y a los fines del cumplimiento de los objetivos en materia aeronáutica es preciso fijar las pautas necesarias que alienten la accesibilidad de mayor cantidad de usuarios y nuevos transportistas[...] de esta manera se propicia fomentar la actividad aerocomercial a través de un modo más dinámico de fijación de las tarifas a percibir por el servicio de transporte aéreo que tienda a evitar dificultades en el desarrollo de la actividad aerocomercial [...] la política aerocomercial está orientada a permitir el acceso de más pasajeros a mayor cantidad de destinos, siendo fundamental la evolución de tal interconexión en el ámbito nacional, debiendo adoptarse las medidas tendientes a cumplir con ese objetivo.

En efecto, según las cifras oficiales, la cantidad de pasajeros que utilizan el mercado aerocomercial, en el mercado doméstico, ha aumentado un treinta y seis por ciento (36 %) desde el año 2015. Asimismo, se han habilitado ochenta y tres rutas aéreas domésticas y noventa y dos rutas aéreas internacionales (Datos oficiales disponibles en <http://www.argentina.gob.ar/transporte>).

De la lectura de la medida adoptada es posible advertir que con ella se busca también: 1) mantener un factor de ocupación promedio alto; 2) optimizar la venta de adicionales; 3) poder apalancarse en anticipación de venta como fuente de financiación.

La tarifa mínima o de referencia en la República Argentina va en detrimento de este modelo que requiere, por un lado, poder estimular demanda, principalmente incorporando nuevos voladores al sector, que son aquellos que hoy no pueden acceder a volar por precio, y por otro, generar más oferta y competencia conectando nuevos destinos y operando nuevas rutas que no son generalmente explotadas por el resto de las aerolíneas.

No obstante lo expuesto, es preciso señalar que, con la devaluación que viene sufriendo nuestra moneda en los últimos meses, las tarifas mínimas ya estaban casi totalmente licuadas, pues los costos de la aviación, incluyendo el combustible que se produce y carga son, en su mayoría, en dólares, como el ya mencionado combustible, las aeronaves, los seguros, los repuestos, etc.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que: 1) la circunstancia mencionada en el párrafo anterior va a perder sustento en la medida en que nuestra moneda se estabilice; y 2) algunas aerolíneas han logrado, en determinadas circunstancias, ofrecer precios más competitivos al consumidor para pasajes domésticos con más de treinta días de anticipación.

Esta tendencia a la desregulación, que es propia en la medida que existe mayor concurrencia en el mercado, es señalada por la doctrina especializada, que sostiene: “se tiende a una liberalización tanto en la entrada, en la medida en que se puede ir –por razones técnicas– posibilitando el acceso a otros prestadores, como en el precio; se tiende a una liberalización de los precios” (Mairal, 2005: 234).

Al respecto, cabe traer a colación que en 1978, siendo Jimmy Carter presidente de EE.UU., dictó la *Airline Deregulation Act* que dejó en libertad la fijación de tarifas, frecuencias, acceso o abandono de mercados y el uso de rutas sin autorización previa, política llamada de “cielos abiertos”, que lentamente ganó lugar en los principales mercados aerocomerciales del mundo.

El Reino Unido dio el primer paso en Europa hacia la desregulación del mercado aerocomercial a mediados de la década de los ochenta, tiempo en el cual se llevó adelante el proceso de privatización de British Airway, pasando a manos privadas la actividad aerocomercial. Después de la privatización, las autoridades británicas habían perdido interés en proteger tarifas, rutas, o buscar acuerdos bilaterales cuando su empresa de bandera había pasado a ser propiedad de accionistas particulares.

El proceso de desregulación aeronáutica europeo tuvo tres etapas en los llamados “Paquetes de Medidas”, entre 1988 y 1993. Con el último se eliminaron todas las restricciones para la concesión de licencias, tarifas y reparto de capacidades, con la sola excepción de la posibilidad de regular el tráfico en caso de congestión aeroportuaria, ya que la capacidad operacional de cada estación es limitada. Un exceso operacional puede ser riesgoso para la seguridad del tráfico aéreo, provocar problemas a los pasajeros o perjudicar al medio ambiente por la sobresaturación del tráfico de aeronaves (Balián, 2010).

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que la medida comentada apunta a profundizar la apertura y concurrencia del mercado aerocomercial interno.

También implica un avance en la desregulación normativa, que es adonde parece ir actualmente el norte del Estado nacional.

Los resultados, provisorios, parecen auspiciosos. No obstante ello, resulta relevante que –si bien ello no sucedió– la desregulación no implique disminuir la función de contralor que debe cumplir el Estado en materia de servicios públicos, cuando no es éste el que asume la titularidad del servicio. Ello resultará fundamental a los efectos de evitar abusos por parte de los prestadores del servicio y de proteger el interés de los usuarios, que se erige como uno de los pilares del servicio público.

En efecto, en los supuestos en que el Estado no presta por sí el servicio, este posee una fuerte potestad de control y dirección, en los aspectos jurídicos, técnicos, comerciales y financieros (Comadira, 2005: 24).

Referencias bibliográficas

- Balbín, C. F. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Balián, E. N. (05/08/2010). Aspectos jurídicos del transporte aéreo “Low Cost”. *La Ley, Sup. Act.*, 1. Recuperado de AR/DOC/5317/2010
- Carbajales, J. J. (2014). *Sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)*. Buenos Aires: RAP.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ciminelli, D. (2015). Navegación aérea. Comentario a la ley nacional 27161. *Doctrina Judicial 2015*, 48. 85-86.

- Comadira, J. R. (2005). El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público. En *Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: RAP.
- Cormick, D. M. (2012). Servicios Públicos en la actualidad, hacia políticas de utilización eficiente de los subsidios. *Revista de Derecho Público*, 1(3).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (30/06/1998). “Maruba S.C.A. c/Secretaría de la Marina Mercante”. *Fallos*, 321: 1786.
- Kaufman, G. (1988). Tarifa de Servicios Públicos. *Diario El Derecho*.
- Mairal, H. (2005). El concepto de Servicio Público en el derecho argentino actual. En *Servicio Público, Policía y Fomento, Jornadas Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires: RAP.
- Marienhoff, M. S. (1982). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mata, I. (23/05/2007). La Reforma del Estado y el Regreso al Estado Empresario. *Jurisprudencia Argentina*, 2007-II, 1153.

El acceso a la vivienda para las mujeres trans: la precariedad habitacional como principal alternativa



Daniela Botto y Rocío Rodríguez

Introducción

La asunción social de la identidad de género en las mujeres trans¹ (“personas con identidad de género femenina”) representa un punto de inflexión en sus trayectorias biográficas, a partir del cual comienzan a transitar un camino signado por una sistemática exclusión económica y social, con un impacto en todos los ámbitos de sus vidas, como la familia, la salud, el trabajo, la vivienda, la seguridad.

Las múltiples situaciones de estigma y discriminación son experimentadas desde temprana edad y esto repercute negativamente en el acceso a sus derechos fundamentales, profundizando a su vez situaciones de pobreza estructural. Comienza desde su seno familiar, con la no aceptación desde que empiezan a expresar su identidad autopercibida, encontrándose luego expuestas a diversas situaciones de discriminación y rechazo social que las obligan a interrumpir el proceso educativo. Luego, deben enfrentar múltiples obstáculos para su integración en el escenario laboral, habitacional, sanitario y social.

En este texto se hará hincapié en visibilizar la *situación de emergencia habitacional: la situación de calle efectiva y el riesgo de quedar en calle*, que atraviesan las mujeres trans y travestis que residen en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, asociada a la identidad de género asumida. En la misma

¹ La palabra “trans” se utiliza aquí para incluir a todas las personas cuyo sentido de identidad de género difiere del del sexo asignado al nacer e incluye personas travestis, transexuales y transgénero. En concordancia con los términos utilizados por ATTTA, este informe utiliza las denominaciones “mujeres trans” (personas con identidad de género femenina) (ATTA y Fundación Huésped, 2013).

línea, como parte de la problemática, se tomará en consideración la ausencia de políticas públicas por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) que garanticen el derecho al acceso a una vivienda digna.²

Para una delimitación de la problemática y su análisis predominantemente cualitativo, durante el primer semestre del año 2018 se recabaron datos a través de diferentes actores: por un lado se realizaron entrevistas a referentes institucionales de dispositivos de alojamiento (hogares de tránsito y paradores nocturnos) pertenecientes al GCBA; y a referentes y profesionales de organizaciones no gubernamentales (ONG) en convenio con el GCBA. A su vez se realizó un relevamiento de hoteles de diferentes barrios de la CABA aplicando un cuestionario a los encargados y/o propietarios a cargo de los establecimientos. Asimismo, a partir de la importancia de las trayectorias biográficas, se desarrollaron entrevistas semiestructuradas a mujeres trans y travestis. Los instrumentos de recolección de datos utilizados fueron la entrevista semiestructurada, el cuestionario, y la observación participante. Además, se acudió a fuentes secundarias, para complementar y completar el análisis e interpretación elaborados a continuación.

Antecedentes y delimitación de la problemática

A partir del reconocimiento legal de las personas trans a través de la Ley N° 26743 de Identidad de Género, se produjeron significativos avances, ya que dicha legislación implicó un reconocimiento de su existencia y, por ende, una herramienta para mejorar sus condiciones de vida, empoderarse y posicionarse para enfrentar las situaciones de discriminación históricamente padecidas. Sin embargo, dicha ley tuvo impactos diferenciados en el real acceso a los derechos sociales básicos, siendo la problemática habitacional una de las que más afecta a este sector de la población. “Las mejoras en las condiciones de alojamiento [...] desde el año 2005 y luego de sancionada la Ley de Identidad de Género son nulas o han empeorado” (Ministerio Público de la Defensa, 2017: 101).

Resulta necesario contextualizar que amplios sectores de la población en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires atraviesan un contexto de emergencia habitacional: cada vez más personas y familias viven en la calle o se encuentran en riesgo inminente de estarlo (Ley N° 3706, 2011).

Según el informe del Primer Censo Popular de Personas en Situación de Calle de la CABA (2017),³ hay un total de 5.872 personas (adultas, niños, niñas y adolescentes) en *situación de calle efectiva y/o utili-*

2 El artículo 31 de la Constitución de la CABA dice: “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubren locaciones. Por su parte el Comité de los Derechos Urbanos de Naciones Unidas, en su Observatorio General N° 4, dice que el derecho a una vivienda digna y adecuada, no se debe interpretar en un sentido restrictivo simplemente de cobijo, sino que debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad.

3 Fue realizado en conjunto y con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, el Consejo de Organizaciones de la Defensoría del Pueblo y la Presidencia de la Auditoría General.

zando la red de alojamiento transitorio nocturno; mientras que un total de 20.000 son la población que *se encuentra en riesgo de estarlo*. Esto incluye a las personas con sentencia de desalojo, que viven en hoteles bajo el subsidio habitacional otorgado por el Decreto N° 690/GCBA/06 y sus modificatorios o amparos.

Los conteos y registros oficiales anuales (que establece la Ley CABA N° 3706) invisibilizan la problemática, ya que no contemplan a las personas que se encuentran *en riesgo de quedar en la calle*, y las cifras que registran muestran mínimas variaciones en cada año e incluso de algunos años no se ubican registros. En abril del 2017 solo se contabilizaron 1.066 personas en calle efectiva, lo cual no condice con los aumentos de la tasa de pobreza e indigencia y con el deterioro socio-económico admitido por las cifras oficiales. Un registro que minimice, como así también un enfoque cualitativo que simplifique y no permita comprender las necesidades concretas de esta población, impide una dimensión real de la problemática y de las políticas públicas que permitan superar dicha situación.

Las experiencias de estigma, discriminación, violencia social e institucional siguen atravesando la vida cotidiana de las mujeres trans y travestis y, a su vez, se suman determinados rasgos personales socialmente condenados para las personas en situación de calle. Esto profundiza aún más su situación de vulnerabilidad y las constituye en un grupo especialmente marginal.

Análisis del escenario habitacional a partir del relevamiento de hoteles y entrevistas a mujeres trans/travestis

La alternativa de alojamiento más frecuente de las mujeres trans/travestis es el alquiler de habitaciones de hoteles y pensiones, la cual es considerada una alternativa *precaria*, según la última Encuesta Anual de Hogares del Ministerio de Hacienda del GCBA.

Se trata de una de las formas de hábitat popular y expresión de una pobreza urbana, invisible y negada. [...] El alquiler de una pieza de hotel, en lugar de actuar como una solución provisoria y de corto plazo para atenuar el problema habitacional, parecería haberse convertido en una solución permanente para una problemática perdurable [...] donde los moradores tienen una total desprotección jurídica, los precios tienen libertad de movimiento y sus habitantes están sujetos al desalojo (Marcús, 2007: 62).

Siguiendo a Marcús (2007), las *condiciones de habitabilidad* de los hoteles (localizados estratégicamente en la urbe) fueron empeorando: deterioro continuo, falta de mantenimiento e inspección de los edificios, crecimiento de la demanda de una pieza, sumado a la falta de espacio en los inmuebles para solventar la convivencia de varias personas en una habitación, reiterados conflictos entre inquilinos y encargados, etc. Se trata de una opción habitacional que no es electiva, sino obligada, que presenta una demanda constante por parte de un grupo social de bajos recursos económicos, que carece de otras posibilidades de acceso a otras viviendas (inestabilidad y precariedad laboral, imposibilidad de presentar recibos de sueldo, ausencia de garantía propietaria).

Considerando que esta modalidad de alojamiento habitacional es preponderante para las mujeres trans, surge la necesidad del relevamiento de hoteles familiares situados en distintos barrios de esta ciudad. Se propuso indagar sobre las dificultades de acceso a este tipo de alojamiento, teniendo en cuenta la admisión en los hoteles para esta población y la problemática de sobreprecios,⁴ ambas asociadas a su condición de género.

Para obtener información sobre la *admisión*, se efectuó un relevamiento presencial de 60 hoteles localizados en los barrios de Constitución, San Telmo, San Cristóbal, Flores y Balvanera. La selección de estos barrios se funda en que es allí donde esta modalidad de alojamiento es mayoritaria y con valores más accesibles (se utilizó un listado de hoteles elaborado por la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires). Se alcanzó a relevar un número de hoteles superior a la cifra expuesta anteriormente. No obstante, en muchos establecimientos se negaron a responder las preguntas o solo aludían a que no había disponibilidad y, por ende, el cuestionario era interrumpido; mientras que en otros no fue posible establecer contacto.

En dicho relevamiento se indagó acerca de disponibilidad de habitaciones, admisión de mujeres trans/travestis y motivos principales manifestados para la no admisión, valores mensuales de los alquileres y servicios brindados, viabilidad de pago proveniente del subsidio habitacional, entre los datos más relevantes. Para obtener dicha información se utilizaron distintas estrategias de entrevista a los fines de intentar evitar especulaciones (basados en la desconfianza) y que estas condicionaran las respuestas formuladas. Ello, teniendo en consideración que muchos de estos establecimientos presentan distintos tipos de infracciones e irregularidades, como fallas en la seguridad y en las habilitaciones, motivos suficientes de frecuentes clausuras.

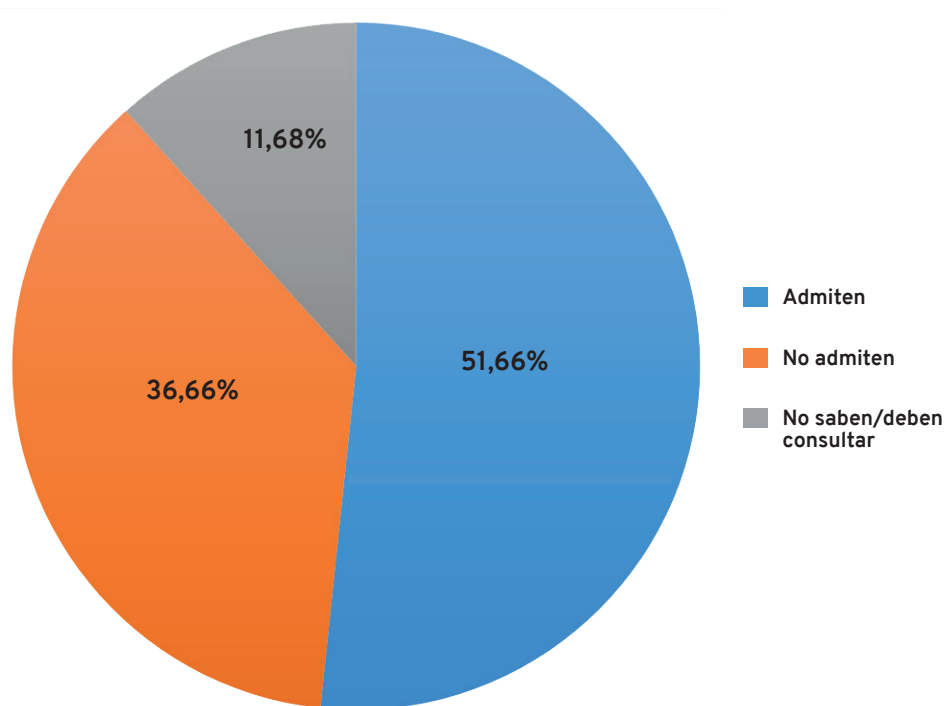
De los 60 hoteles, en 31 aceptarían mujeres trans/travestis, mientras que en 22 la respuesta fue negativa y en 7 expresaron que no sabían (debían consultarlo con los dueños y/o previamente necesitaban conocer a la interesada personalmente). Si bien el 51.66% de los hoteles relevados admiten a este colectivo, la mayoría de estos (25 de 31) no contaba con disponibilidad al momento del cuestionario, lo que permite constatar que el acceso al alojamiento a través de un alquiler de habitación de hotel no solo conlleva una admisión selectiva de esta población, sino que además se evidencia la dificultad de encontrar lugares con disponibilidad.

Esto evidencia el esfuerzo que implica conseguir un alojamiento, búsqueda en la que las mujeres travestis y trans deben sortear diversos obstáculos, resignando gran parte de su tiempo destinado a la actividad laboral que realizan. “La prostitución [...] sigue siendo la alternativa de generación de ingresos más relevante” (Ministerio Público de la Defensa, 2017: 56) y en la mayoría representa la principal y única fuente de ingresos económicos. Esto supone una pérdida de ingresos *diarios* por la modalidad en la que desarrollan el trabajo sexual y, además, debe agregarse una suma de dinero necesaria en concepto de viáticos para recorrer distintos barrios de la Ciudad de Buenos Aires. Como quedó graficado,

4 El valor económico de las habitaciones impuesto por los encargados/propietarios de los hoteles es superior al abonado por personas cisgénero (personas cuya identidad de género coincide con su sexo).

deben enfrentarse con situaciones de discriminación y rechazo, siendo que en un alto porcentaje no es admitido su ingreso o deben consultarlo, mientras que en los hoteles familiares donde sí son aceptadas, en el 81%, al momento de efectuarse la entrevista, no contaban con disponibilidad.

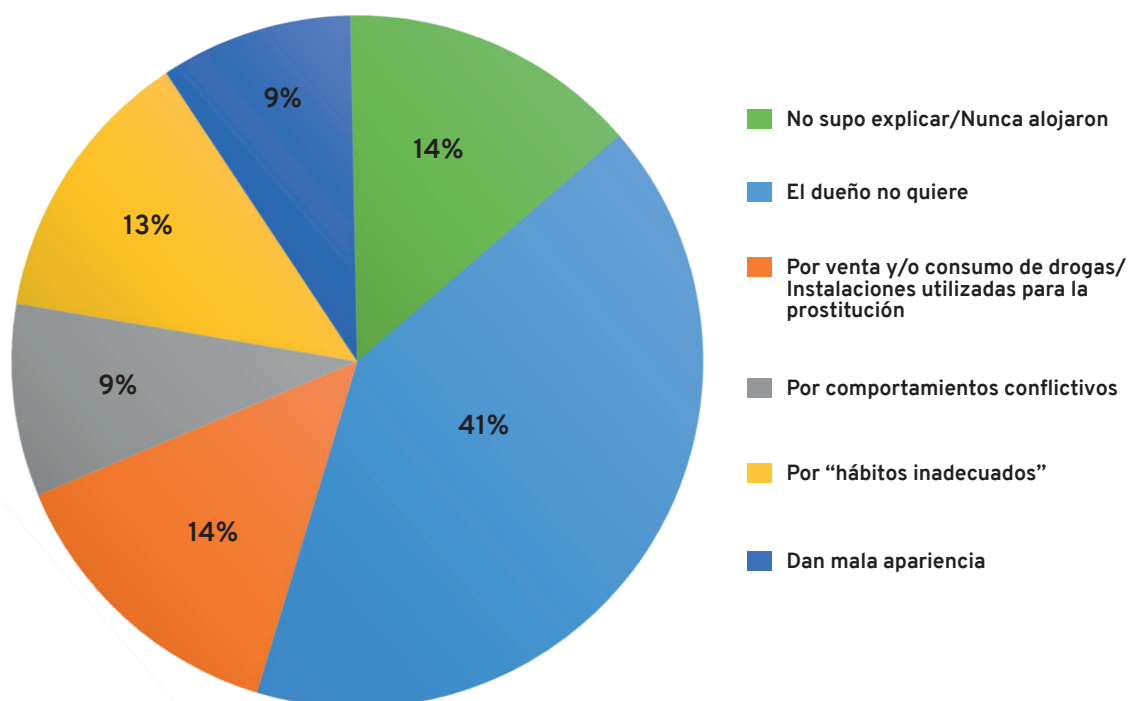
Gráfico 1. Admisión en hoteles de mujeres/trans.



A ello debe agregarse si aceptan el pago proveniente del subsidio habitacional, siendo positiva la respuesta en 27 casos de los 31 que sí admiten esta población. Sin embargo, surgieron con frecuencia las aclaraciones respecto a los conflictos que generan el incumplimiento/demora en las fechas de pagos de los subsidios y la necesidad de contemplar intereses por los días de atraso.

En lo concerniente a los *motivos de la no admisión* de este colectivo en los hoteles, las respuestas variaron, preponderando la expresión: “el dueño no quiere”. Otros fundamentaron su negativa en las siguientes causas: asociar a esta población con la venta y/o consumo de drogas y a la utilización del lugar para ejercer la prostitución; a vincularlas con “comportamientos conflictivos” y, por último, por presentar “hábitos inadecuados” y/o “dar mala apariencia”. Otros no pudieron explicar el porqué de la negativa, mientras que en otros casos, alegaron que no tenían experiencia de haber alojado mujeres travestis y que por eso no las aceptan en la actualidad. Nuevamente, estas respuestas dejan entrever que las decisiones de admisión se encuentran basadas, principalmente, en prejuicios sociales que refuerzan situaciones de estigma y discriminación.

Gráfico 2. Motivos de inadmisión de mujeres trans en hoteles.



En lo que respecta a los costos, relevados en los meses de abril y mayo del 2018, se hizo una diferenciación entre habitación con baño compartido y habitación con baño privado. La cocina es de uso común para todos los inquilinos e inquilinas de este tipo de alojamiento. El precio promedio correspondiente a la primera opción alcanza a los pesos cinco mil ochocientos cincuenta y dos (\$5.852) mensuales, mientras que la segunda opción asciende a un valor promedio de pesos siete mil setecientos cincuenta y siete (\$7.757) por mes. La alternativa con baño y cocina compartida resulta ser la más accesible, en términos económicos, y también la más precaria en cuanto a intimidad y privacidad, sin reunir mínimas condiciones de habitabilidad.⁵ En ciertos hoteles relevados, la opción de elegir una habitación con baño privado directamente no existe entre sus instalaciones e infraestructura.

Respecto de la variable *sobrepagos*, se planteó recuperar estas experiencias a partir del relato en primera persona de mujeres trans/travestis, mediante la realización de 20 entrevistas. El contacto con ellas se tornó dificultoso, por lo que, para facilitararlo, se optó por realizar la consulta acudiendo a algunas dependencias de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁶

5 Por habitabilidad se entiende la presencia de dos condiciones que debe cumplir una vivienda en relación con las personas que moran en ella: protección y salubridad. La protección refiere a las características materiales de la vivienda, que permite a sus moradores enfrentar las condiciones físicas y climáticas del medio. La salubridad se relaciona con las condiciones que permiten a las personas la práctica de hábitos higiénicos adecuados para preservar su salud.

6 Dirección de Orientación al Habitante (sede Constitución), Programa de Violencia Institucional, Programa de Género y Diversidad Sexual.

En todas las entrevistas realizadas surgieron experiencias de “*sobrepuestos*” vividas en la actualidad o en alojamientos anteriores. La totalidad de las entrevistadas, a su vez, agregaron que personas allegadas de su misma identidad de género, también vivieron dicha situación de abuso. Esto a partir de la situación de desventaja social en la que este sector de la población intenta acceder a una vivienda. De las entrevistas realizadas, 18 mujeres debieron abandonar su vivienda familiar desde muy temprana edad, rondando los 12 y 13 años, a partir del rechazo por parte de su grupo familiar de origen, cuando comenzaron a asumir socialmente su identidad de género autopercebida. Sumado a ello, en 17 de los 20 casos se dio un simultáneo proceso migratorio (6 de migración externa y 11 interna, mayormente de provincias del norte del país). Por tanto, frente a la fragilidad de los vínculos primarios y el desarraigo⁷ vivido, se encuentran tempranamente vulneradas en su derecho a la vivienda. Aparece la calle como primera opción y luego, lugares extremadamente precarios, determinados por las condiciones de habitabilidad y la modalidad de alojamiento (alquileres informales, tenencia irregular, entre otros). Otro factor que las expone a la continua precariedad e inestabilidad habitacional es “la persistencia de actitudes discriminatorias por identidad y expresión de género de parte del sector inmobiliario” (Ministerio Público de la Defensa, 2017: 173), desde el cual, abusando de la situación de desventaja social nombrada, imponen sobrepuestos o directamente deniegan la admisión. En este contexto, deben recurrir, entonces, a dichos inmuebles de tenencia irregular y/o que no reúnen las condiciones de una vivienda adecuada. A su vez, “si el alquiler se produce en un inmueble de ocupación irregular (“tomado”), la precariedad es mayor en tanto las posibilidades de ingresar a políticas de subsidio de vivienda se diluyen” (Ministerio Público de la Defensa, 2017).

En estrecha relación, se debe mencionar la reducida posibilidad de inserción al mercado de trabajo formal a tan temprana edad, lo que las sumerge en una situación económica-ocupacional extremadamente precaria, y la consecuente ausencia de ingresos para resolver su situación habitacional. Esto las expone a la ausencia de otra alternativa, debiendo recurrir, en la mayoría de los casos, al trabajo sexual (en la actualidad, 18 de las 20 entrevistadas, cuyo promedio de edad es de 32 años, continúan dedicándose a la misma actividad).

Respecto de la *situación habitacional actual* de las entrevistadas, ninguna accedió nunca a la titularidad de un inmueble; actualmente, 2 de ellas se encuentran en situación de calle; 5 alquilan habitaciones de hotel; 3 habitaciones de casa de familia; 1 una vivienda precaria en la Villa 31; 2 en inmuebles de tenencia irregular; 1 convive junto a su pareja propietaria, y 6 residen en la Asociación Civil “Gondolin”,⁸

7 “Se impone la pérdida, la sensación al principio es de pura privación y de despojo de los elementos fundamentales de la identidad de un individuo: el contexto, su lengua (idioma o modismos de su idioma), el sentimiento de ser conocido y sentirse necesario para otro. El resultado es un sentimiento de desamparo, la impresión de estar excluido de uno mismo” (Korenblum, 2003).

8 El hotel funciona originalmente desde 1990, alojando históricamente a un sector mayoritario del colectivo trans que provenían generalmente de provincias del interior del país, enfrentándose al común denominador de la discriminación a partir de su identidad de género. A partir de esto se les presentaban diferentes dificultades para conseguir hospedaje y por las elevadas tarifas que los propietarios les cobraban, desproporcionadas en relación al estado y las prestaciones de la mayoría de hoteles y pensiones. Años después, el hotel fue clausurado por entes reguladores municipales y abandonado por el propietario debido a las precarias condiciones habitacionales en que pretendía continuar alquilando el lugar. En este contexto se produjo la autogestión por parte de las inquilinas, constituyéndose hasta el presente en una Asociación Civil. Desde hace años se convirtió en un lugar que no solo brinda alojamiento en un aspecto habitacional,

lugar que presenta la estructura edilicia de un hotel, pero en el cual las inquilinas no abonan un alquiler mensual, sino que deben cubrir el gasto de los servicios e impuestos básicos. En relación a las condiciones de habitabilidad, aparece el hacinamiento⁹ y una situación deficitaria en términos de privacidad e intimidad. Todas las entrevistadas poseen experiencia en alojamiento en hoteles familiares de la zona de la CABA, y en la actualidad, 16 de las entrevistadas deben compartir el espacio de la cocina y 13 el baño. El acceso al subsidio habitacional también resulta limitado o fue interrumpido. Solo 3 de las 20 entrevistadas lo perciben, 2 de ellas debieron acudir a una instancia judicial para su reincorporación.

Respecto a la rectificación registral del sexo conforme a su identidad de género,¹⁰ todas las entrevistadas conocían su derecho: 12 habían tramitado el cambio, mientras que las que no lo habían gestionado remarcaban que carecían de tiempo suficiente para trámites, derivado del trabajo sexual: los horarios nocturnos en que deben realizar dicha actividad, y la necesidad de descanso durante el día para iniciar una nueva jornada.

Teniendo en cuenta que la deficitaria situación habitacional de esta población no es un hecho aislado, sino que surge de la concatenación de distintos factores vitales, sociales y culturales, durante las entrevistas se tuvieron en cuenta otras dimensiones fundamentales como el nivel educativo alcanzado, las trayectorias laborales, la existencia de redes socio-familiares, las experiencias de situaciones de violencia, entre otras.

En lo concerniente al *nivel educativo*, producto del alejamiento temprano del hogar familiar, se produce la interrupción de sus estudios obligatorios. De los resultados de las entrevistas, si bien se registran concurrencias al ámbito educativo formal, la deserción es alta: solo 3 de ellas alcanzaron a finalizar sus estudios secundarios, en tanto 12 no los finalizaron; solo 4 habían apenas completado el nivel primario, y 1 se encuentra aún cursándolo. El nivel educativo alcanzado incide directamente y de manera negativa en las posibilidades reales de acceder a un empleo.

sino que representa un lugar de contención, sostén y amparo, para aquellas mujeres trans y travestis que migran hacia la ciudad de Buenos Aires, que en su mayoría fueron expulsadas de sus grupos familiares y que actualmente se constituyeron en la totalidad del inquilinato. El lugar se organiza cooperativamente y, desde hace 20 años, los gastos se dividen entre todas. Así fue como lograron refaccionar parte del edificio y pagan mensualmente los impuestos y servicios básicos correspondientes. El lugar tipo conventillo cuenta con 23 habitaciones distribuidas entre una planta baja, primer piso y terraza. Los cuartos son de reducidas dimensiones (aproximadamente 3x3) y solo disponen de 4 baños y 3 cocinas para un total de 57 inquilinas, una población exclusiva de mujeres trans y travestis en un alto porcentaje provenientes de provincias del noroeste. Muchas de ellas, antes de ingresar al Hotel Gondolín, atravesaron un contexto de calle.

9 La Encuesta Anual de Hogares, correspondiente al año 2016, define hacinamiento “como el problema de sobrecarga del parque habitacional causado por un excesivo número de residentes en la vivienda respecto de su dotación de cuartos o habitaciones, situación que interfiere en la independencia y privacidad de los miembros de los hogares. [...] se considera que cuando el promedio de personas por cuarto (destinado o adaptable para dormir) es igual o superior a dos, la situación del hogar es insuficiente por sobreocupación, suponiendo como aceptable un promedio de menos de dos personas”.

10 De acuerdo a la Ley N° 26743 y al Decreto N° 773/2012, “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, [...] a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada” (art. 1). Según esta ley se entiende por “Identidad de Género” a “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (art. 2).

Respecto a las *trayectorias ocupacionales*, 15 de las entrevistadas se dedicaron siempre al trabajo sexual, mientras que las 5 restantes mencionaron actividades informales, breves, sin continuidad en el tiempo (venta ambulante, tareas de limpieza en casas particulares, cuidado de personas). Es de destacar que a dichas actividades llegaron a acceder previa asunción social de la identidad, o porque los empleadores no llegaron a reconocer su identidad trans. Ninguna tuvo acceso a un empleo en el marco de la formalidad laboral, respecto al cual aparece como la única opción de proyecto a realizar la búsqueda de alguna actividad por cuenta propia o el desarrollo de algún microemprendimiento. No se registraron experiencias de empleo en el sector estatal y se encuentran excluidas de los derechos contemplados en la Seguridad Social.¹¹ En cuanto a la *situación laboral actual*, predomina la situación de prostitución, y en todas surge el deseo de dejar de realizar dicha actividad; los ingresos económicos que logran reunir se caracterizan por la inestabilidad, la fluctuación y la insuficiencia para satisfacer las necesidades básicas. A su vez, fue recurrente durante las entrevistas el énfasis en sentimientos internalizados de “baja autoestima”, inseguridad, que actúan como obstaculizadores para las búsquedas laborales. La constante estigmatización genera “temor, impotencia, bronca, odio, rencor, vergüenza y poca valoración de una misma”. El estigma y la discriminación se presentan como un factor que genera autodiscriminación. “La internalización del estigma social, y el temor a vivir situaciones de discriminación resulta en autoexclusión, abandono de espacios sociales y proyectos de vida” (Ley de Identidad de Género y Acceso al Cuidado de la Salud de las Personas Trans en la Argentina, 2013).

Relacionado con esto aparecieron en la totalidad de las entrevistadas experiencias de haber sufrido diferentes hechos de violencia institucional por parte de las fuerzas de seguridad (detenciones arbitrarias, averiguación de antecedentes, agresiones verbales, sexuales y físicas). También mencionaron vivencias de situaciones de inseguridad y violencia en el marco del ejercicio del trabajo sexual. Dicha actividad, además, afecta de manera perjudicial sus actuales condiciones de salud, exponiendo a esta población a contraer enfermedades de transmisión sexual (ETS), como a otras problemáticas derivadas, por ejemplo, de la exposición a condiciones climáticas adversas. Se resalta que ninguna de las entrevistadas cuenta con la cobertura de una obra social o prepaga y deben atenderse en el sistema sanitario público. También expusieron determinadas problemáticas de salud asociadas a modificaciones corporales efectuadas fuera del sistema sanitario, como la inyección de silicona industrial y los procesos de hormonización, lo cual también repercute negativamente en las posibilidades de inserción laboral.

En relación a la composición familiar, predominan los hogares unipersonales. En cuanto a la *existencia de redes familiares de contención*, se detectó que los vínculos familiares son frágiles, en su gran mayoría sin contacto desde la asunción social de la identidad de género, o solo con algunos de sus integrantes (especialmente con las mujeres), con los que sostienen comunicación telefónica esporádica, ya que permanecen en sus provincias y países de origen. En todas las entrevistas realizadas no pueden contar con ningún tipo de ayuda económica o alternativa habitacional. Sus redes sociales de contención y apoyo en su mayoría están conformadas por otras mujeres trans y travestis.

11 Es decir que se conjugan los siguientes factores: inestabilidad, ausencia de contratos legales, disminución o ausencia de protección social y beneficios de acuerdo a los estándares legales, incumplimiento o violación de acuerdos colectivos de trabajo y bajos salarios.

Hogares y paradores para mujeres en situación de calle dependientes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

Frente a la problemática de acceso a la vivienda que afecta a gran parte de los habitantes de la ciudad de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires responde con tres políticas sociales en materia habitacional. Por un lado, el Instituto de la Vivienda de la Ciudad¹² (IVC) conforma un ente gubernamental, a través del cual, tras cumplimentar con una serie de, a nuestro criterio, exhaustivos requisitos (“<https://ivc.buenosaires.gob.ar/requisitos>”), entre sus principales funciones se encuentra el otorgamiento de créditos hipotecarios para acceder a la titularidad de un inmueble por primera vez. Para atender la emergencia habitacional, el GCBA ofrece la entrega de un subsidio enmarcado en el Programa Atención para Familias en Situación de Calle, para personas que se encuentran en situación de calle (o en riesgo de estarlo), destinado al pago del alquiler por un tiempo acotado. Por último, para la situación de calle efectiva, existen como respuesta inmediata los dispositivos de pernocte/alojamiento, mediante la modalidad de paradores y hogares.

En lo atinente a los alcances de dichas políticas y las necesidades y problemática habitacional que las mujeres trans/travestis atraviesan, se detectan las siguientes situaciones:

- a) Respecto al crédito del IVC, en función del escenario económico-ocupacional que atañe a este sector de la población, signado por la precariedad e inestabilidad, se torna imposible responder a los requisitos que dicha política exige, siendo uno de los principales obstáculos el requerimiento de un ingreso económico estable en el marco de una modalidad formal de trabajo que garantice el pago de dicho crédito, quedando así excluidas de esta opción que brinda el Estado.
- b) En lo concerniente al subsidio habitacional, luego de haber analizado las alternativas habitacionales a las que accede esta población, se le presentan dificultades para completar los requisitos solicitados para su inclusión en dicho subsidio. Mayormente habitan lugares tan precarios (alquiler de habitaciones de *manera desagregada*¹³) y por fuera de la reglamentación pertinente, que en escasas ocasiones les otorgan recibo de pago, documentación personal de los propietarios o del inmueble. Asimismo, de las entrevistas realizadas surgió en muchos casos el desconocimiento de la existencia del mencionado programa, mientras que en otros, o bien habían desistido luego de diversos obstáculos burocráticos durante la gestión o habían requerido de acompañamiento institucional para realizarla (estatal y/o de organizaciones sociales).
- c) Finalmente, respecto a los paradores y hogares como respuesta para abordar la emergencia habitacional en lo inmediato, se buscó identificar qué alcances reales tienen como recurso para las mujeres trans que se encuentran en situación de calle.

12 “Fue creado en el año 2003 con el propósito de implementar la política habitacional de la ciudad, dando mandato al artículo 31 de la Constitución local. Hasta el año 2008 fue el organismo que implementó los distintos programas habitacionales, posteriormente sus atribuciones fueron desplazadas a otros organismos por iniciativa del ejecutivo local, iniciando de esta manera el proceso de fragmentación que caracteriza a la política habitacional en la actualidad” (Navatta y Ons, 2018: 2).

13 Habitación de: hotel, pensión, casa tomada, casa/departamento.

En la actualidad funcionan dos dispositivos de gestión gubernamental destinados a brindar pernocte/alojamiento a mujeres solas o con hijos menores a cargo. Uno responde a la modalidad de parador nocturno, llamado “Azucena Villaflor”, y el otro funciona como hogar, siendo este el “26 de Julio”.

A los fines de conocer las características de su funcionamiento, y específicamente si alojan a mujeres trans en situación de calle, se intentó a través de distintas vías (conurrencia a distintas sedes, elaboración de oficios, llamados telefónicos) coordinar un posible encuentro de entrevista con personal responsable y/o integrantes de los equipos técnicos. A pesar del carácter público de estos organismos y del carácter institucional de la articulación que se pretendió establecer, resultó sumamente dificultoso acceder a información también pública, con reticencias a concretar los encuentros y a precisar modalidades de abordaje específicos. Debe agregarse que la primera intención fue coordinar entrevistas con referentes/equipos profesionales de cada institución, pero finalmente fue posible acceder a un único encuentro con un asesor del área responsable (Dirección de Asistencia Inmediata del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat del Gobierno de la Ciudad).¹⁴ Se tomó conocimiento de que, si bien ambos dispositivos alojan mujeres trans en situación de calle, no disponen de registros oficiales que permitan identificar la concurrencia de dicha población. No obstante en el artículo 1° de la Ley N° 26743 de Identidad de Género se prescribe que toda persona tiene derecho a ser tratada de acuerdo a su identidad de género, se considera que desde la intervención profesional y la necesidad de un monitoreo de las políticas sociales, se invisibilizan las implicancias sociales (acumulación de desventajas) asociadas a la identidad trans y su peso en la configuración de una emergencia habitacional.

Al indagar sobre la convivencia al interior institucional, surgieron de modo generalizado determinadas conductas discriminatorias por parte de mujeres cis¹⁵ que son madres hacia mujeres trans y travestis, asociadas mayormente a la disconformidad de compartir lugares comunes con sus hijos

En contraposición con la información recién expuesta, al consultar a las mujeres trans entrevistadas que han vivido experiencias de haber estado en situación de calle o que lo están actualmente, ninguna acudió a estos dispositivos, ya que contaban con referencias negativas transmitidas por otras mujeres trans. Al respecto, detallaron que a muchas les han robado pertenencias al interior de estos establecimientos, que han sentido discriminación y malos tratos por otras personas allí alojadas como por personal institucional, y no contaban con contención ni un abordaje integral.

Organizaciones No Gubernamentales (ONG) articuladas por convenio con el GCBA

Tal como se expresó al comienzo de este trabajo, según el Informe del Primer Censo Popular de Personas en Situación de Calle de la CABA (2017) hay un total de 5.872 personas (adultas, niños, niñas y adolescentes) en situación de calle efectiva y/o utilizando la red de alojamiento transitorio nocturno. Frente a la

¹⁴ Ver anexo.

¹⁵ Cuando la identidad de género coincide con el sexo asignado al nacer.

demanda y el déficit en la respuesta por parte del sector estatal, surge la necesidad de establecer convenios con ONG que respondan también a la problemática de vivienda, en este caso de las mujeres.

Para atender a esta población se trabaja, entonces, por convenio con 3 organizaciones: el Hogar Betania, Hogar Amparo, ambos dependientes de la institución eclesiástica Ejército de Salvación, y el Centro de Integración “Frida”.¹⁶

La coordinación de las entrevistas con estas organizaciones pudo establecerse con facilidad y se desarrollaron en la sede de cada institución con profesionales y/o responsables, según cada caso, quienes mostraron buena predisposición a la articulación institucional y al aporte de la información requerida.

Se coordinó un espacio de entrevista con la directora del Centro de Integración Frida, institución que aloja a mujeres con hijas/os y mujeres solas cis y trans en situación de calle. Esta funciona sin criterio de admisión, de acuerdo a la disponibilidad de camas. Se trata de un centro de integración que se diferencia tanto de la modalidad de parador, como la de hogar, ya que desarrolla un abordaje integral y multidisciplinario, que apunta a la restitución y promoción de derechos. El trabajo cotidiano se encuentra mediado por una perspectiva de género basado en “reflexiones sobre la violencia contra las mujeres, los distintos modos de practicar las maternidades, las trayectorias de las mujeres trans, los desafíos que implica la participación dentro de un colectivo respetando la diversidad, etc.” (Proyecto 7, Centro de Integración Frida). Se organizan en áreas de trabajo: social, salud, niñez, talleres y comunicación y se toman decisiones respecto al proyecto institucional a través de asambleas.

Actualmente hay 4 mujeres trans alojadas y unas 40 en lista de espera. En cuanto a las características de esta población que allí asiste, se menciona que la mayoría son inmigrantes y que, en general, están afectadas por un consumo problemático de alcohol y/o pasta base. Algunas presentan diagnósticos de VIH,¹⁷ y predomina la situación de prostitución. Respecto de las demandas y experiencias atravesadas por este colectivo, se señaló el inicio del proceso de hormonización y la violencia institucional sufrida, agravada por encontrarse en un contexto de calle.

En cuanto a la situación habitacional, la principal dificultad que surge es acreditar una residencia de dos años en el ámbito de la ciudad para percibir el subsidio correspondiente al “Programa Atención para Familias en Situación de Calle, teniendo en cuenta, como se dijo antes, que la mayoría son inmigrantes. Tienen registro de una sola mujer trans que haya sido incorporada al mismo.

Según la información brindada por la directora de este centro, mayormente vienen expulsadas del Parador Azucena Villaflor o de los Hogares Betania y Amparo por presentar consumo problemático de sustancias psicoactivas o por problemas de convivencia, situaciones que no son abordadas allí.

Por otro lado, se mantuvo una entrevista con la directora y la trabajadora social de los Hogares Amparo y Betania, quienes desempeñan el mismo cargo en ambas instituciones. Si bien existió una buena predisposición a recibirnos, la información brindada se limitó al funcionamiento institucional. Se

¹⁶ Ver anexo.

¹⁷ Virus de Inmunodeficiencia Adquirida.

apreció la ausencia de intervenciones profesionales multidisciplinarias y que contemplen la perspectiva de género. Se trata de una única profesional licenciada en Trabajo Social, que debe abordar las situaciones de toda población de mujeres allí alojadas y no cuentan con profesional del área de Psicología.

El objetivo institucional es brindar un lugar de pernocte a mujeres solas entre 18 y 59 años, que se encuentren en situación de calle y por un período máximo de un año. No obstante, informaron que no siempre se cumple el plazo de manera estricta, ya que hay experiencias de mujeres que superan dicha permanencia.

Afirman que admiten el ingreso de mujeres trans; sin embargo, estas conforman una minoría y no cuentan con un registro de cuántas han alojado. En relación a la convivencia, afirman que, mayormente, existen prejuicios por parte de las mujeres allí alojadas, lo que colabora para que la permanencia en el lugar sea por un corto período de tiempo, puesto que “ellas mismas no se sienten cómodas”. De esta manera, sin un abordaje de las problemáticas derivadas de la convivencia y sin disponer de recursos humanos y equipo técnico suficiente, esta población termina siendo expulsada o directamente no acuden a estos dispositivos. Por último, se expuso que en caso de que presenten algún consumo problemático de sustancias psicoactivas, se admite su ingreso si se encuentran sosteniendo un tratamiento para superar dicha problemática.

Consideraciones finales

Arribando a las instancias finales de este texto, se considera que si bien a través de la sanción de la Ley N° 26743 de Identidad de Género se produjeron avances y un mejoramiento en las condiciones de vida de las mujeres trans y travestis, la misma tuvo impactos diferenciados en el real acceso a los derechos sociales básicos, siendo la problemática habitacional una de las que más afecta a este sector de la población. Para hacer visible la misma, se acudió a efectuar entrevistas a integrantes de este colectivo; a responsables de dispositivos del GCBA que dan respuesta a dicha problemática y a ONG asociadas; por último, se realizó un relevamiento de hoteles. A través de los diferentes actores, aparece como denominador común la exclusión para este sector de la población del acceso a una vivienda digna y adecuada, producto de diversos factores que actúan en planos diferentes, pero que profundizan su situación de vulnerabilidad social. Por un lado, a partir de un escenario de precariedad laboral, del trabajo sexual como actividad predominante con los prejuicios que socialmente implica y la insuficiencia de ingresos, resulta inviable el acceso a una vivienda a través del mercado inmobiliario formal según las exigencias que este impone. Por otro lado, el rechazo social y cultural, expresado en actitudes de estigma, discriminación y criminalización por parte de encargados y propietarios de hoteles, restringen sus posibilidades de acceso incluso a una modalidad habitacional considerada precaria. Esta se convierte en una estrategia obligada junto a otro tipo de viviendas colectivas, como pensiones, inquilinatos y viviendas ocupadas de hecho, las cuales se vinculan con la emergencia habitacional. Las experiencias de vivir en la calle y el riesgo inminente de estarlo atraviesan las trayectorias habitacionales de este sector de la población, además de la precariedad habitacional como una constante (habitabilidad,

disponibilidad de materiales, servicios, infraestructura). No se puede hablar de una seguridad jurídica de la tenencia, ni de “gastos soportables de la vivienda”, de modo que se ve comprometida la satisfacción de otras necesidades básicas, situación que las ubica en una constante inestabilidad, con riesgo de contraer una deuda en los alquileres y ser desalojadas.

En lo que respecta a las respuestas brindadas por parte del Estado, algunas son acotadas temporalmente y atienden la emergencia, sin resolver la problemática estructural de vivienda; mientras que otras se encuentran lejos del alcance a partir de las posibilidades socioeconómicas-ocupacionales de esta población. Además, resulta fundamental correr el eje de la problemática como un asunto individual para remarcar los determinantes sociales del déficit habitacional y otorgar un peso significativo a las implicancias de la asunción social de la identidad desde la temprana edad.

Respecto a las respuestas de las organizaciones no gubernamentales, quedó evidenciada la necesidad de un abordaje con perspectiva de género para garantizar intervenciones integrales que no generen expulsión incluso desde las instituciones.

Anexo

La siguiente información surge de entrevistas realizadas a referentes institucionales.

● Parador Nocturno “Azucena Villaflor” y Hogar “26 de Julio”

Respecto del parador nocturno “Azucena Villaflor” (Piedras 1583), su capacidad es de 92 plazas. El ingreso al mismo se da a través del Programa Buenos Aires Presente del GCBA, por demanda espontánea o por derivación de otras instituciones. El equipo de trabajo está conformado por 12 operadores sociales, 3 licenciados en Psicología, 2 licenciados en Trabajo Social, 1 counselor y 1 auxiliar de Enfermería.

En cuanto al Hogar “26 de Julio” (Avenida Belgrano 482) de esta ciudad, la capacidad de la que dispone es de 85 plazas. En este dispositivo, el ingreso requiere como condición entrevistas de admisión que realiza la Gerencia Operativa de Atención Integral a los Sin Techo o por derivación del parador. Aquí el equipo técnico se encuentra conformado por 4 licenciados en Psicología, 1 licenciado en Trabajo Social y 8 operadores sociales.

En ambas instituciones la modalidad de egreso es la misma: a través de la incorporación al Programa Atención para Familias en Situación de Calle o porque la persona deja el lugar por su voluntad, habiendo resuelto o no su situación de vivienda. En ambos dispositivos, se realizan las derivaciones institucionales pertinentes en función de problemáticas detectadas y seguimiento, mientras cada mujer permanece allí alojada.

● **Centro de Integración Frida (15 de noviembre de 1889 2315, CABA)**

Los ingresos se dan por derivación del GCBA (por convenio), por demanda espontánea o por derivaciones de cualquier otro tipo de institución (sanitaria, educacional, ONG, etc.), con las cuales, además, trabajan articuladamente.

Cuenta con una capacidad de 45 lugares, distribuidos en dos edificios que se ubican uno lindero del otro (15 de noviembre de 1889 2315/2317), siendo uno de estos destinado para madres solas con hijos, y el otro para mujeres solas.

La institución cuenta con un total de 25 empleados, 9 encargadas que principalmente se ocupan de las entradas y salidas del edificio, 1 enfermera, 1 licenciada en Psicología, 1 licenciada en Trabajo Social y 1 abogada que se encarga mayormente de cuestiones ligadas a revinculación, causas penales y violencia de género.

Disponen, además, de un centro de día ubicado en el barrio de Barracas (San Antonio 971) llamado Centro de Integración Complementario “Che Guevara”, en el cual se brindan distintas actividades y espacios terapéuticos.

La institución no impone un plazo de permanencia. En caso que no haya cupo para pernoctar, las personas pueden permanecer durante el día ahí, higienizarse y alimentarse (cuatro comidas diarias), priorizando desde la institución brindar un espacio de contención durante el día. En cuanto a los egresos, estos se dan por tres ausencias consecutivas sin aviso o porque resolvieron su situación habitacional.

● **Hogar “Amparo” y Hogar “Betania” (O’Brien 1272, CABA)**

Pese a que ambos tienen la designación de “hogar”, estos funcionan con la modalidad de parador, con un horario de ingreso a partir de las 16:00 y de salida a las 8:00. En este sentido, además, carecen de personal conviviente. Aclaran que, de manera excepcional, los feriados y cuando las condiciones climáticas son adversas pueden permanecer durante el día entero en la institución. Debido al convenio que mantienen con el Gobierno de la Ciudad, la admisión de la población que alberga queda supe- ditada a entrevistas que efectúa el Área de Gerencia Operativa del Gobierno, a la que se agrega luego una nueva entrevista en la institución. En ocasiones, se contactan directamente desde parroquias para solicitar vacantes, pero estos ingresos están restringidos a que antes tome contacto el área mencionada. En cuanto a la capacidad de estas organizaciones, se señala que el Hogar “Amparo” dispone de seis habitaciones para 45 mujeres y el Hogar “Betania” se encuentra constituido por dos pabellones, con una capacidad para 50 mujeres en total.

Fuentes bibliográficas

- Argentina, (2011). Ley N° 3706/11 de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle de la Ciudad de Buenos Aires.
- Asociación Travestis, Transexuales y Transgéneros Argentinas (ATTA) y Fundación Huésped. (2013). *Ley de Identidad de Género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en la Argentina*.
- Ávila, H. y Palleres, G. (2014). *La calle no es un lugar para vivir. Auto-organización y situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Proyecto 7.
- Buenos Aires (ciudad). Ministerio Público de la Defensa. (2017). *La Revolución de las Mariposas. A diez años de La Gesta del Nombre Propio*. Recuperado de https://www.mpdefensa.gob.ar/biblioteca/pdf/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf
- Buenos Aires (ciudad). Instituto de Vivienda de la Ciudad. Recuperado de <https://ivc.buenosaires.gob.ar/requisitos>
- Buenos Aires (ciudad). Ministerio Público de la Defensa y otros (2017). Informe del Primer Censo Popular de Personas en Situación de Calle de CABA.
- Korenblum, S. (2003). *Familias en Tránsito. Las mudanzas internacionales y su impacto familiar*. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen Humanitas.
- Marcús, J. (2007). ¿Integración o vulnerabilidad?: el caso de las familias que viven en hoteles-pensión de la ciudad de Buenos Aires. *Cuaderno Urbano*, 6.
- Navatta, J. y Ons, M. (2018). *El presupuesto de la Ciudad para las políticas de vivienda*. Buenos Aires: ACIJ. Recuperado de https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2018/02/documento_vivienda.pdf
- Proyecto 7. Centro de Integración Frida. Recuperado de <http://proyecto7.org/acciones/centro-de-integracion-frida>

Centro y borde del currículo en la enseñanza del derecho

Cuando lo cognitivo y lo emotivo se retroalimentan



Juan José Carbajales

Resumen

La planificación de una clase conlleva para el docente un desafío bifronte: decidir qué estrategias desplegar para lograr transmitir el conocimiento y, al mismo tiempo, intentar que los alumnos adquieran ese bagaje intelectual a través de un aprendizaje cognitivo. A esta prueba basal se le suma un nuevo par de objetivos: que esa relación no sea edificada de manera unilateral sino multidireccional, apalancada en la coconstrucción recíproca del conocimiento; y que se intercalen estrategias adicionales para incorporar el borde del currículo (lo complementario, emotivo y “trascendente”), en pos de generar un ambiente propicio para el aprendizaje significativo de efectos estimulantes, transformadores y perdurables.

En particular, la enseñanza del derecho reconoce estos desafíos y les agrega un enfoque que privilegia tanto el abordaje teórico como la incidencia de las cuestiones prácticas. Cognitividad, conceptualización, emotividad y pragmatismo son los cuatro pivotes sobre los cuales se apoya y bascula la enseñanza actual de las ciencias jurídicas.

El objeto del trabajo es reflejar las diversas estrategias, métodos y técnicas empleadas en la planificación, dictado y autoevaluación de una propuesta disruptiva para el marco estructural en el que está inserta, dando cuenta –someramente– de los fundamentos teóricos asumidos en cuanto a la didáctica universitaria.

Ello, bajo la premisa de que las estrategias de enseñanza han de vincularse con la ética: fundamento moral que guía al docente universitario (con énfasis en quien enseña en la universidad pública) que se impone la tarea de “ayudar a pararse a pensar” y ser agente de transmisión para la producción de conocimiento nuevo. Así, siguiendo una mirada kantiana, se busca que el *sapere aude* emancipador se plasme en el ámbito áulico y que cada estudiante se atreva a pensar por sí mismo, comprenda y deconstruya conceptos y situaciones, y pueda finalmente construir su propio sistema de pensamiento mediante el ejercicio autónomo de la reflexión crítica.

Desde esta atalaya, se describen aquí algunas técnicas y actividades de centro (exposición dialogada) y de borde (el “decá-loco” y la clase “de las fichas”) del currículo, a ser desarrolladas por un docente comprometido con su vocación y con la realidad social en la que está inmerso.

En fin, este trabajo resume la experiencia de casi dos décadas de docencia al frente de cursos teóricos (Teoría General del Derecho) y prácticos (Análisis Jurisprudencial de la CSJN) en dos universidades nacionales, una tradicional y urbana (UBA) y otra joven y de la periferia (José C. Paz).

Palabras clave: currículo - significatividad - exposición dialogada - emotividad

Sumario: 1) Introducción - 2) *Holdings* y *obiter*, núcleo y borde del currículo - 3) Estrategias centrales - 4) Estrategias de borde - 5) Colofón

1. Introducción

Hace unos años el escritor italiano Umberto Eco se preguntaba para qué sirve el profesor en la era de la informática, donde la información fluye en abundancia y al instante. Su respuesta fue que la función primordial era intentar “reorganizar sistemáticamente lo que Internet le transmite al alumno en orden alfabético, diciendo que existen Tamerlán y monocotiledóneas pero no la relación sistemática entre estas dos nociones” (Eco, 2007).

Bajo esta inteligencia es imprescindible abonar al debate sobre cómo aunar el deber y la pasión del docente, esto es, la profesión escogida y la vocación heredada. Podría postularse que una de las finalidades básicas de la enseñanza es la de tomar a cada persona como un fin en sí mismo, es decir, buscar que cada alumno comprenda, asimile, critique y resignifique los conceptos a enseñar y coconstruir en clase. Provocar, en suma, que el *sapere aude* del iluminismo kantiano –que prescribía “atrévete a saber por tu propia razón” (Kant, 1994)– se plasme en el aula y que cada estudiante se atreva a pensar por sí mismo (Carbajales, 2011). Para ello, hemos de facilitarle a cada uno de ellos los caminos para que

puedan “construir su propio sistema de pensamiento, ponerlo a prueba y hacerse responsable por él ante sí mismo[s] y ante los demás” (Guibourg, 2009).

De allí que el objetivo basal del proceso de transmisión de conocimientos no sea tanto su adquisición lisa y llana por parte de los alumnos sino, antes bien, enseñarles a pensar. Esto es, no solo a discutir argumentos –cambiantes e históricos, con diferentes grados de importancia y razonabilidad–, sino también a formar sus propios criterios, los cuales les permitirán distinguir y clasificar, agrupar y desear, elegir, valorar y jerarquizar tales argumentos; en una palabra, sistematizar aquellas ideas sueltas (muchas de ellas, recuperadas de experiencias y saberes previos) y explicitar las relaciones sistemáticas entre conceptos aparentemente disociados. Para llevar a cabo esta compleja y desafiante tarea siempre es preferible disponer de ciertas bases filosóficas que ayuden a volcar una mirada reflexiva sobre tales relaciones. Motivar el pensamiento crítico radicaría, pues, en habituar a los alumnos en la búsqueda permanente de los fundamentos últimos de cada ciencia y de sus problemas recurrentes. Y es aquí donde la didáctica puede ser convocada en apoyo de la labor docente (De Camilloni, 2008: 19).

Pero educar en el razonamiento criterioso y poner límites (JAIM ETCHEVERRY, 2005) puede resultar tedioso y hasta contraproducente para los alumnos. Contrarrestar esta tendencia exige tener en claro para qué se enseña y qué herramientas se utilizarán en pos de conseguir los objetivos trazados. Será estimulante, así, que el docente con vocación sincera por el proceso de enseñanza-aprendizaje se atreva a explicar su ciencia, pero también a transmitir su experiencia; a hacer entendibles a los autores estudiados y a mostrarse como un faro iluminador –incluso dejando entrever algunos retazos de su propia biografía– y a vincular los contenidos teóricos con la praxis cotidiana y la realidad contextual, en tanto “no hay práctica que no se inserte en una filosofía, así como no hay filosofía que no se traduzca en hechos y actitudes” (Guibourg, 2009; Mastache, 1998: 17).

Finalmente, el docente “de alma”, interesado en las técnicas de didáctica de nivel superior, procurará siempre enraizar las enseñanzas significativas en la misión trascendental de todo educador: ayudar a los estudiantes a construir su propia vocación, a armar y (re)configurar su perfil personal, su camino de vida... en fin, su derrotero existencial.

Así, a modo de disparador para el abordaje del tópico central de este trabajo, se utilizará la planificación de una clase (Lucarelli, 1996: 16) inserta en la asignatura Análisis Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, perteneciente a la carrera de Abogacía que se dicta en el Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional José Clemente Paz (UNPAZ), cuyo tema es “Control de constitucionalidad - Derechos fundamentales (a la intimidad) - Principio de razonabilidad”. Asimismo, este plan será contrastado –someramente– con la experiencia acumulada en el dictado de la asignatura Teoría General del Derecho de la carrera de Abogacía que se dicta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

2. *Holding y obiter*, núcleo y borde del currículo

En un marco de “didáctica situada” (Lucarelli, 2014: 78), la planificación se centra en dos actividades principales, una para cada parte de la clase. En las primeras dos horas se propondrá a los alumnos la construcción grupal de un cuadro comparativo; y, para los últimos 120 minutos, se realizará una exposición en pareja por parte de dos estudiantes y, luego, una puesta en común en la que interviene el pleno de los alumnos y el docente guía la elaboración de las conclusiones y realiza el cierre sintético. De esta manera, se edifica una planificación que pivotea entre dos estrategias pedagógicas centrales (centro del currículo), las que a su vez permiten desplegar diversas actividades de menor porte y relevancia curricular (borde del currículo), aunque no por ello de una significatividad inferior en términos cognitivos y –fundamentalmente– emotivos (Litwin, 2008: 67 y 117).

Para explicarlo de otra manera, se aventurará aquí una referencia directa al contenido de la materia en cuestión. El análisis de las sentencias de la Corte Suprema federal conlleva que el eje curricular esté orientado fundamentalmente al estudio, deconstrucción y reconstrucción del sentido de cada uno de los fallos bajo examen. Así, de cada precedente se extraerá lo más relevante: cuál es la doctrina del fallo, esto es, el llamado *holding*, aquello que el Máximo Tribunal resuelve para el caso al aplicar el derecho constitucional y convencional a las circunstancias de la causa (el *thema decidendum*), teniendo en miras los valores o la cultura (política) reinante en el contexto dado. En una palabra, es la resolución de la controversia y su fundamentación central en términos de legalidad y razonabilidad (Thea, 2018: 23).

Ahora bien, la Corte suele realizar, al mismo tiempo, consideraciones adicionales que no hacen –necesariamente– al andarivel principal de su razonamiento a la hora de decidir la causa en estudio. Se trata de estipulaciones colaterales, denominadas *obiter dicta* (literalmente, lo “dicho al pasar”), que suelen estar dirigidas a los otros poderes del Estado, tendientes a exhortarlos a la concreción de alguna acción o política pública. Lo curioso es que, en ocasiones, estas digresiones pueden revestir casi tanto o mayor importancia institucional que la resolución misma del caso –en tanto esta atañe tan solo a las partes, sean individuales o colectivas–.

Pero, ¿en qué se asemejan estas categorías hermenéuticas (*holding* y *obiter dictum*) a las estrategias de la didáctica de nivel superior? Veamos. En la clase se propondrán dos actividades ordenadoras mediante las cuales se abordarán en profundidad los contenidos temáticos propios de la unidad curricular (control de constitucionalidad y derechos fundamentales), a través de las dos sentencias en estudio: las causas “Albarracini” (*Fallos* 335: 799), que versa sobre la transfusión de sangre, y “Arriola” (*Fallos* 332: 1963), cuyo eje recae sobre la tenencia de estupefacientes. El abordaje de tales precedentes jurisdiccionales se realizará a través del “método de caso” (Instituto Tecnológico de Monterrey, 2004: 6; Díaz Barriga, 2005: 17; Hammond, 2006: 1), en su variante de caso real, no simulado.

No obstante, en forma perimetral o marginal a tales actividades se planificarán otras acciones de desarrollo más acotado en las que intervendrán en forma activa tanto los alumnos como el cuerpo docente. Aquí la finalidad central no será ya la transmisión de conocimiento acerca de criterios y decisiones del máximo órgano de justicia del país; en cambio, el propósito buscado apuntará a plantear otras cues-

cciones adyacentes pero de gran significatividad transversal en la formación integral de los estudiantes –especialmente para el perfil de los futuros abogados que se desprende del Plan Estratégico UNPAZ 2016-2020; esto es, un modelo centrado en los “activistas para el cambio social” (Cardinaux y Clérico, 2005: 15)–. Como ejemplos pueden destacarse: *(i)* la búsqueda de palabras o frases difíciles en los diccionarios de la RAE o de latín, para lo cual usarán el “bendito celular” o alguna enciclopedia aportada por el docente, pero siempre fuentes fidedignas; *(ii)* el control de la ortografía o de los estilos de escritura, especialmente durante la corrección grupal de los exámenes; *(iii)* la difusión de actividades de extensión universitaria, tales como congresos, pasantías, ayudantías, etc.; *(iv)* la apertura a anécdotas personales del docente vinculadas con la temática de la clase; *(v)* la remisión a noticias de actualidad en los medios de comunicación o a datos históricos que contextualizan la discusión; *(vi)* la clase “de las fichas”, que promueve el conocimiento y la integración colectiva; o bien *(vii)* el “momento cultural”, que consiste en la lectura de un cuento literario, una poesía o un simple texto narrativo en los últimos cinco minutos de clase. En todos estos casos, el docente se esforzará por destacar la significatividad del aprendizaje que subyace por detrás de cada acción.

Por último, y antes de adentrarnos en las estrategias puntuales, vale decir –a modo de comparación– que la práctica docente en la UNPAZ no difiere mayormente de la que durante más de diez años fue desarrollada en la UBA. Ello, con dos salvedades: allí se trataba de una asignatura cuatrimestral, de tres horas semanales y cuyo contenido curricular era eminentemente filosófico, lo que implicaba tener que realizar ajustes en los métodos pedagógicos y en el modo general de aproximación a una asignatura centralmente teórica y con clases de menor duración. Pero, por lo demás, tanto las estrategias centrales como las de borde de currículo han podido ser desplegadas por igual en ambos contextos, al tiempo que los resultados han sido igualmente satisfactorios.

3. Estrategias centrales

En tanto dos de los propósitos de la clase en UNPAZ consisten en “brindar elementos de juicio para la elaboración personal y grupal de una posición crítica acerca del modo de resolución” de los casos judiciales (Litwin, 2008: 94) y “proporcionar una amplia gama de argumentos y valoraciones plausibles de ser aplicadas a la reflexión sobre la actualidad de la temática abordada”, las principales estrategias escogidas para alcanzar tales metas han sido las siguientes: 1) la construcción grupal de un cuadro comparativo y su puesta en común y 2) la exposición en pareja con guía dialogada del docente.

Asimismo, con estas actividades se busca que los alumnos alcancen, entre otros, los siguientes objetivos en términos de aprendizaje: *(i)* conocer la jurisprudencia de la Corte referente a la garantía de los derechos fundamentales (principio de reserva, conf. art. 19 de la CN); *(ii)* ejercitar la reflexión y producción colectiva a través del diálogo en grupos y la puesta en común en forma plenaria y *(iii)* enfrentar en parejas el desafío de preparar un tema y exponerlo en público.

En forma previa, el docente brindará a los alumnos una breve introducción expositiva en base a la estrategia de exposición dialogada (Eggen y Kauchak, 1999: 7; Anijovich y Mora, 2009: 35), la cual tie-

ne la ventaja de poder brindar conocimientos nuevos en forma ordenada y sistematizada, y de facilitar el enlace con el “aprendizaje verbal significativo” (Litwin, 2008: 1118) previo de los alumnos (en tanto conjunto de saberes y esquemas preconcebidos). Así, pues, se recuperarán las nociones centrales de la clase anterior y se expondrán los “organizadores avanzados” (Eggen y Kauchak, 1999: 10) con el fin de que los alumnos visualicen e incorporen el contenido a desarrollar en la presente clase. Esta técnica reconoce un desarrollo continuo, con diferente intensidad, a lo largo de toda la clase, en la cual se destacan cinco momentos: (i) la introducción, en la cual se describe la finalidad de la clase y sus metas; (ii) la presentación, donde se define el contenido de la clase a partir de las principales ideas organizadoras; (iii) el monitoreo de la comprensión por parte de los alumnos, a través de la formulación de “buenas” preguntas, claras y directas (Finkelstein, 2007: 12), que orienten la evaluación grupal del aprendizaje; (iv) la integración del contenido precedente con el actual, a fin de explorar las interconexiones entre las diversas ideas relevantes; y, finalmente, (v) la revisión y cierre, donde se resume detenidamente el contenido de la clase abordada y se enlaza con la próxima unidad.

En cuanto a la primera de las estrategias centradas en el sujeto-alumno, esto es, el armado de un esquema comparativo en grupos y su elaboración definitiva en forma plenaria, lo que se privilegia aquí es la promoción del “aprendizaje colaborativo” (Litwin, 2008: 108). En efecto, se trata de un ejercicio basado en el intercambio de pareceres (información y opinión) que realizan alumnos con diferentes trayectorias, conocimientos y aptitudes, en el cual deben poner en acto destrezas tales como la negociación, el poder de síntesis, la elección de un representante y, en su caso, la tramitación racional de las disidencias internas. Al tratarse de grupos pequeños (no más de cinco compañeros), el desafío del aprendizaje basado en la cooperación favorece el cumplimiento del objetivo –aunque no lo garantiza– de que todos los estudiantes participen en forma activa. Por último, en cuanto a su contenido, el mismo está sustentado en la estrategia de la “integración conceptual”, en tanto vincula dos fallos que se refieren a un tema en común, a partir de los cuales los alumnos deben identificar sus relaciones fácticas, teóricas, hermenéuticas, etc. (Litwin, 2008: 70). En una palabra, dotar de sentido al conocimiento adquirido o por adquirir.

En este marco, la tarea del docente es suplementaria, puesto que consiste en asistir a cada grupo de manera orientativa (no asertiva) en caso de que alguno lo solicite, o bien si advierte ralentización o incertidumbre. Su intervención es por defecto, atento a que se privilegia la interacción comunicativa al interior de cada equipo. No obstante, su rol crece al momento de la puesta en común por parte de los grupos, habida cuenta de su función de catalizador de cada propuesta para la confección definitiva del cuadro que era objeto de la consigna, motivando a los alumnos a través de interrogaciones didácticas (Finkelstein, 2007: 13). Esta fase “arquitectónica” de la estrategia suele tener beneficios para los estudiantes en términos de alfabetización académica por explicitar de manera gráfica y constructiva de qué manera armar una síntesis vincular de las categorías analíticas que emanan del fallo analizado. Siempre bajo estas premisas: (i) el conocimiento es provisorio, (ii) no existen respuestas modélicas y (iii) es el alumno quien ha de “empoderarse” en el espacio áulico (Maggio, 2012: 54).

En lo que se refiere a la segunda de las estrategias a proponer en clase, relativa a la exposición por parte de una pareja de alumnos acerca de una sentencia del Máximo Tribunal, se pone en valor el objetivo de “advertir la complejidad de un tema a través de las diferentes argumentaciones sostenidas por los integrantes de la Corte”. Asimismo, sirve para sopesar las habilidades de los estudiantes para adentrarse en el texto jurisprudencial –sin más ayuda que la guía de lectura provista por el cuerpo docente– y elaborar un método que permita transmitir el aprendizaje logrado al resto de sus compañeros, pudiendo utilizar una amplia gama de recursos disponibles (ej. pizarrón, afiche, *PowerPoint*, videos, etc.). Se trata, en definitiva, de estimularlos a que atraviesen el umbral de lo novedoso y complejo para, luego, procesar su contenido e intentar exponer en público y desde el frente del espacio áulico, los aspectos centrales del caso estudiado. Por ello, al acabar la exposición el docente convoca a un aplauso colectivo para los protagonistas y entre todos se realiza una breve evaluación metacognitiva acerca de la actividad realizada (Maggio, 2012: 41).

Aquí el rol docente es ambivalente (en el sentido de dual, no de difuso), en un proceso comunicativo multidireccional. Ello, en tanto al ubicarse en un banco “como uno más”, se mimetiza con el resto del alumnado y adopta una posición de “aprendiz” para también hacer preguntas a sus “colegas”. No obstante, al mismo tiempo, desarrolla una atenta evaluación “dinámica” sobre el desempeño (“saber hacer”) de la pareja expositora (Celman, 1998: 47), a fin de ir guiándolos con observaciones simples, interrogaciones breves o incluso con correcciones puntuales si fuere necesario para el debido entendimiento de algún concepto en particular. La estrategia a seguir es la “exposición dialogada” (Finkelstein, 2007: 6), pero de manera sutil, no tradicional. ¿Cómo? El docente no se para frente al curso sino en el margen espacial del aula (los laterales o el fondo mismo del salón) y, desde allí, fomenta el debate entre los estudiantes al lanzar preguntas didácticas, realzar los aportes valiosos y –fundamentalmente– destacar el hecho de que los posibles errores no son horrores vergonzantes que deben ser evitados sino aprendizajes necesarios en la etapa de formación durante la cual ellos gozan de “impunidad estudiantil” (Carbajales y Cabaña, 2011). Luego, el docente procederá a ensayar una recapitulación de los saberes coconstruidos en clase bajo un modelo de comunicación horizontal (Finkelstein, 2007: 7). Por último, procederá a una breve evaluación formativa o verificadora del proceso de problematización de las propuestas iniciales y los logros alcanzados (Celman, 1998: 53), vía solicitud de intervención personal a múltiples alumnos frente a cuestionamientos precisos, cuyo resultado es expuesto ante el conjunto mediante aprobación, repregunta o sugerencia de repensar la respuesta (Brown y Glasner, 2007: 27; Feldman, 2010: 61).

4. Estrategias de borde

Por su parte, y como ya fue adelantado, la planificación de la clase contiene –además– algunas actividades situadas en los márgenes del currículo (Litwin, 2008: 67 y 117), esto es, no relativas al contenido específico a desarrollar (saber técnico), sino a habilidades complementarias más ligadas con lo actitudinal. Se trata de actividades disímiles entre sí, y algunas de ellas, incluso, no planificadas para algún momento preciso, sino que surgen producto de la construcción colectiva de la clase y ponen en juego la capacidad de improvisación y repentización del docente. No obstante, todas ellas comparten

un mismo propósito: inculcar la importancia del estudio, estimular la confianza en sí mismo, enriquecer la autoestima colectiva y valorar la opinión de los pares y docentes. También, marcar el rumbo de quien se está formando, a modo de “iluminación” de los senderos posibles, de los atajos inútiles y de las fórmulas ya probadas y rendidoras (aunque resulten exigentes y, a veces, aburridas).

Para lograr esos propósitos el docente desplegará una serie de destrezas que incluyen la inteligencia emocional, el humor, los cambios de tono en la oralidad (sin omitir visos de teatralidad) y la atención al “saber situado” del alumno. Asimismo –y esta es la clave del éxito–, procurará “salirse del libreto” (Carbajales, 2010a: 190), esto es, abrirse a los alumnos, fomentar la apertura de éstos y transmitir no sólo su ciencia sino también su vasta experiencia, lo que puede incluir, en ocasiones, el ofrecer pincelazos de su propia biografía como muestra (a modo de ejemplo a seguir o de experiencia a evitar). Su objetivo será alcanzar el corazón del estudiante, transformarlo de raíz, generar en él una predisposición al aprendizaje nacida de la empatía. Ello, en el entendimiento de que recurrir a las emociones no debe ser un método ajeno al proceso de transmisión de conocimientos, en tanto permite que estos nuevos saberes “conmuevan [la existencia] y perduren” (Litwin, 2008: 84; Maggio, 2012: 60) en el alma y el recuerdo de los alumnos universitarios (Carbajales, 2010b: 371).

¿En qué consisten estas técnicas de borde de currículo? Veamos. Al iniciar la clase, en medio de una exposición guiada o al clausurar la jornada pedagógica, el docente procederá a vincular los conocimientos aprendidos con otras variaciones de la oferta académica y extramuros, a saber: (a) dar publicidad a las múltiples posibilidades que brinda una universidad pública, gratuita y situada en las cercanías del hogar; (b) transmitir a los futuros abogados (“aprendices”) cuáles son las realidades del ejercicio de la profesión en un mercado laboral que exige la excelencia en dogmática y en la práctica (Cardinaux y Clérico, 2005: 6); (c) invitar a enamorarse del estudio y del saber a través de un “suprarrelato” (Litwin, 2008: 79), sea un poema, una canción o una anécdota conmovedora, el cual será relatado como actividad final del día (en los últimos 5 minutos de la clase), cuando se invitará a los alumnos a cerrar los ojos y disfrutar del momento “posclase”.

A modo de ejemplo, pueden identificarse dos de estas instancias *off shore*, a saber: el texto denominado “decá-loco” y la actividad “de las fichas”. El primero se trata de un relato que puede ser entregado a los alumnos en la primera clase o bien leído en el “momento literario” del final de alguna jornada. Consiste en la enumeración de diez consejos prácticos para los estudiantes que no concurren a la universidad tan solo para recibirse (típico profesional mediocre) sino, antes bien, para ser abogados que persiguen –contra viento y marea– el ideal de la excelencia. Tales “lecciones” pueden ser resumidas en el siguiente “decálogo-loco” (Carbajales y Cabaña, 2011):

1. *Construí la finalidad*: no pierdas de vista, nunca, cuál es la meta, el difícil “para qué”.
2. *No pares*: evitá perder el tiempo, como graduado todo te será más dificultoso... y más caro.
3. *Buscá la excelencia*: cursá con los “capos” y animate a desafiarlos –como un buen “saboteador”.
4. *Aprovechá la “impunidad estudiantil”*: podrás cometer mil errores mientras te estés formando y seas un aprendiz.

5. *Equivocate en clase*: de los tropiezos se aprende y para eso –justamente– está la universidad.
6. *Lucite urbi et orbi*: exprimí toda la oferta académica (ayudantías, charlas, investigación, e tensión... fiestas universitarias).
7. *Aceptá el reto*: tené iniciativa, disfrazate, teatralizá, hacé locuras y no temas al ridículo.
8. *Esforzate hoy para el largo plazo*: cada paso cuenta, por acumulación (lenta) se llega a la meta.
9. *Agrandate*: que no te hagan creer que no podés; avanzá sin soberbia, pero con firme autoestima.
10. ¿Una *fórmula mágica*?: lamentablemente no la hay, salvo las “horas de culo en silla...” ¡y la pasión!

Por último, en lo que respecta a la clase “de las fichas” (Carbajales, 2010a: 183), esta actividad consiste, en una primera fase, en que cada alumno se presente brevemente, repita alguna característica de los cuatro compañeros que le precedieron en la ronda, muestre cuál es el elemento “representativo” que ha llevado para compartir con el resto (ej.: una camiseta de su equipo, un collar de su abuelita, un dibujo de su hija, un recuerdo de Malvinas) y realice una somera explicación de la significancia de dicho objeto en su propia biografía. De más está decir que esta acción incluye también a todo el cuerpo docente. Luego, en una segunda fase, el profesor convoca, en base al relevamiento de los datos personales aportados por los propios alumnos, a que –alternativamente– algunos de ellos exterioricen ciertos aspectos particulares de sus historias de vida. Así, la trascendencia y la existencia se cuelan por los rincones menos pensados. En cuanto a la disposición del aula –u otro ámbito conexo–, la misma no es frontal sino circular, en pos de que todos estén dispuestos en ronda, se vean las caras y puedan advertir gestos y miradas, amén del tono de voz y el contenido de cada relato individual. Asimismo, el docente lleva alimentos y bebidas que dispone en el centro del círculo, lo que facilita la creación de un clima “picnic” que contribuye a la desinhibición grupal. En lo que respecta a su ubicación en el cronograma de la materia, es recomendable hacer esta ejercitación al promediar la cursada (sea esta cuatrimestral o anual), lo que permitirá que a ese momento ya existan mínimos estándares de conocimiento y respeto mutuo al interior del universo del alumnado y –principalmente– entre estos y el cuerpo docente.

De aquí surgen las dos claves de la actividad: 1) es vital que los estudiantes “le crean” al profesor cuando este se dispone a decir “su” verdad y 2) es fundamental la destreza previa del docente para saber “leer” las fichas y relevar los datos “jugosos”, así como para saber “escuchar” las respuestas que luego van dando, puesto que estas informaciones serán los disparadores de la participación grupal en el intercambio de experiencias, opiniones y modos de ver la carrera... y, por qué no, la vida misma. Lo que nos lleva a la pregunta central de por qué se estimula la realización de esta actividad. Sencillamente, porque los resultados son asombrosos: al cabo de dos horas de perforar la fachada y dejar entrever la crudeza de miedos y pasiones, se logra afianzar lazos entre todas las partes, acrecentar el conocimiento mutuo, profundizar la integración grupal, consolidar la confianza recíproca y mejorar la autoestima personal y colectiva. En suma, se trata de una metodología disruptiva que marca un rotundo “antes-y-después” en el devenir de la cursada y en el porvenir de los alumnos (dicho por ellos mismos varios años después).

5. Colofón

Se ha dicho que “reflexionar en torno a las prácticas tratando de encontrar puentes con la teoría permite entenderlas en el marco de las teorías pedagógicas y didácticas, y modificarlas o transformarlas” (Litwin, 2008: 77). Este ha sido el objetivo de la presente descripción de la programación de una clase en la que se ha vinculado el aporte de la pedagogía en la aplicación práctica de las herramientas de la didáctica a un contexto determinado. Desafíos vitales para un docente con vocación que aspira a que sus alumnos sean no solo abogados sino ¡excelentes profesionales! Y ello, tanto en una universidad céntrica y tradicional como en otra más bien joven y situada en las entrañas del Conurbano Bonaerense.

Es que, al fin de cuentas, la docencia como vocación es un acto de amor y la universidad pública, un volcán de futuros decisores. Advertirlo a tiempo, cuando el alumno está haciendo sus primeros pasos en la formación académica, es invaluable. Oportuno incentivo para quienes desean aplicar las fórmulas de la didáctica al siempre noble intento de transmitir conocimientos que estimulen, a su vez, la creación de nuevos saberes.

Bibliografía

A) Doctrina

- Anijovich, R. y Mora, S. (2009). Las buenas preguntas y Clases expositivas: transmitir información y construir conocimiento significativo. En *Estrategias de enseñanza. Otra mirada al quehacer en el aula*. Buenos Aires: Aique.
- Brown, S. y Glasner, A. (eds.) (2007). Estrategias institucionales en Evaluación. En *Evaluar en la Universidad. Problemas y nuevos enfoques*. Madrid: Narcea.
- Carbajales, J. (2010a). Técnicas de la docencia universitaria. *Revista Academia*, 8(15). Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/15/tecnicas-de-la-docencia-universitaria.pdf
- (2010b). El día que D’Alessio se emocionó. *Revista Lecciones y Ensayos*, 88. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-371-373.pdf>
- (2011). El rol docente en la formación de intelectuales públicos. Ser profesor hoy, ¿para qué? Recuperado de <http://www.saij.gob.ar//dacf110187-2011-11-18/123456789-0abc-defg7810-11fcanirtcod>
- Carbajales, J. y Cabaña, P. (2011). El Decá-Loco. Consejos prácticos para un estudiante (que se quiere recibir, pero no ser un profesional mediocre). *ElDial.com*, Suplemento de Práctica Profesional. Recuperado de <https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id>
- Cardinaux, N., Clérico, L. et al (2005). La formación docente universitaria y su relación con los “modelos” de formación de abogados. En AA.VV., *De cursos y de formaciones docentes. Historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA*. Buenos Aires Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA.
- Celman, S. (1998). ¿Es posible mejorar la evaluación y transformarla en conocimiento? En A. de Camilloni, S. Celman, E. Litwin y M. Palou de Maté, *La evaluación de los aprendizajes en el debate didáctico contemporáneo*. Buenos Aires: Paidós.

- Davini, M. (2008). Programación de la enseñanza. En *Métodos de enseñanza*. Buenos Aires: Santillana.
- de Camilloni, A. et al (2008). Justificación de la didáctica. En *El saber didáctico*. Buenos Aires: Paidós.
- Díaz Barriga, F. (2005). El aprendizaje basado en problemas y el método de casos. En *Enseñanza situada: vínculo entre la escuela y la vida*. México: McGraw Hill.
- Eco, U. (2007). ¿De qué sirve el profesor? *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/910427-de-que-sirve-el-profesor>
- Eggen, P. y Kauchak, D. (1999). Enseñar cuerpos organizados de conocimiento: el modelo de exposición y discusión. En *Estrategias docentes. Enseñanza de contenidos curriculares y desarrollo de habilidades de pensamiento*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Feldman, D. (2010). *Didáctica General. Aportes para el desarrollo curricular*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación. Recuperado de http://cedoc.infed.edu.ar/upload/Didactica_general.pdf
- Finkelstein, C. (2007). La comunicación en el aula y su vinculación con las estrategias de enseñanza: la clase expositiva y la interrogación didáctica. En *Cuadernos de Cátedra*. Buenos Aires: OPFYL.
- Guibourg, R. (2004). *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Buenos Aires: Colihue.
- (28/05/2009). Aprender derecho. *La Ley*, T. 2009-C.
- Hammond, J. (2006). *Aprender con el "Método del Caso"*. Cambridge: Harvard Business School.
- Jaim Etcheverry, G. (2005). Como la hiedra. *La Nación*, Revista. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/704949-como-la-hiedra>
- Kant, E. ([1784] 1994). Qué es la ilustración. En *Filosofía de la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Litwin, E. (2008). *El oficio de enseñar: condiciones y contextos*. Buenos Aires: Paidós.
- Lucarelli, E. (1996). *La programación curricular en el aula universitaria. Un desafío para el docente*. Buenos Aires: Biblos.
- (2014). Las tensiones en el campo de la Didáctica: Didáctica de Nivel Superior como Didáctica Específica. En A. Malet y E. Monetti, *Debates universitarios acerca de lo didáctico y la formación docente*. Buenos Aires: Noveduc.
- Maggio, M. (2012). *Enriquecer la enseñanza. Los ambientes con alta disposición tecnológica como oportunidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Mastache, A. (1998). Filosofía de las ciencias particulares y didácticas especiales. *Revista del Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación*, 7(13).
- Monterrey. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores (2004). El estudio de casos como técnica didáctica. En *Las estrategias y técnicas didácticas en el rediseño*. México: Dirección de Investigación y Desarrollo Educativo, Vicerrectoría Académica. Prieto Navarro, L. (coord.) (2008). Aprender entre iguales: cómo planificar una actividad de aprendizaje auténticamente cooperativa. En *La enseñanza universitaria centrada en el aprendizaje. Estrategias útiles para el profesorado*. Buenos Aires: Octaedro-ICE.

Thea, F. et al (2018). *Análisis jurisprudencial de la Corte Suprema: Parte general*. José C. Paz: Edunpaz.

UNPAZ (2016). *Plan de Desarrollo Institucional (PDI)* para los años 2016-2020. Recuperado de http://unpaz.edu.ar/sites/default/files/2016-10-18%20PLAN%20ESTRATE%20GICO_ultimo.pdf

B) Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación (01/06/2012). Sentencia *in re* “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”. *Fallos* 335: 799.

---- (25/08/2009). Sentencia *in re* “Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9080”. *Fallos* 332: 1963.

C) Material audiovisual

Carbajales, J. (2008a). Clase “de las fichas” – Ingreso. Buenos Aires. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=xkpkHVTTYFQ>

Carbajales, J. (2008b). Clase “de las fichas” – Docente. Buenos Aires. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=6epq_-nJYSY

Carbajales, J. (2008c). Clase “de las fichas” – Alumnos. Buenos Aires. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=GOKi-usvJck>

Carbajales, J. (2011). Concurso (atípico) de carrera docente. Buenos Aires. Recuperado de: <https://youtu.be/SRJKRfC1MH8>

Carbajales, J. (2007). Cómo “salirse del libreto”. Buenos Aires.



“Es el Estado quien debe regular la relación entre dueños e inquilinos, no las inmobiliarias”



Entrevista a Gervasio Muñoz, Presidente de Federación Nacional de Inquilinos, realizada por Martín Cormick

Abordar el Derecho no es solo tarea de abogados. Por supuesto que lo que buscamos en la Universidad es que nuestros alumnos, al egresar, cuenten con la mayor cantidad de herramientas para ejercer de mejor modo la profesión. Pero los actores que reclaman derechos, y que por ello requieren involucrarse, conocerlo, y argumentar mejor para defender lo suyo, no siempre son abogados. Gervasio Muñoz podría, con el conocimiento que posee sobre el derecho a la vivienda, su forma de garantizarlo, y también de regularlo para que no haya abuso de los actores dominantes, mofarse de la enorme mayoría de abogados que alguna vez ha transitado el tema. No es su estilo, claro, pero bien podría hacerlo.

Muñoz entra al tema de las necesidades de todos los que procuran satisfacer su mermado derecho a la vivienda por la puerta de los edificios tomados, junto a su militancia en ATE. Así fue metiéndose en el tema de la defensa de inquilinos y fue armando la Federación Nacional de inquilinos que hoy preside.

Inquilinos, propietarios abusivos, derecho a la vivienda relegado: temas no menores, de candente actualidad en las ciudades. Así, Muñoz nos cuenta que “en la Ciudad de Buenos Aires los inquilinos oscilan el 35%, y si agregamos quienes alquilan habitaciones o pensiones, rondamos el 50%. Esto se replica en varias de las ciudades grandes del interior”. Por lo tanto, siendo un tema que afecta a tanta gente, con una relación tan dispar entre ambas partes –dueño e inquilino–, Muñoz concluye que, “sin dudas, el Estado debe establecer políticas al respecto”, ya que “el acceso a la vivienda no sólo es ser propietario sino poder alquilar razonablemente”. Agrega que “hoy por hoy quien intermedia entre ambas partes es la inmobilia-

ria y esa intermediación la debería hacer el Estado teniendo en cuenta las necesidades de cada uno, esto es, el interés de lucro de uno, contra la búsqueda de un lugar para vivir de otro”.

En este contexto, la Federación impulsa diversos proyectos, entre los que podemos mencionar el de “dejar de pagar a las inmobiliarias el trabajo que hacen para los propietarios, cuestión lograda por ahora sólo en la Ciudad de Buenos Aires”. Yendo más allá, en materia de vivienda, entiende que debe “regularse el precio de los alquileres, construcción de viviendas en alquiler para competir con el mercado”. Así, nos cuenta que “en Europa es muy común regular los alquileres, congelar los precios, ya que de aumentar los alquileres por inflación, la inflación se dispara aún más, por lo que la medida resulta positiva en varios aspectos a la vez”.

Asimismo, agrega que “Francia, a su vez, tiene una política avanzada en materia de construcción de viviendas estatales para poner en alquiler, de hecho casi un 20% de las viviendas en París están bajo esta modalidad. Lo que genera cierta presión sobre el mercado privado”. Además, “el intermediario entre dueño e inquilino es el Estado y no el sector privado”.

Para entender qué nos pasa en materia de la pugna existente entre derecho a la propiedad y a la vivienda, Muñoz nos propone hacer un poco de historia. “No es casual –sostiene– que tan sólo seis años después que la Constitución de 1949 establezca la función social de la vivienda haya habido un golpe de Estado que haya derogado de facto esa Constitución, reestableciendo y reforzando desde 1955 la notable preeminencia del Derecho a la propiedad”. Recuerda que “el peronismo planteaba un país de propietarios, congelando precios de alquileres, construyendo viviendas, dando créditos hipotecarios accesibles, entonces el peronismo interviene en la rentabilidad del mercado y como deja de ser atractivo salen a venderse masivamente las propiedades, generando una *cultura del propietario* en Argentina”. Esto sigue así hasta la última dictadura, “donde se desregulan los precios de los alquileres, retomando el atractivo de los propietarios interesados en alquilar”. Por otro lado, “es en la dictadura que se dolariza el precio de la vivienda, volviéndose más atractivo invertir, transformando la vivienda no en un derecho sino en un negocio y trastocando al mismo tiempo el sentido común de la gente”. De hecho, nos comenta Muñoz que la batalla principal hoy es sobre “ese sentido común, que marque que el derecho a la vivienda es un derecho colectivo y que no puede quedar atado a ser un mero negocio de los propietarios. Por supuesto que esta batalla cultural se libra mientras se buscan medidas más concretas como las comentadas”.

¿Y cómo empezar a dar vuelta este sentido común? Uno de los grandes temas es la educación que reciben los actuales profesionales –abogados, economistas, arquitectos–. Muchos de ellos, egresados de una Universidad Pública como la UBA, priorizan en su escala “al derecho a la propiedad, los derechos individuales y de hecho, nos cuesta encontrar abogados que entiendan la problemática desde nuestra perspectiva”. Por eso, Muñoz concluye que parte de la solución es “formar profesionales con otra mirada, en esto la experiencia de las universidades nuevas hay que cuidarla”. Sin dejar de olvidarse de la clase política, la cual “ha vivido haciendo negocios inmobiliarios, sin pensar en hacer políticas de vivienda para mejorar la defensa de estos derechos”. Mientras se da este reportaje, curiosamente –o no–, nuevamente en la Ciudad está primando un negocio inmobiliario con la venta

“Es el Estado quien debe regular la relación entre dueños e inquilinos, no las inmobiliarias”

de hospitales para unificar cinco de ellos en un solo predio. Otra oportunidad perdida para empezar a defender el derecho a la vivienda. Lo que Muñoz resume tragicómicamente así: “el Estado de la Ciudad es la gran inmobiliaria porteña”.

En resumen, queda mucho por hacer, desde pequeñas batallas para igualar la mesa de negociación, hasta revertir el sentido común en donde hoy, paradójicamente –o no– el derecho a la propiedad triunfa por sobre el acceso a la vivienda.