

Facultad de Ciencias Jurídicas

**INFORMES FINALES
DE INVESTIGACIÓN**

Abogacía 2018 / 2019



EdiUC

Ediciones Universidad de Congreso

Universidad de Congreso
Informes finales de investigación : abogacía 2018-2019 / coordinación general
de Aldo Rodríguez Salas ; Noelia Torchia. - 1a ed. - Mendoza : Ediciones
Universidad de Congreso - EdiUC, 2020.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: online
ISBN 978-987-46441-8-3

I. Proyectos de Investigación. I. Rodríguez Salas, Aldo, coord. II. Torchia,
Noelia, coord. III. Título.
CDD 340.02

Director editorial: Dr. Gustavo Made
Coordinación editorial: Ed. Lucía Gabrielli

Primera edición: 2020

©Ediciones Universidad de Congreso. 2020
Colón 90. Ciudad de Mendoza. CP 5500
Tel. 0054 261 4230630
ediuc@ucongreso.edu.ar
www.ucongreso.edu.ar

ISBN 978-987-46441-8-3

Hecho el depósito que prevé la Ley 11.723

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser
reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio, ya sea digital, eléctrico,
químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia sin permiso del editor.



AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE CONGRESO

Rector

Mg. Ing. Rubén Darío Bresso

Vicerrector Académico

Mg. Cdor. Emilio Berruti

Vicerrectora de Administración y Finanzas

Cdra. Irene Casati

Vicerrectora de Planeamiento

Arq. Karen Noval

Secretaria General

Lic. Norma García

Facultad de Estudios Internacionales

Decano Mg. Lic. Ernesto Lucio Sbriglio

Facultad de Ambiente, Arquitectura y Urbanismo

Director Arquitectura: Arq. Mario Draque

Facultad de Ciencias Jurídicas

Decano Dr. Alberto Rez Masud

Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración

Decano Cdor. Emilio Berruti

Facultad de Humanidades

Decano Dr. Gustavo Made

Facultad de Ciencias de la Salud

Director Psicología Dr. Marcos Jofré

PRESENTACIÓN

La presente obra tiene por objeto dar a conocer a toda la comunidad educativa de la Universidad de Congreso, y a la sociedad en general, los primeros resultados a los que han arribado los proyectos de investigación realizados en la Facultad de Ciencias Jurídicas por docentes de dicha Universidad, durante el período que ocurrió entre octubre de 2018 y diciembre de 2019.

Estos fueron presentados en una jornada de investigación que se realizó en el mes de diciembre de 2019 en el auditorio de la Universidad de Congreso, oportunidad en la cual fueron evaluados por un tribunal ad hoc, que sugirió la publicación que se presenta en esta oportunidad.

Decimos que son los primeros resultados porque la mayoría de los equipos de investigación van a continuar con el desarrollo de sus proyectos en el período comprendido entre abril de 2020 y abril de 2021. Por Resolución nro. 50/20 del Rectorado se autorizó su continuación financiada, y se sumaron nuevas propuestas a la iniciativa, cuyos resultados serán publicados cuando finalicen.

Los proyectos de investigación cuyos informes finales se publican en ésta oportunidad son:

- Las estrategias jurídicas como recursos de poder para la construcción de liderazgo presidencial. Argentina 1983-1999 (Extensión áulica San Rafael).
- Inconvencionalidad del procedimiento de expulsión de migrantes en Argentina. Análisis del flagrante incumplimiento de recomendaciones internacionales de las estrategias política impulsadas por el Estado nacional.
- Impacto de las reformas procesales en las garantías del imputado. Situación en Mendoza durante 2016/2018 (Sede San Martín).
- Violencia social y seguridad ciudadana. El homicidio en Mendoza: una aproximación inicial desde la criminología sociológica y la antropología jurídica.
- Implementación de la Ley 8999. Plan de Ordenamiento Territorial.
- Derecho del Consumidor. Relaciones de consumo turísticas. Competencias, control y protección del consumidor turista. Digesto Mendoza.
- Enseñanza actual del Análisis Económico del Derecho.

Queremos destacar que en los proyectos de investigación cuyos resultados podrán conocer en las próximas páginas han participado 21 docentes y 15 alumnos que se sumaron a la invitación de sus docentes, contribuyendo a su formación en la labor científica.

Agradecemos a la EdiUC, a los docentes y alumnos por su compromiso para que esta publicación pueda concretarse.

De ésta manera, la Facultad de Ciencias Jurídicas coloca la piedra inicial en la investigación jurídica, procurando mejorar la calidad educativa y transferir a la comunidad sus resultados.

Dra. Noelia Torchia (coord. Investigación Facultad de Ciencias Jurídicas UC)

Dr. Aldo Rodríguez Salas (secretario Investigación y Posgrado UC)

ÍNDICE

LAS ESTRATEGIAS JURÍDICAS COMO RECURSOS DE PODER PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LIDERAZGO PRESIDENCIAL

Argentina 1983-1999

7

INCONVENCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN DE MIGRANTES EN ARGENTINA

Análisis del flagrante incumplimiento de recomendaciones internacionales de las estrategias política impulsadas por el Estado nacional

34

IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES EN LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO

Situación en Mendoza durante 2016/2018

59

VIOLENCIA SOCIAL Y SEGURIDAD CIUDADANA

El homicidio en Mendoza: una aproximación inicial desde la criminología sociológica y la antropología jurídica

108

IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 8999

Plan de Ordenamiento Territorial

141

DERECHO DEL CONSUMIDOR

Relaciones de consumo turísticas. Competencias, control y protección del consumidor turista. Digesto Mendoza

223

ENSEÑANZA ACTUAL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

277

**LAS ESTRATEGIAS JURÍDICAS COMO RECURSOS DE PODER PARA LA
CONSTRUCCIÓN DE LIDERAZGO PRESIDENCIAL**

Argentina 1983-1999

Palabras clave: liderazgo presidencial (LP), recursos de poder (RP), construcción de poder político, estrategias jurídicas, transición / postransición democrática.

Investigadores

Director: Andrés Alberto Masi

Docentes investigadores: Leandro Luis García, Ernesto Dionisio Ochoa

Alumnos: Noelia Agustina Rodríguez, Juan Jesús Bittar

Índice

Introducción	3
Fundamentos teóricos para el estudio del Liderazgo Presidencial	4
Estrategias jurídicas y recursos de poder en la presidencia de Alfonsín (1983-1989)	6
1. Alfonsín y los recursos jurídicos de poder frente al actor militar	6
1.1. El juicio contra las Fuerzas Armadas como estrategia jurídica	6
1.2. Ley de Punto Final (LPF) y Ley de Obediencia Debida (LOD): dos RP sin éxito político	8
2. Los recursos jurídicos frente al actor sindical	11
3. Alfonsín y las estrategias jurídicas en materia educativa	12
3.1. La autonomía universitaria como estrategia jurídica	12
3.2. El Segundo Congreso Pedagógico Nacional (CPN): un RP jurídico clave	13
4. El traslado de la Capital como estrategia	14
5. Las estrategias jurídicas en materia de Derecho Civil	15
Poder y estrategias jurídicas en la presidencia de Carlos Menem	17
1. Los indultos presidenciales: un recurso jurídico polémico	17
2. Las leyes de Emergencia Económica, Reforma del Estado y Convertibilidad	18
3. La Reforma Constitucional de 1994: un RP jurídico clave	20
Conclusiones	23
Bibliografía	26

Introducción

Esta investigación aborda la modalidad en que las estrategias jurídicas configuraron un Recurso de Poder (RP) para la construcción de Liderazgo Político (LP) en el contexto de la transición/postransición democrática argentina (1983-1999). Las particularidades de los liderazgos de Raúl Alfonsín y Carlos Menem han sido insuficientemente trabajadas, a pesar de sus impactos en la transición y las fases siguientes del desarrollo democrático. Los esfuerzos investigativos se han concentrado en torno a las problemáticas políticas y económico-sociales atravesadas por dichos presidentes y sus relaciones con los actores partidarios y corporativos, pero no han aportado marcos explicativos que exploren los recursos para la construcción y consolidación de sus liderazgos. Este trabajo de investigación aborda las estrategias jurídicas promovidas por ambos presidentes en el ejercicio del poder, perspectiva que permite un abordaje innovador de sus presidencias: el marco político-institucional y sus condiciones y habilidades políticas. En definitiva, la investigación pretende demostrar que las estrategias jurídicas constituyeron un RP clave en el ejercicio de sus presidencias, deviniendo un mecanismo relevante en el fortalecimiento/deterioro de la capacidad político-institucional.

La investigación apunta a demostrar que, transferido el poder a la civilidad en 1983, la construcción del LP de Alfonsín se encontró asociada a un recurso central: apoyo popular/ciudadano y escasos recursos institucionales. En cambio, Menem construyó su LP sobre sus recursos institucionales fuertes que, sumados al apoyo ciudadano y a la articulación de acuerdos con los intereses organizados, devinieron clave para la consolidación de su liderazgo. En ese contexto, las estrategias jurídicas promovidas por ambos presidentes configuraron un RP clave aplicado en orden a obtener legitimidad, conformando un instrumento central en el fortalecimiento/debilitamiento de la capacidad político-institucional.

La investigación aplicará una lógica de carácter cualitativa, donde los procedimientos de investigación permitirán indagar la producción e intercambio de sentidos y significados sobre las estrategias jurídicas como RP. La metodología elegida permite un abordaje innovador de los LP de Alfonsín y Menem desde múltiples perspectivas: sus marcos políticos-institucionales, sus condiciones para conducirse en esos ámbitos y los recursos para la construcción de sus liderazgos, enfatizando en las estrategias jurídicas.

Fundamentos teóricos para el estudio del Liderazgo Presidencial

La problemática del liderazgo constituye un eje de estudio importante para el Derecho, situación reflejada, entre otras evidencias, en la abundante producción bibliográfica elaborada sobre la materia. En ese contexto, el liderazgo no solo remite a la relación que se establece entre el líder y los otros (los ciudadanos que interactúan regularmente con el líder), sino también a una relación que se desarrolla dentro de un determinado contexto institucional y en una situación histórica (Greenstein, 1997: 07-15; Lindholm, 1997: 05-08; Cavalli, 1999: 10-20; Fabbrini: 1999: 10).

La presente investigación aborda las singularidades de los LP de Alfonsín y Menem sobre el marco teórico diseñado por Ollier (2008: 75-78), quien define al LP como «la actividad que entraña la forma de gobernar del presidente, la cual implica los vínculos que el jefe de Estado entabla con los partidos, con los otros poderes del Estado y con la sociedad entendida de modo amplio»¹. La perspectiva focaliza en los recursos objetivos y subjetivos que un presidente posee (o no) o es capaz de generar (o no). Los recursos objetivos se despliegan en el marco político-institucional en el cual se encuentra: el partido o coalición de gobierno, las diversas instituciones y dimensiones donde se expresa y los actores e instituciones sobre los que posee algún control. Los recursos subjetivos se definen a partir del uso que el presidente hace de los recursos objetivos y de su capacidad para generar nuevos. Los recursos de un presidente, en tanto se desenvuelven en un contexto socio-económico caracterizado por ciertos problemas que debe resolver, se encuentran impactados positiva o negativamente por él. Ese contexto se denomina «factor externo a la dinámica política»². Esta investigación ajustará esta perspectiva teórica, proponiendo el concepto de Recursos de Poder (RP). La lógica de esta decisión se justifica a causa de que la clasificación de los recursos (objetivos o subjetivos) impide una apropiada interpretación, producto de que muchos de los recursos que un presidente obtiene sobre sus propias habilidades (recursos subjetivos) pueden devenir en objetivos (Fraschini, 2013).

1. Ollier (2008:76).

2. Ollier (2008: 77).

En esa dirección, los RP serán clasificados en institucionales, sociales, financieros, de estrategia política y de apoyo popular/ciudadano. Los RP institucionales serán definidos a partir del control que el presidente ejerza sobre: a) el Parlamento y los gobernadores, b) el Poder Judicial, c) actores centrales como las Fuerzas Armadas y d) la conducción política de un partido/alianza. Los RP sociales se encuentran asociados al control sobre actores sociales (empresarios, sindicatos, movimientos sociales, estudiantiles o de grupos paramilitares). Los RP financieros aluden al control presidencial sobre recursos económicos provenientes de diferentes organizaciones, sean estos generados por el líder o preexistentes a su emergencia política. En cuanto a los RP de estrategia política, serán definidos teniendo en cuenta: a) la habilidad presidencial para construir nuevos escenarios institucionales; b) la capacidad de diseñar mecanismos para resolver problemas de gobierno; c) la creación de RP para fortalecer su propio liderazgo o su posición institucional; d) la generación de maniobras políticas para mantenerse en el gobierno; e) la generación de canales de comunicación que los presidentes exhiban como espacios de relación directa con la ciudadanía o que posean algún control sobre ellos que evite la crítica a la acción gubernamental y f) la personalidad política del líder, medida en estudios de opinión. Por último, el apoyo popular/ciudadano constituye otro RP, el cual se observará a partir de tres ejes: a) el respaldo en los diferentes actos electorales, b) la movilización política de sus bases de apoyo y c) la popularidad presidencial.

En la lógica de pensamiento propuesta, las estrategias jurídicas se convierten en un RP central al posicionarse de manera transversal al resto de los RP. En definitiva, dicha transversalidad deviene un instrumento fundamental al constituir mecanismos globalizantes horizontales que recorren e interrelacionan la multiplicidad de RP, resultando clave en el fortalecimiento/debilitamiento político-institucional del LP.

Estrategias jurídicas y recursos de poder en la presidencia de Alfonsín (1983-1989)

1. Alfonsín y los recursos jurídicos de poder frente al actor militar

A criterio de Alfonsín, la subordinación de las instituciones militares al poder civil resultaba un requisito central para la reconstrucción de un régimen democrático. Entendía que, en la medida en que su LP no subordinara la institución castrense al poder civil, la autonomía militar constituiría un factor adverso para el nuevo orden. En ese sentido, Alfonsín focalizó sus estrategias en determinar la responsabilidad de los hombres de armas durante la represión ilegal y en el impulso a un nuevo modelo de inserción de las Fuerzas Armadas como institución dependiente de la estructura política. En los inicios de su gestión intentó redefinir las relaciones cívico-militares, conduciendo las relaciones entre poder civil e institución militar hacia conductas acordes con el régimen constitucional, convencido de que «las fuerzas armadas no debían refugiarse en un apoliticismo corporativo, sino que su rol debía ser el de compromiso con la Nación y fundamentalmente con el marco democrático»³. Se planteó como objetivo reinsertar las Fuerzas Armadas en la sociedad y subordinarlas a los roles que les asignaba la Constitución, tarea dificultosa teniendo en cuenta el fracaso del Proceso de Reorganización Nacional (PRN) en el período 1976-1983, la aplicación de fórmulas represivas y la violación de los derechos humanos, la derrota del Atlántico Sur y la disposición de la ciudadanía para tomar en cuenta las lecciones pasadas.

1.1. El juicio contra las Fuerzas Armadas como estrategia jurídica

En sus primeros años, el LP de Alfonsín exteriorizó una gran fortaleza: la toma de decisiones en materia de derechos humanos. En ese sentido, impulsó el juzgamiento de los responsables de la violencia de la década de 1970, promoviendo tres principios que orientaron su liderazgo (Nino, 1997: 111): que el terrorismo estatal y la guerrilla serían castigados judicialmente, que habría límites para los responsables en la medida que resultaba imposible perseguir a la totalidad de quienes cometieron delitos y que los juicios serían limitados a un período finito de tiempo.

3. Clarín (17/03/84 y 24/06/84).

En consecuencia, el juzgamiento a los hombres de armas devino un motivo de confrontación entre el presidente y el actor militar, que marcó la dinámica presidente/oposición corporativa. El juicio a los excomandantes y el fallo contra la jerarquía del PRN se tradujo en un suceso único en América Latina.

En diciembre de 1985 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (CNACCF) dictó las sentencias a las tres primeras Juntas. Condenó por unanimidad al general (RE) Jorge Rafael Videla y al almirante (RE) Emilio Eduardo Massera a prisión perpetua; al brigadier (RE) Orlando Ramón Agosti a cuatro años y seis meses de prisión; al general (RE) Roberto Eduardo Viola a diecisiete años de prisión y al almirante (RE) Armando Lambruschini a ocho años de prisión. El general (RE) Leopoldo Fortunato Galtieri, el brigadier (RE) Omar Rubens Graffigna, el almirante (RE) Jorge Isaac Anaya y el brigadier (RE) Basilio Lami Dozo fueron absueltos de culpa y cargo.

La Fiscalía de la CNACCF optó por el trámite abreviado, atento a que utilizó 709 casos, por lo cual miles de causas de desaparecidos quedaron fuera de la instancia judicial. Los jueces de la Cámara condenaron a los imputados como partícipes necesarios, es decir, como responsables de un hecho ajeno, y tomaron como punto de partida para el cómputo de la prescripción el último día en que los detenidos y desaparecidos habían sido vistos con vida en un centro clandestino de detención. Atento a que estos habían funcionado hasta 1979-1980, la mayor parte de los delitos perpetrados por los ejecutores quedaron prácticamente prescriptos (Ageitos, 2002: 181). El fallo, ratificado por la CSJN, señalaba la existencia de un plan criminal y la autonomía de cada fuerza en el combate contra la guerrilla, por lo que las penas fueron graduadas en función de ese criterio. La CNACCF no logró probar que con posterioridad a 1980 se habían cometido crímenes, exculpando de esta forma a la tercera Junta⁴.

En consecuencia, el liderazgo de Alfonsín ganó la prueba en su confrontación con la corporación militar. La fortaleza de la ciudadanía (su recurso clave), sumada a la transición por colapso, las fisuras internas y el «factor sorpresa» con que se desarrolló el enjuiciamiento, evidenció las dificultades de los hombres de armas para responder a la política presidencial

4. Fallo CNACCF, Sentencia Causa 13/85.

de derechos humanos⁵. En consecuencia, su confrontación con la corporación militar y sus movimientos a favor de los derechos humanos, exteriorizados en los juzgamientos, constituyeron recursos que permitieron a Alfonsín ampliar su popularidad.

Los juzgamientos resultaron beneficiosos para un presidente que había prometido sanciones a los instigadores de la guerra sucia y se configuraron en advertencias a futuros regímenes autoritarios que contemplaran la posibilidad de represalias contra la ciudadanía (Pion-Berlin, 1996: 80).

1.2. Ley de Punto Final (LPF) y Ley de Obediencia Debida (LOD): dos RP sin éxito político

Si bien los juicios a las Juntas habían significado un éxito, Alfonsín encontró dificultades para resolver la responsabilidad de los subordinados en la violación de los derechos humanos debido a que el punto 30 de la sentencia ordenaba que

... se ponga en conocimiento del CSFA, el contenido de esta sentencia y cuantas piezas de la causa sean pertinentes, a los efectos de los enjuiciamientos de los oficiales superiores, que ocuparon los comandos de zona y subzona de Defensa, durante la lucha contra la subversión y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa⁶,

lo que debilitó su propuesta de los tres niveles de responsabilidad. El presidente aguardaba que «los enjuiciamientos a oficiales superiores» fueran interpretados por la justicia bajo el principio de obediencia debida y que acotara las acciones judiciales contra los hombres de armas. El punto 30 suponía un revés para su táctica, en la medida en que la justicia federal seguía el recorrido inverso al pretendido, operando en sentido ascendente en la cadena de mando. Ello desató la presión de los organismos defensores de los derechos humanos sobre las distintas cámaras en donde se acumulaban causas contra los oficiales a los que Alfonsín intentaba preservar con los tres niveles. Este último instrumento, orientado hacia un castigo ejemplar de los principales responsables del PRN, quedaba superado por

5. Fontana (1987: 382).

6. Punto 30, Fallo CNACCF, Sentencia Causa 13/85. Fallos 309: 05.

las expectativas de los actores sociales de demandar justicia a los hombres de armas. La situación derivó en acciones legales masivas y diluyó las perspectivas presidenciales de acotar la persecución penal en el tiempo. La justicia sometió a la ley a los uniformados de menores rangos, situación que contribuyó a que la revisión del pasado asumiera «una dinámica propia, no controlable fácilmente por el poder político»⁷.

La decisión judicial conmovió al presidente, quien temía que la extensión en el tiempo y en la cantidad de casos a ser juzgados derivara en una nueva crisis. La inquietud castrense se profundizó; en junio de 1986 una serie de tribunales federales solicitó a las Fuerzas Armadas la entrega de 300 casos adicionales de oficiales para ser enjuiciados. En esa dirección, el presidente impulsó la sanción de la Ley 23492 de Caducidad de Acción Penal, que extinguía

... la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la ley 23049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley⁸,

bajo la convicción de que «la clandestinidad con que se impartieron las órdenes tornaba difícil la tarea de esclarecimiento que compete a la justicia»⁹. En lugar de limitar los juicios contra los responsables por violaciones a los derechos humanos, la ley concluyó acelerando los procesos y profundizando la fractura horizontal del Ejército, al promover una mayor tensión entre la generalidad y los cuadros intermedios. Estos últimos responsabilizaron a la superioridad de los errores cometidos durante la lucha contra la guerrilla y en el Atlántico Sur y acusaron a la jerarquía militar de enviarlos a la justicia por actos realizados en cumplimiento de sus órdenes.

La crisis de Semana Santa evidenció las dificultades presidenciales para ejercer control sobre un recurso que nunca ha sido favorable a su LP: la institución militar. Empero, las fuerzas armadas no se encontraban en condiciones de promover una nueva interrupción institucional. La situación

7. Fontana (1990:16).

8. Artículo 1 de la Ley 23492 sancionada el 23/12/86, BO del 29/12/86, 26058, año XCIII.

9. La Prensa, 06/12/87.

revelaba el éxito de la estrategia de Alfonsín hacia ellas: el juicio a las Juntas Militares, que posicionó a la institución en un lugar del cual nunca más podría retornar en la opinión ciudadana. La estrategia presidencial permitió tempranamente concluir con la amenaza militar en Argentina, ejercer control civil sobre las Fuerzas Armadas y forzar a los hombres de armas a aceptar el nuevo orden constitucional.

Si bien Alfonsín afirmó que «no he de hacer concesiones ante iniciativa o presión alguna que apunte a limitar, condicionar o negociar el igualitario sometimiento de todos los ciudadanos, con o sin uniforme, ante los dictados de la ley», promovió la sanción de la Ley 23521 de Obediencia Debida —estrategia jurídica—, la cual establecía¹⁰

... que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, Punto 1, de la ley 23049 por haber obrado en virtud de obediencia debida»¹¹.

La obediencia debida supuso un motivo de no aplicación de pena para un subordinado que había cumplido órdenes de un superior jerárquico y que, por ese hecho, había cometido delito. La LOD definió los rangos militares con poder de decisión y excluyó la excepción de actos atroces y aberrantes para todos los otros rangos militares, marcando una distinción respecto al «punto final». En este último no existían distinciones definidas entre los diferentes delitos para que operara la extinción de la acción, no discriminaba su aplicación dentro de todo el universo de delitos comprendidos en el artículo 10 de la Ley 23049 y, al concentrarse en un plazo definido tras el cual se extinguía la acción penal, supuso una ruptura con los tres niveles de responsabilidad, en la medida que involucraba a la totalidad de militares vinculados a la represión ilegal, sin distinción de rangos.

La LPF y la LOD posicionaron a Alfonsín ante una encrucijada: si bien había sido un promotor de las instituciones republicanas, las normas impulsadas suponían una limitación de los márgenes de acción de la justicia sobre los

10. Clarín, 18/04/87.

11. Artículo 1 de la Ley 23521, sancionada el 05/06/87, BO del 09/06/87, 26155, año XCIV.

responsables de la represión ilegal. En igual dirección, las leyes no lograron cerrar las diferencias entre militares y civiles, ante lo cual el mandatario recibía críticas tanto por las fuerzas políticas de izquierda, quienes lo acusaban de claudicación frente al actor militar, como por los sectores de derecha, que acusaban a las autoridades de ser funcionales a la izquierda con su política de derechos humanos. La crisis demostró no solo las dificultades para imponer su autoridad como comandante en jefe, sino también que los tres niveles de responsabilidad pensados en 1983 resultaron recursos insuficientes para concluir con la cuestión militar.

En consecuencia, los movimientos presidenciales a favor del régimen democrático, la defensa de las instituciones republicanas y sus esfuerzos por ejercer control civil sobre los hombres de armas permitieron a Alfonsín conservar el aval de la ciudadanía frente al actor militar. No obstante, la táctica confrontativa de los hombres de armas y las dificultades presidenciales para recomponer la cadena de mandos e imponer autoridad sobre la institución forzaron al presidente a operar pragmáticamente frente a las presiones del actor militar, promoviendo la LPF y la LOD, que devinieron dos recursos jurídicos que debilitaron su gestión presidencial.

2. Los recursos jurídicos frente al actor sindical

La propuesta presidencial de reordenamiento sindical supuso un nuevo espacio de tensión que marcó la dinámica presidente/oposición sindical. La lógica confrontativa presidencial quedó expresada en el proyecto impulsado desde el Ministerio de Trabajo, denominado Ley de Reordenamiento Sindical (LRS), orientado a normalizar las organizaciones sindicales. Convocaba a elecciones inmediatas y sin proscripciones en los gremios, mediante la instauración del voto secreto, directo y obligatorio, bajo la fiscalización del Ministerio, y aspiraba a intervenir en los sindicatos debido a que solo 350 de las 1200 organizaciones funcionaban con dirigentes elegidos democráticamente y procuraba desplazar a los sectores opositores representados en las cúpulas sindicales.

En este contexto, Alfonsín intentó reformular la estructura de representación gremial, promoviendo una transformación en el movimiento obrero y buscando ampliar el poder oficial en el sector trabajador. Bajo el propósito de normalizar los sindicatos, subyacía el propósito de avanzar sobre un recurso objetivo sobre el cual el radicalismo nunca ha ejercido control, a los efectos de disminuir el poder del peronismo dentro de las organizaciones gremiales y forzarlas a un estilo menos confrontativo hacia su liderazgo.

La estrategia generó efectos no deseados para el jefe de Estado. En defensa de sus intereses corporativos, la resistencia del sindicalismo se tradujo en la reunificación de la Confederación General del Trabajo (CGT), escindida por entonces en CGT Brasil y CGT Azopardo. En paralelo a la estrategia de cohesión interna, el actor sindical apeló al recurso objetivo fuerte del Partido Justicialista (PJ): su mayoría en el Senado. En marzo de 1984 la LRS fue rechazada en la Cámara Alta y significó el final del titular de Trabajo, quien presentó su renuncia a la cartera a fines de abril y fue reemplazado por Juan Manuel Casella.

En lugar de apelar a una táctica de consenso con otras expresiones políticas o convocar a un plebiscito para obtener el aval de la ciudadanía, que permitiera un abordaje exitoso de la cuestión, Alfonsín resultó víctima de un estilo confrontativo que concluyó galvanizando al actor sindical en contra de su LP. Este último probó su debilidad frente a un actor sindical dispuesto a utilizar, en su propio beneficio, los recursos que ostentaba, en especial su mayoría en el Senado.

Este apartado demostró el fracaso de la estrategia confrontativa de Alfonsín con las estructuras sindicales y su intencionalidad: democratizar ese actor corporativo y avanzar sobre un recurso objetivo sobre el cual la Unión Cívica Radical (UCR) nunca había ejercido control. En igual dirección, demostró que el presidente pierde la pulseada política para abordar la cuestión sindical. Su LP se debilita al no poder cumplir con una promesa electoral de 1982-1983: la democratización de las organizaciones sindicales, entidades que nunca habían creído en la factibilidad de la reorganización democrática de sus estructuras.

3. Alfonsín y las estrategias jurídicas en materia educativa

3.1. La autonomía universitaria como estrategia jurídica

El desafío político del nuevo régimen democrático consistía, entre tantos, en recuperar la legalidad universitaria y encaminar su construcción institucional siguiendo los carriles de la tradición reformista. En uso de sus atribuciones constitucionales, Alfonsín apeló a una estrategia jurídica relevante en dicha materia: la firma del Decreto 154/1983, que intervino todas las universidades nacionales, designando un Rector Normalizador en cada una de ellas. La originalidad de dicha norma estuvo en el artículo 4, que restableció la legalidad de los estatutos universitarios aprobados por las Asambleas Universitarias vigentes durante el mandato de Arturo Illia. En

ese sentido, puede afirmarse que la base legítima de la autonomía y el cogobierno universitario existentes hasta 1966 eran no solo rescatados como referencias simbólicas, sino puestos en vigor como asidero jurídico para reiniciar una normalidad académica y política. De esa manera, un modelo organizativo del pasado (1956-1966), en parte *aggiornado* y en parte idealizado por el devenir de una larga serie de fracasos, pudo configurarse en una estrategia jurídica eficaz, en la medida que respondía a una tradición cultural y política auténtica.

En 1984, Alfonsín promovió un nuevo recurso de poder: el impulso de la Ley 23068, que otorgaba el plazo de un año y medio para normalizar las universidades nacionales. Aunque la magnitud de la tarea y los antecedentes disponibles indicaban que era un objetivo político-educativo ambicioso, fue desarrollado en el plazo estipulado. En esa dirección e inspirado en igual propósito, Alfonsín creó el Consejo Interuniversitario Nacional mediante el Decreto 2165/1985.

El costado social se completó con la gratuidad de los estudios de grado, una política para las universidades públicas que no alcanzaba, en cambio, a las universidades privadas. Desde su creación, el sector privado no recibió, en principio, subvención estatal y debió financiarse con el cobro de matrículas.

En definitiva, el nuevo gobierno constitucional supuso el comienzo de un período promisorio para las universidades públicas argentinas. Luego de sucesivas intervenciones que avasallaron su autonomía y persecuciones, el retorno a la senda democrática asumió un carácter regenerador inaugurando una etapa percibida como fundacional, deviniendo un recurso clave en la construcción de LP. Probablemente una de las conquistas más importantes haya sido el mantenimiento de un clima de tolerancia y respeto de la libertad de cátedra, elementos clave de cualquier convivencia democrática e indispensable para generar la atmósfera adecuada que requiere el trabajo académico.

3.2. El Segundo Congreso Pedagógico Nacional (CPN): un RP jurídico clave

Una de las preocupaciones centrales de la campaña electoral de Alfonsín había sido la sanción de una nueva Ley de Educación. En ese contexto y una vez en el poder, Alfonsín convocó en 1984 (Ley 24114) a un Congreso Pedagógico Nacional (CPN), cuya implementación tuvo como referencia el Proyecto Educativo Democrático que, junto al Plan de Alfabetización y la normalización universitaria, constituyeron acciones tendientes a producir una ruptura respecto a las concepciones y prácticas educativas

establecidas durante el PRN. El CPN se propuso como un espacio de participación colectiva que, asumiendo a la educación como problema y como solución, contribuyera a la elaboración de diagnósticos generales y específicos sobre los diferentes aspectos del quehacer pedagógico y propuestas de reformulación del sistema a través de un debate federal; otorgando plena autonomía a cada provincia para que formalizara su instrumentación (Arias Buccarelli y Diez, 2016).

El II CPN pretendió instalar un debate en torno a la crisis que atravesaba el proceso de enseñanza-aprendizaje, y procuraba encontrar soluciones democráticas a la crisis de la educación. No obstante, sirvió de sustento a nuevos paradigmas educativos, significando un recurso jurídico-político que imprimió fortaleza político-institucional al LP de Alfonsín.

4. El traslado de la Capital como estrategia

Desde la perspectiva de Alfonsín, la instrumentación del programa económico debía sentar las bases fundacionales para la reconstrucción económica junto a otros dos grandes proyectos: por un lado, la reforma constitucional, proyecto presentado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia (CCD), cuyo objeto «era la incorporación de las instituciones de los sistemas parlamentarios para atenuar los poderes del presidente, y otorgarle al sistema político una mayor flexibilidad». Empero, el proyecto no podía quebrar la resistencia de diferentes actores políticos, convencidos de que se trataba de un proyecto estructurado a medida de las ambiciones oficiales. Por otro lado, el traslado de la Capital Federal a Viedma-Carmen de Patagones, orientado a redefinir la estructura, organización y funcionamiento institucional del país. El proyecto contaba con el respaldo del Congreso Nacional y de las legislaturas de Buenos Aires y Río Negro, estados subnacionales de extracción radical donde debía asentarse la nueva capital. Alfonsín enfatizaba «en la necesidad de fortalecer el federalismo, redistribuir la población del país, cambiar esencialmente la gestión estatal y lograr una efectiva integración territorial». Según el presidente, Buenos Aires había «monopolizado prácticamente todo el crecimiento económico, político y financiero del país» y, en otro pasaje, aludía a la inversión del proyecto: «El costo de estos cometidos no constituye una simple erogación. Se trata de una inversión retributiva que rendirá frutos tangibles [...] y que se financiará por sí sola, a poco que consiga movilizar el entusiasmo de todos los argentinos». En ese contexto, logró la sanción de la Ley 23512.

En uso de sus atribuciones constitucionales, Alfonsín anunciaba un ambicioso proyecto que incluía el traslado de la capital federal a Viedma, con el

objeto de descentralizar el poder político y económico del país y, al mismo tiempo, fomentar el poblamiento de la Patagonia. El proyecto presidencial, bautizado «Proyecto Patagonia», trascendía el traslado de la capital a Viedma. Entre otras cosas proponía la provincialización del territorio nacional de Tierra del Fuego, un plan de radicación de empresas en la zona patagónica con ventajas impositivas, la conversión de la entonces Capital Federal en provincia con el anexamiento de parte del Conurbano bonaerense e incluía una reforma constitucional. Esa reforma habilitaría la reelección del presidente, vedada en la Constitución que estaba en vigencia, y propulsaría un sistema parlamentarista. Esta enumeración ponía de relieve que pocos años después el resto de los principales postulados del Plan Patagonia se cumplieron aunque no durante el gobierno de Alfonsín. Y los que dejaron de cumplirse, el traslado de la Capital y el desmembramiento de la provincia de Buenos Aires, eran las medidas revolucionarias, las que tenían legítima fuerza transformadora y que, aunque incumplidas en su momento, devinieron clave en el fortalecimiento del LP de Alfonsín.

5. Las estrategias jurídicas en materia de Derecho Civil

En orden a los nuevos tiempos constitucionales, Alfonsín construyó un par de estrategias jurídicas de relevancia en materia de Derecho Civil: a) en primera instancia, estableció la Patria Potestad compartida (1985) y b) en segundo lugar, promovió la Ley de Divorcio Vincular. Ambas estrategias jurídicas fueron clave en el fortalecimiento político-institucional de su LP.

En cuanto al primero, puede afirmarse que, en el transcurso de la transición democrática, las relaciones de familia estaban regidas por leyes anacrónicas. Si bien el matrimonio civil regía desde 1888, Argentina continuaba siendo uno de los pocos países en que la regulación jurídica de las relaciones familiares mantenía un substrato religioso y tradicional: el divorcio no habilitaba a los cónyuges para contraer un nuevo matrimonio, existían diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, los beneficios en materia previsional se encontraban condicionados a la existencia de vínculos legales y la Patria Potestad estaba asignada en exclusividad al padre.

En ese marco, Alfonsín promovió una estrategia disruptiva: instaurar la Patria Potestad compartida entre padre y madre, una antigua promesa de campaña; estableció la equiparación completa en los derechos de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales y reconoció beneficios previsionales a quienes, sin la existencia de un vínculo legal, tenían con el titular relaciones de convivencia.

Una segunda estrategia clave fue el impulso de la Ley de Divorcio Vincular. En 1983 Argentina era uno de los escasos países en el mundo que mantenía en su legislación la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Este dato constituía un ejemplo de la persistencia de las consideraciones religiosas en los marcos regulatorios de las conductas sociales a comienzos de la reapertura democrática.

Hasta la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield, en 1871, el matrimonio y el divorcio estuvieron regulados por la ley canónica. Si bien el divorcio era una temática marginal en las campañas electorales, desde la jerarquía católica se presumió que afloraría con la llegada del nuevo gobierno. En efecto, en 1984 ingresaron al Congreso los primeros proyectos referidos al divorcio vincular, que supuso el punto de inicio de un conflicto entre la jerarquía eclesiástica y el poder político.

En 1986 e impulsado por el presidente, se inició en la Cámara Baja el tratamiento del proyecto de Ley de Divorcio Vincular, que promovió el enfrentamiento más fuerte entre el jefe de Estado y la Iglesia, actor que procuraba «instalar sus banderas particulares como las de toda la Nación». Alfonsín logra que sea aprobada la Ley 23515 de Matrimonio Civil por 178 votos a favor y 37 en contra. La sanción de la norma evidencia que el líder radical legitima su acción apelando al dictamen de la mayoría aplicándolo, en esta instancia, contra un actor corporativo que pretende condicionar su LP¹².

La propuesta presidencial se ajustaba a los nuevos tiempos. Hasta entonces, la realidad social se había gobernado por sus propias normas, sin que la suspensión del divorcio vincular ni la prohibición de las posteriores nupcias hubiesen podido impedir que centenares o millones de matrimonios fracasados estableciesen nuevas nupcias y que de ellas hayan nacido innumerables descendientes, que engrosaban las estadísticas de extramatrimonialidad en Argentina. En ese contexto, la ausencia de una adecuada legislación, engendraba graves anomalías e inequidades, tales como el desamparo de los cónyuges de hecho, viudos o abandonados, la *capitis diminutio* de los hijos, complejas situaciones sucesorias y previsionales. También una vasta secuela de ficciones y simulaciones en materia patrimonial, tales como cesiones de bienes, falsas sociedades anónimas, cuentas bancarias clandestinas, y demás medios de corregir y compensar las injusticias derivadas de la inexistencia de una verdadera ley de divorcio vincular.

12. Ley 23515, sancionada el 03/06/87, BO del 12/06/87, 26157, año XCV.

En consecuencia, puede considerarse a esta norma como un RP jurídico, en cuanto vino a dar orden a innumerables problemas existentes en la sociedad de ese entonces, deviniendo un RP clave en el fortalecimiento del LP de Alfonsín, quien, con la promoción de la ley, exhibió una lectura interpretativa adecuada a las nuevas exigencias sociales en materia jurídica.

Poder y estrategias jurídicas en la presidencia de Carlos Menem

1. Los indultos presidenciales: un recurso jurídico polémico

Un primer eje a considerar para el análisis de su LP es la relación presidente-institución armada. En el orden castrense, Menem prosiguió el debilitamiento del actor militar iniciado por Raúl Alfonsín. Si bien en 1989 había indultado por decreto a los miembros de las Juntas Militares y a los oficiales y suboficiales procesados por las rebeliones de Semana Santa, Monte Caseros y Villa Martelli, redujo el presupuesto de las Fuerzas Armadas y ordenó el cierre de unidades militares. Empero, su LP debió afrontar en 1990 un nuevo levantamiento militar, encabezado por el coronel Mohamed Alí Seineldín. Su rápida determinación de repeler el levantamiento probó ser clave frente a un actor corporativo dispuesto a conservar sus espacios e influencias obtenidos en décadas de intervención política, y para profundizar el debilitamiento de la institución militar. En definitiva, ejerció control civil subjetivo sobre los hombres de armas en la medida que promovió la reducción de la estructura castrense, de forma tal que los RP de las Fuerzas Armadas no dispusieran de incidencia sobre ningún aspecto de la vida cívico-política nacional (Masi, 2014).

La firma de los indultos benefició a más de 200 militares sancionados por las rebeliones, procesados y condenados por violaciones a los derechos humanos, y a algunas decenas de exguerrilleros seguramente actuó, entre otras cosas, previniendo una eventual coalición de sectores civiles y militares nacionalistas en oposición a esas y otras medidas de reforma (Novaro, 2008). En consecuencia, Menem pretendió cerrar el pasado invitando al olvido con el mismo RP aplicado por los militares al dejar el poder con la

Ley de Autoamnistía¹³. El presidente trabajaba con la presunción de que esa determinación jurídica lograría la reconciliación definitiva de la ciudadanía. De igual forma, la estrategia jurídica promovida por Menem a los excomandantes, condenados bajo el gobierno de Alfonsín por violación a los derechos humanos durante el proceso militar, fue interpretada como el precio político para la marginación de los elementos carapintadas, antiguos aliados presidenciales, y el ascenso a la jerarquía militar de un personal más profesional y menos politizado (Castiglione, 1996).

La decisión jurídica de indultar a los hombres de armas devino clave en orden a deteriorar el LP de Menem en dos direcciones: a) provocó el éxodo de las fuerzas progresistas que habían respaldado al presidente en la construcción de su liderazgo y b) la rebelión castrense de 1990 generó gran incertidumbre en la sociedad acerca de la predisposición de la institución castrense para aceptar un papel subordinado al gobierno civil, y las dificultades presidenciales para ejercer autoridad como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

2. Las leyes de Emergencia Económica, Reforma del Estado y Convertibilidad

A diferencia del LP anterior, en el transcurso del LP de Menem se desarrolló un drástico proceso de reformas de mercado que transformó de raíz la estructura económica y social. Estas reformas estructurales, de orientación neoliberal, contrastaban con las tradicionales políticas económicas asociadas a su partido, el peronismo. El menemismo, en cambio, no dudó en privatizar casi la totalidad de las empresas estatales, flexibilizar el empleo, liberalizar el mercado interno, desplegar una apertura financiera al capital transnacional y desregular la economía (Fair, 2007). En consecuencia, las tácticas promovidas por el liderazgo de Menem supusieron toda una ruptura con las clásicas políticas referidas a la regulación del mercado promovidas por el peronismo tradicional, que significaron un negativo impacto sobre la estructura económica-social argentina. Dichas reformas económicas encontraron su inspiración en el denominado Consenso de Washington (CW). Desde la perspectiva presidencial, las crisis económicas previas encontraban un denominador común: la inviabilidad de las políticas de intervención estatal que habían dispuesto de trabas estructurales al crecimiento económico al «transgredir» el mandato y las leyes del mercado (Masi, 2011, 2014, 2019).

13. Ley 22924, sancionada el 22/09/83, Boletín Oficial del 27/09/83.

En esa lógica y apenas iniciado el mandato, Menem promovió la Ley de Emergencia Económica, cuyo objetivo era «poner en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padecía»¹⁴.

En ese sentido, impulsó la Ley de Reforma del Estado, que declaraba¹⁵

... en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económica financiera de la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades anónimas con participación Estatal Mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta, Servicios de Cuentas Especiales, Obras Sociales del Sector Público bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en que el Estado Nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias.

En consecuencia, las políticas de reforma debían focalizarse en la eliminación de las restricciones al funcionamiento de los mercados. Esto incluía el impulso de una tríada de sugerencias: la liberalización del comercio, la desregulación de la economía y la flexibilización del mercado de trabajo (Williamson, 1990). En esa dinámica y luego de un nuevo fracaso en materia económica, Menem generó un nuevo RP de estrategia política: cambiar a su gabinete económico. El acceso de Domingo Cavallo al Ministerio de Economía permitió a su liderazgo promover las reformas estructurales deseadas en un contexto de estabilidad e indicadores macroeconómicos favorables, sobre todo desde la aplicación del Plan de Convertibilidad que, entre otros elementos tales como la apertura económica, el equilibrio fiscal y el crecimiento del sector privado en la economía en perjuicio de los organismos estatales, estipulaba por ley la paridad del peso con el dólar y prohibía la emisión monetaria sin respaldo en divisas. Estas medidas redujeron los índices inflacionarios, logrando lo que nadie había logrado en la Argentina en décadas (Masi, 2019)¹⁶.

14. Ley 23697, sancionada el 01/09/89, Boletín Oficial del 07/09/89.

15. Ley 23696, sancionada el 17/08/89, Boletín Oficial del 23/08/89.

16. Ley 23928, sancionada el 27/03/91, Boletín Oficial del 28/03/91.

El Plan de Convertibilidad como RP significó para Menem un instrumento que le permitió superar favorablemente sus primeras pruebas electorales. Su popularidad resultó favorecida por la economía, especialmente por la disminución de la inflación, logrando neutralizar el efecto negativo de la dimensión económica y promoviendo el desarrollo de un nuevo modelo de crecimiento sustentado en los capitales externos. La economía impactó positivamente en sus recursos para gobernar y el programa configuró un mecanismo que operó en dirección favorable a su LP, encolumnando a la ciudadanía y a los actores económicos tras su figura (Masi, 2019). En consecuencia, el principal logro de la convertibilidad consistió en el control de la inflación, cuestión que significó un gran capital político para el liderazgo de Menem en un contexto en el cual la crisis inflacionaria había forzado a una salida apresurada de Alfonsín del poder. En igual dirección, supuso un aumento en la credibilidad sobre los futuros de la economía argentina, conduciendo a un nivel mayor de inversiones (Pronesti, 2010).

No obstante, desde 1993 comenzó a advertirse un agotamiento de los efectos positivos de la estabilidad en el nivel general de precios y quedaron evidenciadas las consecuencias negativas del modelo sobre los niveles de bienestar, como el descenso en el ingreso per cápita real y un sostenido aumento en la desigualdad entre las diferentes regiones argentinas. La apertura comercial y la apreciación del peso constituyeron un papel central en ese marco, con repercusiones negativas sobre la producción, que competía con las importaciones y los ingresos de la ciudadanía (Masi, 2014, 2019).

En consecuencia y superada la posestabilización, la economía argentina retomó la tendencia de etapas previas en cuanto a sus parámetros distributivos, marcando un sostenido incremento en la desigualdad y la incidencia de la pobreza. En ese marco, la dinámica económica demostró que no alcanzaba solo con el crecimiento para que el bienestar de la población mejorara. En definitiva y hacia finales de su segundo mandato, el LP de Menem perdió uno de los RP clave que lo había conducido al poder: la ciudadanía.

3. La Reforma Constitucional de 1994: un RP jurídico clave

El año 1994 resultó ser el de la reforma constitucional para los argentinos. Es que desde 1930 era necesaria la revisión de nuestra Ley Fundamental, pero las divisiones políticas entre los argentinos no permitían conjugar la unidad del consenso básico que se precisa para que la «ley de todos» sea sancionada para pervivir por largo tiempo.

A nivel extrapartidario y frente a un radicalismo debilitado tras la salida anticipada del poder de Alfonsín, Menem presumía que una estrategia de consenso sobre la reforma constitucional devenía clave para el fortalecimiento político e institucional de su liderazgo. Menem había avalado en 1985 la idea política sustentada por Alfonsín respecto de la reelección presidencial, contrariando a la conducción del justicialismo, expresión partidaria que exhibía una perspectiva crítica a la reforma constitucional. A su turno, Alfonsín había declarado, en documento público, que la reelección presidencial prevista como un tema de la reforma no sería aprovechado en su beneficio personal: una cuestión ética impedía que quien había sido electo por un sistema donde se prohibía la reelección terminara dejando a este de lado, en su provecho, impulsando la reforma.

En 1993, y una vez en el poder, Menem impulsó nuevamente la idea de reformar la Constitución para establecer la reelección. Para poder quebrar la resistencia opositora en la Cámara de Diputados, el gobierno apeló a dos tipos de «fórceps»: diseñó un plebiscito no vinculante, pero ajeno al procedimiento previsto en el art. 30 de la Constitución Nacional, e intentó también impulsar un proyecto de ley que, violando con flagrancia dicho artículo, sostuviera que los dos tercios de los presentes eran suficientes para sancionar en las Cámaras la declaración de necesidad de la reforma constitucional. Frente a la imposibilidad de obtener los dos tercios de los votos necesarios en el Senado, el gobierno cambió, en horas, su propio proyecto por el del senador Bravo, cuyo contenido no tenía correlación con la propuesta original del justicialismo, tanto que ni siquiera se instauraba la elección directa del presidente y vicepresidente de la República.

En ese marco, Menem, en su carácter de presidente de la Nación y presidente del Partido Justicialista, se reunió con Alfonsín, expresidente y líder del principal partido de la oposición (UCR) y firmaron en 1993 el Pacto de Olivos. El acuerdo fue objetado por un importante sector de la opinión política del país: no había sido abierto, ni dado participación a todas las fuerzas políticas; era el pacto de las conducciones de los dos principales partidos políticos del país. Luego del denominado Pacto de Olivos, el Congreso aprobó rápidamente la Ley 24309 declarativa de la necesidad de la reforma, con el voto favorable de los legisladores justicialistas y radicales, respetando el hasta ahora insalvable techo de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En ese contexto, se convocaron a elecciones generales para designar 305 constituyentes, y se inició la labor de la Convención reunida en la ciudad de Paraná y que deliberó durante tres meses en Santa Fe, sede histórica de las Convenciones Constituyentes argentinas desde

1853¹⁷. El resultado de la elección de los convencionales constituyentes no le dio al partido gobernante cuórum propio para decidir la suerte y el contenido de la nueva Constitución de los argentinos. Eso permitió una reforma votada en su articulación final por la totalidad de los partidos políticos que la conformaron –diecinueve bloques–.

Una singularidad de la ley declarativa, criticada por un amplio sector de la doctrina constitucionalista, fue su artículo 2, el denominado «Núcleo de Coincidencias Básicas (NCB)», un listado de trece puntos que consignó su tratamiento y votación herméticos –cláusula cerrojo–, que debían ser aprobados por la Convención Constituyente en forma textual, bajo pena de nulidad, estrategia que aseguraba a Menem y Alfonsín el efectivo cumplimiento de la reforma. La obligación de aprobar o rechazar el NCB originó no solo un fuerte cuestionamiento por parte de las expresiones partidarias ajenas al acuerdo, sino que también promovió un importante debate jurídico en la Convención, sosteniéndose que se violaba así la libertad de conciencia de cada convencional.

La Convención Nacional Constituyente, en su sesión del 1 de agosto de 1994, dio sanción definitiva, casi sin modificaciones, al «Núcleo de Coincidencias Básicas», incluido en el art. 2 de la Ley 24309 que instrumentó el Pacto de Olivos¹⁸.

Producto de la reforma, el LP de Menem se fortaleció a nivel de RP. Disponía de la presidencia de la Nación, la presidencia del PJ, 132 diputados nacionales (sobre 257), 40 senadores nacionales (sobre 72) y 14 gobernadores, sumado al control de la CGT¹⁹. Los resultados demostraron su capacidad política para impulsar una reforma constitucional con acuerdo de la oposición radical, una lectura acorde a la percepción de la sociedad en materia económica y la pericia de su administración para ejercer control sobre la inflación que, sumadas a una oposición interpartidaria fragmentada y privada de RP para articular un polo opositor, fueron clave en su reelección presidencial.

17. Ley 24309, sancionada el 29/12/93, BO del 31/12/93, 27798,

18. Ley 24309, sancionada el 29/12/93, Boletín Oficial del 30/12/93.

19. Fuente: Departamento Estadísticas de la Dirección Nacional Electoral.

Conclusiones

Esta investigación explora los liderazgos presidenciales (LP) de Alfonsín y Menem en el contexto de la transición y postransición democrática argentina. El trabajo encuentra su fundamentación teórica en las perspectivas de Ollier (2008) y Fraschini (2013) dado que aportan el marco explicativo para abordar tales liderazgos y analizar los recursos de poder para su construcción y consolidación. En ese sentido, las conclusiones giran en torno a tres ejes:

a) La relevancia de las estrategias jurídicas como recursos para la construcción de poder político. En ese orden, la investigación puso de relieve que las estrategias jurídicas devinieron un RP fundamental para ambos presidentes, al posicionarse de manera transversal al resto de los RP. Dicha transversalidad configuró un instrumento fundamental, en su condición de mecanismo globalizante horizontal, al recorrer e interrelacionar la multiplicidad de RP de ambos Jefes de Estado, siendo clave en el fortalecimiento/debilitamiento político-institucional de sus LP.

b) Las estrategias jurídicas como RP para la reconstrucción del Estado de Derecho en la etapa de la recuperación democrática. Bajo esa perspectiva, Alfonsín promovió sus estrategias jurídicas en orden a fortalecer el Estado de Derecho, la democratización de los actores corporativos y la reconstrucción de las instituciones republicanas. En ese contexto, su idea radicó en impulsar la remoción de los obstáculos de una matriz estatal autoritaria en la cual operaban los intereses organizados. No obstante, y si bien triunfó en su confrontación con el actor militar, como quedó puesto de relieve con el Juicio a las Juntas, las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida emergieron como instrumentos insuficientes para evitar nuevas crisis castrenses, en las cuales los sectores rebeldes de las Fuerzas Armadas profundizaron sus demandas.

En la esfera sindical, Alfonsín no pudo apelar a la ciudadanía para obtener autonomía frente a los factores condicionantes de los factores de poder asociados al sindicalismo argentino. En ese sentido, la confrontación presidencial por medio del impulso de la LRS fue infructuosa en la medida que resultó funcional a la reunificación del actor sindical y galvanizó a ese actor corporativo en defensa de sus prerrogativas.

Un recurso fundamental para el LP de Alfonsín fue el Segundo Congreso Pedagógico Nacional, que significó un fuerte impulso a nuevos paradigmas

educativos, comprometiendo a todos los actores del sistema educativo y configurando una de las primeras experiencias de democracia participativa desarrollada en forma orgánica. En ese marco, supuso un recurso jurídico que imprimió fortaleza político-institucional a su LP, sirviendo de plataforma para futuras reformas educativas. En igual dirección y bajo la misma perspectiva, la autonomía universitaria como recurso jurídico resultó central en orden a imprimir solidez política a su liderazgo, al recuperar uno de los pilares de la Reforma Universitaria y reinstalarlo en la instancia histórica de la recuperación democrática.

De igual modo, el intento de traslado de la Capital constituyó un recurso central para la consolidación democrática, el fortalecimiento del federalismo y la descentralización política, poniendo de relieve su carácter revolucionario y transformador. Por último, la Patria Potestad compartida y el Divorcio Vincular significaron una adecuación de la realidad social a los nuevos tiempos, quedando reafirmadas en la ulterior reforma que revolucionó la legislación civil argentina. Ambas leyes pueden considerarse claves en el fortalecimiento del LP de Alfonsín, quien supo interpretar apropiadamente las demandas sociales al promover los cambios necesarios del marco normativo nacional.

c) Los RP en el contexto de la postransición democrática. Menem construyó su LP sobre recursos sólidos: apoyo ciudadano, la construcción de acuerdos con los intereses organizados y el control de la inflación, que devinieron clave para la consolidación de su liderazgo. En ese contexto histórico-político, la decisión jurídica de indultar a los hombres de armas fue clave en orden a debilitar su liderazgo en dos direcciones: a) provocó el éxodo de las fuerzas progresistas que habían avalado políticamente su liderazgo, y b) la rebelión castrense de 1990 generó incertidumbre ciudadana en torno a la predisposición de la institución militar para aceptar un papel subordinado al gobierno civil y las dificultades presidenciales para ejercer autoridad como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

En el orden económico, la Ley de Convertibilidad y la Reforma Constitucional fueron estrategias jurídicas fundamentales en orden a imprimir fortaleza político-institucional a su liderazgo. No obstante, su LP sufrió los condicionamientos propios de una dimensión económica que se tradujo en una fuerte conflictividad social producto de su impulso de las Leyes de Emergencia Económica y de Reforma del Estado, debilitando un recurso clave para su liderazgo: apoyo popular/ciudadano (Masi, 2011, 2014, 2019). En esa dirección, el incremento sostenido de la pobreza y el

desempleo y los crecientes grados de polarización social devinieron causas centrales del deterioro de su LP.

A modo de síntesis, puede afirmarse que las estrategias jurídicas aplicadas por Alfonsín y Menem en orden a construir poder político tuvieron un éxito político parcial, atento a que los distintos recursos aplicados no siempre surtieron los efectos políticos deseados por ambos mandatarios.

Bibliografía

- Ageitos, Stella Maris (2002). *Historia de la impunidad. De las Actas de Videla a los indultos de Menem*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Alfonsín, Raúl Ricardo (1989). *Discursos presidenciales*. Buenos Aires: Secretaría de Información Pública.
- Alfonsín, Raúl Ricardo (2004). *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*. Buenos Aires: FCE.
- Castiglione, Franco (1996). «Argentina. Política y economía en el menemismo». En: *Nueva Sociedad*, junio, pp. 06-14.
- Cavalli, Luciano (1999). *Carisma: la calidad extraordinaria del líder*. Buenos Aires: Losada.
- Fabbrini, Sergio (1999). *Il Principe democratico. La leadership nelle democrazie contemporanee*. Roma: Laterza.
- Fair, Hernán (2007). «El rol del Plan de Convertibilidad en la articulación de los grandes grupos empresariales. Un estudio de caso del primer gobierno de Menem». Ponencia presentada en la «I Jornada de Economía Política», Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), 6 y 7 de diciembre.
- Fontana, Andrés (1987). «La política militar del gobierno constitucional argentino». En: Nun, José y Portantiero, Juan Carlos (1987). *Ensayos sobre la transición democrática en Argentina*. Buenos Aires: Puntosur, pp. 375-418.
- Fontana, Andrés (1990). *La política militar en un contexto de transición. Argentina, 1983-1989*, Buenos Aires: CEDES.
- Fraschini, Mariano (2013). *Los liderazgos presidenciales de Hugo Chávez y Álvaro Uribe. ¿Dos caras de un mismo modelo de ejercicio del poder?* Tesis de Doctorado de la Universidad de San Martín. Buenos Aires: UNSAM.
- Greenstein, Fred (1997). «El impacto de la personalidad en el liderazgo presidencial norteamericano». En: *Psicología Política*, 15, Universidad de Princeton, pp. 7-15.
- Lindholm, Charles (1997). *Carisma: análisis del fenómeno carismático y su relación con la conducta humana y los cambios sociales*. Barcelona: Gedisa.

- Masi, Andrés (2011). «La construcción de liderazgos presidenciales en la Argentina democrática. Los casos de Alfonsín y Menem». Ponencia para el X Congreso Nacional de Ciencia Política, organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 27 al 30 de julio de 2011.
- Masi, Andrés (2014). «Liderazgo Presidencial y Consenso de Washington. El caso argentino (1989-1999)». Ponencia para el Congreso Interdisciplinario 2014 de la Asociación de Historia, Literatura, Ciencia y Tecnología (AHLIST). Cartagena de Indias, 20-23 de noviembre de 2014.
- Masi, Andrés (2019). *Transición hacia regímenes democráticos y construcción de poder político. Los liderazgos de Raúl Alfonsín y Carlos Menem en el contexto latinoamericano*. Mendoza: FCE-UNC. En prensa.
- Nino, Carlos (1997). *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé.
- Novaro, Marcos (2008). «Derechos humanos y política democrática. Las tareas de la historia y de la Justicia entre populismo y liberalismo». En Eiroa, Pablo y Juan Otero (2008). *Memoria y Derecho Penal*. Buenos Aires: Di Placido Editor.
- Ollier, María Matilde (2008). «La institucionalización democrática en el callejón. La inestabilidad presidencial en el cono sur (1992-2003)». En: *América Latina Hoy*, Vol. 49, agosto de 2008, pp. 73-103. En: redalyc.uaemex.mx/pdf/308/30804905.pdf
- Pion-Berlin, David y López, Ernesto (1986). «Una casa dividida: crisis, fractura y conflicto en el Ejército argentino». En: López, Ernesto y Pion-Berlin, David (1996). *Democracia y cuestión militar*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, pp. 91-146.
- Pronesti, Federico (2010). *Recorte de la Convertibilidad*. Buenos Aires: UTDT.
- Williamson, John (1990). *The progress of policy reform in Latin America*. Washington: Institute for International Economics.

INCONVENCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN DE MIGRANTES EN ARGENTINA

*Análisis del flagrante incumplimiento de recomendaciones internacionales de
las estrategias política impulsadas por el Estado nacional*

Palabras clave: derechos humanos, inconventionalidad, expulsión de
personas migrantes, DNU 70/2017, migración internacional.

Integrantes

Director: Alejandro Poquet
Docentes investigadores: Sergio Salinas, Andrés Rousset,
Gonzalo Evangelista
Alumna: Amparo Fuentes

Índice

Introducción	3
Jurisprudencia local	4
1. Pronunciamientos de instituciones especializadas sobre el DNU 70/2017	7
2. Pronunciamientos de organismos de Naciones Unidas sobre Argentina	8
2.1. Previo a la modificación normativa del DNU 70/2017	8
2.2. Posterior al DNU 70/2017	9
2.3. Pronunciamientos de organismos de la OEA	18
Conclusión	22

Introducción

La búsqueda de soluciones al problema que plantea a los Estados la migración internacional¹ es un tópico que presenta una incuestionable vigencia, dividiendo las aguas entre dos posturas claramente definidas: aquella que se basa en una perspectiva de *derechos humanos* para recibir a las personas migrantes, y la que, por el contrario, se sustenta en una perspectiva *securitaria* para evitar hacerlo.

Desde la vigencia de la Ley nacional 25871 que rige la admisión, ingreso, permanencia y egreso de personas, Argentina se posicionaba ideológica y normativamente dentro de la primera postura mencionada. Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) comenzó a implementar políticas orientadas en dirección opuesta, promoviendo como regla la utilización de las atribuciones más extremas que autoriza las normas regulatorias de la política migratoria: detener y expulsar personas extranjeras.

En ese contexto, en enero del año 2017, modificó la mencionada ley por medio de un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 70/2017) con el objetivo principal de acelerar plazos y procedimientos previstos para expulsar personas migrantes en conflicto con la ley penal. En efecto, plantea reformas sustanciales que desnaturalizan la normativa legal y reinstala un escenario de criminalización, constituyendo un importante retroceso en la materia que afecta particularmente a personas en condición de pobreza y exclusión.

Si bien hubo pronunciamientos judiciales que atacaron las falencias del DNU 70/2017², las facultades estatales vinculadas a la retención y expulsión de personas migrantes continuaron vigentes, produciendo una indudable tensión entre dos ámbitos de interés: de un lado, las atribuciones del Estado concernientes a la fijación de políticas migratorias derivadas de su soberanía. Del otro, los derechos humanos de las personas y los

1. Entendida por la OIM como «movimiento de personas que dejan su país de origen o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país luego de atravesar una frontera». Cfr. OIM. *Glosario sobre migración* (2014). Pág. 40. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

2. En marzo de 2018, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y declaró la inconstitucionalidad del decreto 70/2017. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/03/fallo-camara-migrantes.pdf>.

compromisos que en relación con ellos el Estado asumió internacionalmente. Ambas cuentan con reconocimiento normativo, doctrinario y jurisprudencial, tanto nacional como internacional, pero no existen soluciones consensuadas para satisfacerlos sin afectar seriamente al otro. Disputa que cobró relevancia mayúscula luego del evidente cambio impulsado desde el Estado nacional.

El objeto de la presente investigación se orienta a examinar esta situación y valorar sus consecuencias a la luz de estándares respetuosos de los derechos humanos.

Para delimitar con precisión su alcance es dable tomar en cuenta que no incluye los debates acerca de: a) la regularización de la situación migratoria; b) la facultad estatal de reglamentar el ingreso y egreso de personas a su territorio y jurisdicción y c) la legalidad de las devoluciones o expulsiones en las fronteras.

Por tanto, lo que se pretende es analizar la adecuación normativa y práctica de la retención y expulsión de personas migrantes en conflictos con la ley a los estándares sobre privación de libertad, debido proceso y derechos de personas migrantes y sus familias en general –como el derecho a la reunificación familiar y el principio de no devolución–, a los criterios nacionales e internacionales en cuanto al respeto de las garantías procesales; derecho de defensa de la persona sometida a procesos sancionatorios; la privación de libertad preventiva, etc.

Jurisprudencia local

A nivel interno y como consecuencia de una acción de amparo presentada por la sociedad civil³, la justicia –en segunda instancia–⁴ declaró la inconstitucionalidad del Decreto 70/2017.

3. Expediente CAF 3061/2017, autos «Centro de Estudio Legales y Sociales y ot. c/ EN s/ Amparo Ley 16986».

4. El Juzgado Contencioso Administrativo Federal 1 resolvió rechazar su aplicación «con la salvedad establecida en el considerando 14 acerca del procedimiento que deberá observar la Dirección Nacional de Migraciones en la Aplicación del art. 86 de la Ley de Migraciones, modificada por el Decreto 70/2017».

De la decisión de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a la que aludimos, destacan las siguientes ideas:

- El plazo de tres días para interponer el recurso administrativo ante el Director Nacional de Migraciones y para deducir el recurso judicial vulnera de manera manifiesta la garantía del debido proceso.
- La privación de la libertad del migrante para hacer efectiva la orden de expulsión debe constituir una medida instrumental, pero se ha convertido de hecho en una detención arbitraria. En la práctica la duración de los procedimientos administrativos y judiciales se extiende durante meses o años, y no se advierte por qué razones esas mismas circunstancias no habrán de repetirse en los procedimientos migratorios.
- Que la persona «retenida» sea puesta a disposición de autoridad judicial con competencia para revisar el acto administrativo que determina su situación migratoria constituye una formalidad necesaria, pero no es un remedio útil y efectivo cuando se trata de preservar la libertad personal y el derecho de no ser sometido a detenciones arbitrarias, porque carecen de fundamento o porque se extienden más allá del tiempo necesario para cumplir la función propia a esta clase de medidas.
- El régimen preexistente ya contenía las previsiones necesarias para resolver situaciones verdaderamente excepcionales, sin que aparezca razonable la introducción de una suerte de restricción de la libertad personal por tiempo indeterminado. En tales condiciones, el precepto cuestionado aparece como manifiestamente arbitrario.
- En referencia a la dispensa y derecho de reunificación familiar, si bien todo derecho es susceptible de ser reglamentado razonablemente, ninguno de ellos puede ser sustraído del control judicial. El precepto impugnado es manifiestamente contrario al derecho de defensa en juicio.
- El decreto no expone razones válidas –dadas las deficiencias que presenta en el análisis de las estadísticas– para sostener la necesidad inmediata de modificar la ley eludiendo la participación del Congreso mediante el procedimiento legislativo ordinario.
- El decreto contiene en sus fundamentos referencias a las vinculaciones entre la condición de extranjero y la criminalidad relacionada al narcotráfico. Sin embargo, regula un procedimiento especial que va más allá del tipo de delitos que se pretende combatir, se verifica el vicio que se denomina una «desviación de poder»: se aplica a todas las personas migrantes, sin importar el delito cometido, cualquiera fuera este, y aun en casos de infracciones administrativas.

- Constituye un grupo vulnerable, en situación de inferioridad en cuanto al ejercicio real y efectivo de sus derechos. El decreto no hace más que perpetuar esta situación de sometimiento respecto de todos los migrantes.
- Existe una obligación por parte del Estado para evitar situaciones de discriminación tanto *de iure* como *de facto*.
- En caso de realizar distinciones normativas, el Estado debe acreditar que la regulación persigue un fin estatal sustancial, que los medios promueven ese fin y que no existen medios alternativos menos restrictivos de derechos para alcanzar el fin perseguido. Este criterio resulta de particular aplicación en relación con el Decreto 70/2017, que se refiere a un colectivo vulnerable y con dificultades jurídicas y fácticas de acceso a la justicia para la defensa de sus derechos.
- Establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma. Además de los defectos en la fundamentación del estado de necesidad para su dictado (y que por sí solos determinan su invalidez), se advierte que las medidas que constituyen el objeto del acto no guardan proporcionalidad ni razonabilidad con los fines que se pretende alcanzar.
- Asegurarse el acceso a la asistencia jurídica gratuita y a un intérprete, de ser necesario, son insuficientes para salvar la validez de la norma.
- En los procesos migratorios que puedan llevar a la expulsión o deportación de personas extranjeras deben asegurarse ciertas garantías mínimas. Debe recordarse la obligación de los tribunales de realizar un control de convencionalidad en los casos en que se invocan derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a fin de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- El decreto restringe explícitamente la posibilidad de un control judicial suficiente sobre los actos de la autoridad administrativa.
- Tiene derecho a cuestionar las razones esgrimidas por la autoridad administrativa para ordenar su expulsión y, en particular, el criterio de esta en cuanto a la dispensa de la expulsión por motivos de reunificación familiar. Sin embargo, el decreto pretende convertir a la DNM en el intérprete final de dicha causal de dispensa, desconociendo las facultades judiciales en materia de revisión de los actos administrativos y el deber del Estado de proporcionar una tutela administrativa y judicial efectiva.
- El decreto no solo constituye una apropiación de facultades legislativas sin causa constitucional que la legitime, sino que también recoge en su articulado soluciones que son incompatibles con los estándares constitucionales y de derechos humanos que forman parte de las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales en la materia. Esto en el contexto de una normativa que se refiere a un grupo vulnerable y

que presenta caracteres regresivos en relación con la legislación previa, en especial en lo relativo a la garantía del debido proceso en el procedimiento migratorio. Establece condiciones regresivas en materia de protección de los derechos humanos.

1. Pronunciamientos de instituciones especializadas sobre el DNU 70/2017

Además de tener como consecuencia la sentencia antes reseñada, la acción presentada por organizaciones de la sociedad civil generó un dictamen del Ministerio Público Fiscal (MPF)⁵, una presentación como *amicus curiae* de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN)⁶, y un informe técnico de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires⁷, del Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración (IARPIDI) –con dictamen técnico de Pablo Ceriani Cernadas, vicepresidente del Comité de la ONU para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrante y sus Familias (CTM)–⁸ y de Amnistía Internacional⁹.

Estos coinciden en analizar temas centrales como: a) perspectiva de Derechos Humanos; b) datos estadísticos y fundamentos; c) debido Proceso Legal; d) asistencia jurídica; e) régimen de notificaciones; f) detención por motivos migratorios; g) restricción de la dispensa por unificación familiar y su falta de control judicial.

5. Disponible en: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/09/Dictamen-del-fiscal-Gilligan-sobre-DNU-70-17.pdf>.

6. Disponible en: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Amicus%20curiae%20PPN%20amparo%20colectivo%20DNU%2070-2017.pdf>.

7. Carril, Camila. Informe técnico sobre el DNU 70/17. Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Subdirección Migrantes. Apartado III. (2017) Disponible en: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/INFORME-T%C3%89CNICO-DNU.pdf>.

8. Cernadas, Pablo. Dictamen Técnico sobre el DNU 70/2017 que reformó la Ley de Migraciones 25871. Instituto Argentino para la Igualdad, Diversidad e Integración. (2017). Disponible en: <http://iarpidi.org/2017/03/24/dictamen-tecnico-sobre-el-dnu-702017-que-reformo-la-ley-de-migraciones-25-871/>.

9. Disponible en: <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf>.

2. Pronunciamientos de organismos de Naciones Unidas sobre Argentina

Sobre el tema bajo examen han sido varios los organismos de Naciones Unidas, tanto convencionales como extraconvencionales, que se han pronunciado antes y después del DNU 70/2017:

2.1. Previo a la modificación normativa del DNU 70/2017

En el año 2003 (aún vigente la Ley de Migraciones 22439), el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA)¹⁰ recomendó al Estado garantizar un recurso judicial efectivo contra las órdenes administrativas de detención con miras a la expulsión del territorio por considerar que toda persona detenida por razones de inmigración debía tener la posibilidad de recurrir a una autoridad judicial para que se pronuncie sobre la legalidad de su detención antes de que la orden de expulsión sea implementada. Expresó además que debía terminarse con la práctica de detener a personas extranjeras por razones de migración conjuntamente con personas a las que se les imputa la comisión de delitos comunes¹¹.

Diez años después, el mismo organismo le manifestó al Estado que consideraba incluida en la categoría IV de detenciones arbitrarias a la privación de libertad «cuando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados, son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de recurso administrativo y judicial»¹².

Por su parte, en septiembre del año 2011, el CTM tomó nota de las salvaguardias contra la expulsión que figuran en la ley de migraciones «*como la revisión judicial automática de todas las órdenes de expulsión y los derechos de los migrantes a apelar las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y a recibir asistencia legal gratuita*»¹³ (justamente lo que luego sería modificado). No obstante, mostró preocupación respecto a que los permisos de residencia temporal no se expidan hasta que se haya adoptado una decisión definitiva sobre los recursos de apelación presentados –por

10. GTDA. Informe sobre visita a Argentina (2003). (E/CN.4/2004/3/Add.3). Párr. 57 y 58.

11. GTDA. Informe sobre visita a Argentina (2003). (E/CN.4/2004/3/Add.3). Párr. 75.

12. GTDA. Opiniones adoptadas en su 67 período de sesiones (2013) - N 20/2013 (Argentina). (A/HRC/WGAD/2013/20). Párr. 2.

13. CMW. Observaciones finales sobre Argentina aprobadas en sus sesiones 179 y 180 (2011). (CMW/C/ARG/CO/1).

colocar a las personas migrantes en una situación de irregularidad y vulnerabilidad¹⁴, por lo que recomendó extenderlos mientras esté pendiente la apelación contra las decisiones de la DNM relativas a la legalidad de la permanencia ante las autoridades administrativas o judiciales competentes¹⁵.

A su turno, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) demostró preocupación por cuestiones como la discriminación de mujeres y de personas en situación irregular, el aumento de las órdenes de expulsión, los planes de crear centros de detención para migrantes, la falta de datos estadísticos sobre la retención de personas extranjeras y la ausencia de diálogo con las asociaciones de migrantes¹⁶, y le indicó al Estado que debía velar por la no introducción de prácticas y normas que representen un retroceso frente al marco normativo vigente y recurrir a la detención solo como última opción, garantizando que esta sea razonable, necesaria, proporcionada, y por el mínimo período de tiempo posible¹⁷.

2.2. Posterior al DNU 70/2017

Los mecanismos de protección de derechos humanos que analizaron la aplicación del decreto fueron críticos, orientaron sus recomendaciones hacia la necesidad de dar marcha atrás con la modificación y las políticas contrarias a los derechos humanos.

El Comité contra la Tortura (CAT) recomendó la derogación o enmienda del decreto para respetar el principio de no devolución y evitar detenciones arbitrarias, para que las personas sujetas a expulsión puedan disponer del tiempo suficiente para recurrirla a nivel administrativo y judicial y que cuenten con asistencia jurídica gratuita e inmediata durante todo el proceso de expulsión, asegurando que solo se recurra a la detención por razones migratorias como último recurso y durante el período más breve posible¹⁸.

14. CMW. Observaciones finales sobre Argentina aprobadas en sus sesiones 179 y 180 (2011). (CMW/C/ARG/CO/1). Párr. 25.

15. CMW. Observaciones finales sobre Argentina aprobadas en sus sesiones 179 y 180 (2011). (CMW/C/ARG/CO/1). Párr. 26.

16. CERD. Observaciones finales sobre los informes periódicos 21 a 23 combinados de la Argentina, aprobadas en su 91 período de sesiones (2016). (CERD/C/ARG/CO/21-23). Párr. 33.

17. CERD. Observaciones finales sobre los informes periódicos 21 a 23 combinados de la Argentina, aprobadas en su 91 período de sesiones (2016). (CERD/C/ARG/CO/21-23). Párr. 34.

18. Cfr. CAT. Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina, aprobadas en la sesión 1537 (2017). (CAT/C/ARG/5-6). Párr. 34.

Meses después, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia manifestó su preocupación diciendo que

... a pesar de la existencia de una ley de inmigración progresista, las personas inmigrantes han sido el chivo expiatorio de los males de la sociedad, y en los últimos años los políticos han utilizado una retórica xenófoba o de estigmatización contra determinadas poblaciones de inmigrantes¹⁹,

instando al Estado a sensibilizar a sus funcionarios con respecto a su responsabilidad en la formación de la opinión pública y que, por lo tanto, se abstengan de difundir ideas equivocadas y estigmatizadoras sobre determinados grupos de la sociedad²⁰.

En el año 2018, el GTDA y el CEDR manifestaron coincidentemente su preocupación por el cambio normativo que implicó el decreto y por la creación de un centro de detención para migrantes irregulares, y por las posibles consecuencias negativas que ello tendría (ej.: que la detención no sea utilizada como medida de último recurso)²¹.

Para el GTDA el decreto a) elimina el principio de excepcionalidad y autoriza la privación de libertad desde el inicio del procedimiento sumarísimo (en contra de lo dispuesto en el artículo 9, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); b) permite la detención antes de la orden de expulsión; c) amplía el período de detención permitido a 60 días, con la posibilidad de una prórroga indefinida por el tiempo que duren las actuaciones y d) restringe el acceso a la asistencia jurídica gratuita y reduce *considerablemente* las condiciones para interponer un recurso. Estos puntos, para el organismo, se traducen en serias preocupaciones y debieron ser objeto de un debate abierto y transparente²².

19. Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Informe sobre su misión a la Argentina (2016). (A/HRC/35/41/Add.1). Párr. 49.

20. Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia sobre su misión a la Argentina (2016). (A/HRC/35/41/Add.1). Párr. 115.

21. GTDA. Informe sobre visita a Argentina (2018). (A/HRC/39/45/Add.1). Párr. 65.

22. GTDA. Informe sobre visita a Argentina (2018). (A/HRC/39/45/Add.1). Párr. 66 y 67.

En consecuencia, recomendó garantizar que la privación de libertad en el contexto de la migración sea una medida excepcional, legítima, proporcionada, necesaria y supervisada judicialmente²³.

Se destaca también la Observación General Conjunta 4 del CTM y 23 del Comité de los Derechos del Niño (CDN)²⁴, donde coincidieron en que:

- Los niños, niñas y adolescentes (NNA) deben: a) acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos/as a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos; b) ser notificados/as de la existencia de un procedimiento de inmigración y asilo y de la decisión adoptada, sus implicaciones y las posibilidades de recurso; c) contar con funcionario/a especializado/a que se ocupe del procedimiento de inmigración y poder realizar en persona cualquier entrevista con profesionales formados en cómo comunicarse con niños; d) ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos y disponer de la asistencia gratuita de traductor/a o intérprete; e) tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios/a consulares, así como protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia; f) contar con la asistencia de un profesional que tenga formación y experiencia en la representación de NNA en todas las fases de los procedimientos y comunicarse libremente con su representante, y tener acceso a asistencia letrada gratuita; g) conseguir que se considere una prioridad la aplicación de medidas y procedimientos relacionados con la infancia, y también disponer de tiempo suficiente para preparar esos procedimientos y contar con todas las garantías procesales; h) recurrir la decisión ante un tribunal superior o una autoridad independiente, con efecto suspensivo; i) si es NNA no acompañados/as y separados de sus familias, deben recibir el nombramiento de tutor/a competente, lo antes posible, que sirva de garantía procesal básica para el respeto de su interés superior; j) ser plenamente informados durante todo el procedimiento, junto con su tutor/a y asesor/a jurídico, y recibir también información sobre sus derechos y cualquier otra información que pueda afectarles²⁵.

23. Cfr. GTDA. Informe sobre visita a Argentina (2018). (A/HRC/39/45/Add.1). Párr. 89.

24. Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22). 16 de noviembre de 2017.

25. Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22). 16 de noviembre de 2017. Párr. 17.

• Los Estados deben cumplir con sus obligaciones respecto del mantenimiento de la unidad familiar y prevenir la separación, debiendo abstenerse de tomar medidas que puedan provocar una separación de la familia u otra injerencia arbitraria²⁶. Asimismo,

... la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración²⁷.

• Con base en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se señaló que los Estados tienen que garantizar que las solicitudes de reunificación de las familias sean atendidas de manera «positiva, humanitaria y expeditiva, incluida la facilitación de la reunificación de los niños con sus padres. [...] deberá tenerse en cuenta la preservación de la unidad de la familia al determinar el interés superior del niño en las decisiones relativas a la reunificación familiar»²⁸.

• Agregaron que la decisión acerca de si un NNA ha de reunirse con su familia en el país de origen, de tránsito o de destino,

... deberá basarse en una evaluación sólida en la que el interés superior del niño sea una consideración primordial y se tenga en cuenta la posibilidad de una reunificación de la familia, y que incluya un plan de reinserción sostenible que garantice la participación del niño en el proceso.

26. Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22), 16 de noviembre de 2017. Párr. 27.

27. Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22), 16 de noviembre de 2017. Párr. 29.

28. Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22), 16 de noviembre de 2017. Párr. 32.

- En consecuencia, la reunificación familiar no deberá buscarse en el país de origen cuando exista un riesgo «razonable» de que este retorno exista «lugar a una violación de los derechos humanos del niño»²⁹.
- «Los países deben facilitar los procedimientos de reunificación familiar a fin de completarlos de manera rápida, de acuerdo con dicho interés superior»³⁰.

Posteriormente, el CDN presentó sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Argentina, expresando su preocupación por la aplicación del DNU 70/2017, pese a ser considerado inconstitucional. Consecuentemente, instó al Estado a que lo derogue³¹.

En el año 2019 hubo dos pronunciamientos que realizaron aportes de interés. El primero fue del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, que destacó su preocupación por la modificación de la Ley 25871, en tanto establece un «procedimiento migratorio especial de carácter sumarísimo» y permite la «retención preventiva en cualquier momento del procedimiento»³², aplicando una política migratoria más restrictiva³³. Confirmó, además, la existencia de un patrón discriminatorio por inmigración, origen étnico, pobreza y otras razones de vulnerabilidad que se hacía patente en las detenciones de vendedores ambulantes de origen senegalés, permitiendo al Estado cancelar su residencia y ordenar una expulsión rápida del territorio argentino, con escasas posibilidades de defensa³⁴.

Un mes después, el CTM presentó sus observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Argentina, expresando su *profunda* preocupación por la promulgación y aplicación del DNU 70/2017 a pesar de haber sido

29. Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22). 16 de noviembre de 2017. Párr. 34.

30. Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22). 16 de noviembre de 2017. Párr. 35.

31. CDN. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina. 1 de octubre de 2018. (CRC/C/ARG/CO/5-6). Examen de los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina (CRC/C/ARG/5-6). Párr. 39.

32. Cfr. Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, Informe sobre Argentina. 14 de agosto 2019 (A/HRC/42/59/Add.2). Párr. 32.

33. Cfr. Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, Informe sobre Argentina. 14 de agosto 2019 (A/HRC/42/59/Add.2). Párr. 33 y 34.

34. Cfr. Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, Informe sobre Argentina. 14 de agosto 2019 (A/HRC/42/59/Add.2). Párr. 34 y 38.

declarado inconstitucional por la Cámara Contencioso Administrativo en marzo de 2018 y haber sido objeto de críticas por diversos organismos internacionales que propiciaron su derogación –adhiriendo a tal postura o solicitando al menos su suspensión–³⁵. En tal sentido, le preocupan *gravemente* las consecuencias de la aplicación del procedimiento sumario de expulsión por las siguientes consideraciones: a) la limitación del recurso único ante la DNM, que concentra poderes para resolver todos los casos de faltas administrativas migratorias; b) el proceso de notificación y la poca fiabilidad de su entrega, que es aceptada como válida sin la firma de la parte afectada; c) la reducción a tres días hábiles para presentar un recurso de revisión judicial, ante un único organismo; d) la posibilidad de ejecutar la orden de expulsión sin un protocolo para garantizar los derechos humanos una vez que la apelación administrativa sea definitiva o se haya denegado; e) la posibilidad de detener a una persona desde el inicio del procedimiento sumario de expulsión hasta su conclusión; f) el requisito de que las personas sujetas a expulsión demuestren sin lugar a dudas que carecen de recursos económicos para tener derecho a la asistencia letrada gratuita; g) el ejercicio del derecho a la unidad familiar está sujeto a la prueba de la convivencia familiar y al «interés económico y afectivo demostrado por el migrante», determinado por las autoridades administrativas³⁶.

Sin perjuicio de propiciar su derogación, el Comité le recomienda a Argentina que: a) adopte las medidas necesarias para que, en todos los procedimientos administrativos y judiciales, se garantice el respeto de las garantías procesales a las personas migrantes en pie de igualdad con nacionales del Estado; b) a la luz de su observación general 2, le recuerda que la detención administrativa solo debe utilizarse como medida de último recurso, y por ello recomienda considerar alternativas a la «retención» que actualmente se aplica a migrantes; c) sobre la base de las observaciones generales conjuntas 3 y 4 del CTM 22 y 23 del CDN, sobre los derechos humanos de NNA en el contexto de la migración internacional, le recomienda velar por que los NNA, migrantes y nacionales, no sean separados de sus padres/madres o cuidadores/as primarios/as, así como no sean vulnerados sus derechos por una decisión administrativa sobre la situación migratoria de sus familiares; d) que vele por que las sanciones administrativas aplicadas a la entrada o permanencia en situación irregular sean proporcionadas y razonables, así como analizadas individualmente; e) resolver los casos de omisiones y

35. CTM. Observaciones finales sobre el 2 informe periódico de la Argentina (CMW/C/ARG/CO/2). Septiembre del año 2019. Párr. 10.

36. CTM. Observaciones finales sobre el 2 informe periódico de la Argentina (CMW/C/ARG/CO/2). Septiembre del año 2019. Párr. 10.

errores administrativos sin afectar a las personas migrantes y su familia, de modo que las consecuencias de las decisiones negativas, erradas o tardías de funcionarios públicos –en cualquier tiempo o administración de gobierno–, no vayan en contra de los derechos de la persona migrante; f) motivar la rehabilitación de las personas migrantes que han cumplido sus condenas por cometimientos de delitos, para que puedan reintegrarse a su familia cuando sus hijos/as están radicados/as en Argentina³⁷.

Finalmente, resulta de interés traer a colación el resultado del Examen Periódico Universal (EPU) realizado a finales del año 2017, toda vez que su análisis permite conocer cabalmente tanto las consideraciones de los organismos especializados y las preocupaciones de la comunidad internacional, como también las cuestiones que acepta el Estado y los argumentos que plantea para justificar sus políticas públicas³⁸.

En el apartado sobre «Migrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados internos» de la recopilación de los informes de organismos de ONU³⁹ se destacan las citas a los informes del CERD⁴⁰, del CAT⁴¹, del GTDA y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

El Grupo de Trabajo del EPU entiende necesario recordar que el ACNUR había recomendado a Argentina aprobar el proyecto de decreto necesario para la aplicación efectiva de la Ley de Refugiados, «en particular en lo referente a la reunificación familiar, la determinación de la condición de refugiado, el trato de los menores no acompañados y separados de su familia, las solicitudes de asilo basadas en el género y la disponibilidad de soluciones duraderas»⁴².

37. CTM. Observaciones finales sobre el 2 informe periódico de la Argentina (CMW/C/ARG/CO/2). Septiembre del año 2019. Párr. 11.

38. GT sobre el EPU. Informe del EPU sobre la Argentina. Tema 6 de la agenda, 37 período de sesiones (2018). (A/HRC/37/5).

39. GT sobre el EPU. Recopilación sobre la Argentina Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 28 período de sesiones (2017). (A/HRC/WG.6/28/ARG/2).

40. CERD. Observaciones finales sobre los informes periódicos 21 a 23 combinados de la Argentina, aprobadas en su 91 período de sesiones (2016) (CERD/C/ARG/CO/21-23). Párr. 33-34.

41. CAT. Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina, aprobadas en la sesión 1537 (2017). (CAT/C/ARG/5-6). Párr. 33.

42. GT sobre el EPU. Recopilación sobre la Argentina Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 28 período de sesiones (2017). (A/HRC/WG.6/28/ARG/2). Párr. 95 y 96.

En el resumen de las comunicaciones de partes interesadas⁴³, el Grupo de Trabajo del EPU trae a discusión los puntos de vista expresados por el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina y Organizaciones de la Sociedad Civil. Sobre el tema «Migrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados internos» afirma que

... varias organizaciones observaron que la adopción del Decreto de Necesidad y Urgencia de 2017 introdujo cambios importantes en la política migratoria de la Argentina, apartándose de su acento tradicional en la integración y protección de los derechos de los migrantes. Informaron que el Decreto destacaba la penalización de los migrantes indocumentados; introducía obstáculos a la admisión y el permiso de estancia; aceleraba los procedimientos de expulsión; limitaba la posibilidad de garantías procesales para las personas en los procedimientos de deportación; y reducía las limitaciones sobre el alcance y la duración de las medidas de detención⁴⁴.

Como adición al Informe del Grupo de Trabajo sobre el EPU se incluyen las «observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado»⁴⁵. En ellas Argentina expresó cuáles eran las recomendaciones que aceptaba. En relación con «Migrantes, refugiados y apátridas», expresamente aceptó las siguientes⁴⁶: a) facilitar el acceso de los pueblos indígenas, los afrodescendientes y los migrantes al mercado de trabajo y asegurarse de que reciban todas las prestaciones sociales (Senegal); b) reforzar las medidas para asegurar los derechos humanos de los migrantes y de sus familiares (Estado Plurinacional de Bolivia); c)

43. GT sobre el EPU. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre la Argentina, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 28 período de sesiones (2017). (A/HRC/WG.6/28/ARG/3).

44. GT sobre el EPU. Resumen de las comunicaciones de las partes interesadas sobre la Argentina, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 28 período de sesiones (2017). (A/HRC/WG.6/28/ARG/3). Párr. 88.

45. GT sobre el EPU. Adición Informe del EPU sobre la Argentina: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. 37 período de sesiones (2018). (A/HRC/37/5/Add.1).

46. GT sobre el EPU. Adición Informe del EPU sobre la Argentina: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. 37 período de sesiones (2018). (A/HRC/37/5/Add.1). Párr. 37 y 107.

reforzar su legislación en materia de migración para asegurar la protección de todos los migrantes y sus familias contra todas las formas de discriminación, y aprobar programas públicos integrales con recursos presupuestarios suficientes para su implementación efectiva (Indonesia) y d) asegurar el acceso a los derechos humanos fundamentales de todas las personas que residen en el país, incluidos los nacionales extranjeros, con independencia de cuál sea su situación en materia de inmigración (Bangladesh).

Respecto a la recomendación de México, que se refería puntualmente a «garantizar que el Decreto de Necesidad y Urgencia, que limita las garantías procesales en los procedimientos de expulsión, no restrinja los derechos humanos de la población migrante»⁴⁷, el Estado solo tomó nota ya que en su opinión «no modifica los lineamientos de política migratoria establecidos en la Ley de Migraciones 25871, ni el capítulo de derechos allí consignados»⁴⁸.

Luego, ensayó una explicación acerca de las razones que motivaron la modificación de la ley nacional mediante decreto, y señaló en primer lugar que «varias de sus modificaciones se sustentan en las severas dificultades que ha enfrentado el Estado nacional para efectivizar órdenes de expulsión dictadas», y que como consecuencia de un «complejo procedimiento recursivo, en numerosos casos, se observan demoras de varios años de tramitación para que quede firme el procedimiento, siendo habitual la resolución de casos luego de entre 4 y 8 años de tramitación».

En relación con el Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo, sostuvo que con él se da total cumplimiento a las exigencias de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto y en cuanto se respeta el derecho a ser notificado de la decisión de expulsión, derecho a recurrirla (estableciéndose doble conforme tanto en sede administrativa como judicial), derecho a ser oído por autoridad competente, derecho a ser representado, contar con asistencia gratuita de intérprete y asistencia consular. En caso de no contar con medios económicos para proveerse de asistencia jurídica, se asigna defensa pública oficial.

47. GT sobre el EPU. Adición Informe del EPU sobre la Argentina: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. 37 período de sesiones (2018). (A/HRC/37/5/Add.1). Párr. 107. 184.

48. GT sobre el EPU. Adición Informe del EPU sobre la Argentina: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. 37 período de sesiones (2018). (A/HRC/37/5/Add.1). Párr. 38.

Finalmente aseguró que el Decreto 70/2017 cumple acabadamente con la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular con los arts. 1, 8, 22 y 25⁴⁹.

En efecto, con idénticos textos, tanto en la información en seguimiento de la Resolución A/RES/69/167 sobre la protección a los migrantes⁵⁰, como en información en seguimiento de la Resolución 32/14 del Consejo de Derechos Humanos sobre la Protección a los Migrantes⁵¹, puede advertirse cómo el Estado indicaba la asunción de una posición de avanzada que respondía a la complejidad de los flujos migratorios con un cambio de paradigma en el tratamiento, pasando de un enfoque de seguridad y control de fronteras a una perspectiva integral de derechos humanos, donde la persona migrante y su familia deben ser el eje de las políticas gubernamentales en la materia.

Esta perspectiva ha cambiado con el dictado del decreto ya referido y, a pesar de los esfuerzos dialécticos de la representación estatal, tuvo y va a tener expresas repercusiones a nivel nacional e internacional que merecen atención.

2.3. Pronunciamientos de organismos de la OEA

Si bien en el Sistema Interamericano a la fecha de cierre de la investigación solo existía una declaración por parte de una Comisionada, que expresaba críticas al retroceso por parte de Argentina en materia migrante⁵², y aún no ha habido pronunciamientos de relevancia que permitan

49. GT sobre el EPU. Adición Informe del EPU sobre la Argentina: Observaciones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas del Estado examinado. 37 período de sesiones (2018). (A/HRC/37/5/Add.1). Párr. 39-41.

50. Disponible en: http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/Migration/GA70thSession/States/Argentina.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1.

51. Disponible en: http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/MHR/ReportLargeMovements/Argentina.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1.

52. En una audiencia realizada en marzo del año 2017 la Comisionada Macaulay expresó que «la adopción del Decreto de Necesidad y Urgencia incorpora disposiciones regresivas de los derechos de los migrantes. La verdadera preocupación de la Comisión es que Argentina fue un gran ejemplo sobre cómo tratar a los migrantes. Y ahora nos preocupa que haya retrocedido». El aspecto más preocupante son «las declaraciones de altas autoridades que relacionan la migración con la criminalidad». Ver: <https://www.telesur.tv.net/news/CIDH-preocupada-por-decreto-migratorio-argentino-20170323-0068.html>

evidenciar la postura de los organismos internacionales frente a la decisión política demostrada principalmente por la modificación normativa mediante DNU, analizar los estándares sobre expulsión de personas extranjeras previamente establecidos permite prever el camino crítico que los organismos sostendrían.

Un primer criterio que adquiere relevancia en la actualidad es el indicado por la CIDH en el informe de admisibilidad de un caso contra Argentina en el que trata una expulsión. Allí se tomó nota de que

... ha sido interpretado en forma extensiva tanto al trámite de procesos de orden administrativo como a los procesos de expulsión de nacionales o extranjeros. [...] Asimismo, en el caso *Loren Laroye Riebe Star contra México*⁵³, la Comisión ha interpretado que las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención también aplican a los procesos de expulsión de nacionales o extranjeros⁵⁴.

En el mismo informe advirtió que de acreditarse la información relacionada con irregularidades en el tipo de procedimiento efectuado para la expulsión, la autoridad competente para dictarla, la ausencia de notificación en el proceso administrativo y el incumplimiento de reglas procesales podrían caracterizar violaciones al artículo 8 de la CADH en cuanto al derecho a ser oído con las debidas garantías, a recibir comunicación previa y a recurrir la decisión ante autoridad judicial o tribunal superior; y podrían caracterizar violaciones al artículo 25 de la CADH, en cuanto al derecho a gozar de un recurso efectivo y a que una autoridad competente decida sobre el caso⁵⁵.

53. En el caso *Loren Laroye Riebe Star*, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz presentado contra el Estado de México, la Comisión consideró que el Estado mexicano había violado a las garantías del debido proceso en contravención del artículo 8 de la Convención. Los peticionarios, sacerdotes extranjeros en el Estado de Chiapas, habían sido detenidos y expulsados del país luego de un breve proceso administrativo en donde no se les permitió preparar su defensa, formular alegatos ni promover pruebas. CIDH, Informe N 49/99, Caso 11.610, México, 13 de abril de 1999, párr. 71.

54. CIDH. Informe N 64/08. Caso 11.691. Admisibilidad. *Raghda Habbal e Hijo*. Argentina. 25 de julio de 2008. Párr. 54.

55. CIDH. Informe N 64/08. Caso 11.691. Admisibilidad. *Raghda Habbal e Hijo*. Argentina. 25 de julio de 2008. Párr. 55.

Determinados aspectos fueron ampliamente desarrollados en el informe producido por la CIDH a fines del año 2015, que entre sus principales virtudes cuenta con la de nuclear la principal jurisprudencia y estándares del SIDH en materia de movilidad humana⁵⁶.

Por otra parte, es dable resaltar las observaciones presentadas por el Ministerio Público de la Defensa (MPD) con relación a la solicitud de Opinión Consultiva a la Corte IDH sobre «Niñez Migrante»⁵⁷, resultando un informe de gran importancia por varios motivos, ya que representa la opinión oficial de un organismo público argentino y propone abordar aspectos relacionados con las garantías judiciales en procesos donde intervienen personas extranjeras que hasta el momento no habían sido analizados en profundidad o sistematizados por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Es decir que, en el marco de un pronunciamiento de la Corte IDH, un organismo público nacional detalló cuestiones que tienen especial vinculación con la problemática examinada.

En esa oportunidad, el MPD indicó que la CIDH ha abordado la cuestión de las injerencias a la vida privada y familiar que puede generar específicamente la expulsión de una persona migrante en el caso *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros vs. Estados Unidos*, poniendo de resalto que, al momento de aplicar sus políticas migratorias, los Estados deben llevar a cabo una *prueba de equilibrio* en la cual se sopesa el interés legítimo del Estado de proteger y promover el bienestar general con respecto a los derechos fundamentales de las personas residentes no ciudadanas, tales como el derecho a la vida privada y familiar.

Para la CIDH esta «prueba de equilibrio es el único mecanismo que se puede utilizar para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos del individuo como las necesidades fijadas por el Estado». Continúa sosteniendo que este método tiene además la virtualidad de

56. CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En relación con el tema de la investigación ver los siguientes párr.: 288-291, 295, 297, 299, 302-311, 315, 317, 320-334. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

57. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/12/12.pdf>

garantizar que, cuando la toma de decisiones implique la potencial separación de una familia, esta interferencia sea justificada por una *necesidad apremiante* de proteger el orden público y que los medios son proporcionales al fin buscado. Para ello deberá atenderse a una lista no exhaustiva de criterios a tener en cuenta al momento de decidir sobre la expulsión de una persona⁵⁸.

Entre los criterios, el MPD destaca –con cita en todos los casos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos– la duración de la estadía en el país que pretende deportarla⁵⁹; la edad que tenía cuando ingresó al país que pretende deportarlo y el alcance de los vínculos en su país de origen⁶⁰; la capacidad para hablar los idiomas principales de su país de origen⁶¹; los vínculos familiares que ha forjado⁶²; el alcance de las penurias que constituye la deportación de la persona migrante para su familia⁶³, que incluye cuáles serían las consecuencias en sus dos fases posibles: a) si permanecieran a pesar de la expulsión de dicho familiar, deberá analizarse *el grado de dependencia* que ostenta la familia⁶⁴, teniendo en cuenta las edades⁶⁵, la existencia de situaciones especiales de dependencia, como en el caso de NNA de corta edad⁶⁶, enfermedades⁶⁷, etc., y b) si decidieran acompañar a la persona expulsada, deberán examinarse los vínculos de la familia de la persona migrante que se pretende expulsar con el país al cual sería expulsada. Vale decir, si la familia fuera completamente extraña y ajena a la cultura e idioma de ese país y careciera de todo vínculo con otras

58. Ver: Observaciones presentadas por el Ministerio Público de la Defensa (argentino) con relación a la solicitud de Opinión Consultiva a la Corte IDH sobre «Niñez Migrante». Págs. 24 a 39.

59. Cfr. TEDH, Berrehab vs. Países Bajos, Sentencia del 21 de junio de 1988, párr. 29 y Maslov vs. Austria, Sentencia del 23 de junio de 2008, párr. 73 y TEDH, Zakayev y Safanova vs. Rusia, Sentencia del 11 de febrero de 2010, párr. 42 y Rodríguez Da Silva vs. Países Bajos, Sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 44.

60. Cfr. TEDH, Üner vs. Países Bajos, Sentencia del 18 de octubre de 2006, párr. 58; Maslov vs. Austria, cit., párr. 75 y Ezzouhdi vs. Francia, Sentencia del 13 de febrero de 2001, párr. 34.

61. Cfr. TEDH, Maslov vs. Austria, cit., párr. 97 y Nasri vs. Francia, Sentencia del 13 de julio de 1995, párr. 45.

62. Cfr. TEDH, Khan A. W. vs. Reino Unido, Sentencia del 12 de enero de 2010, párr. 44 y Lupsa vs. Rumania, cit., párr. 21.

63. Cfr. Comité de Derechos Humanos, Madafferi v. Australia, CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 July 2004, para. 9(8).

64. Cfr. TEDH, Zakayev y Safanova vs. Rusia, cit., párr. 45.

65. Cfr. TEDH, Berrehab vs. Países Bajos, cit., párr. 29.

66. Cfr. TEDH, Lupsa vs. Rumania, cit., párr. 27.

67. Cfr. TEDH, Zakayev y Safanova vs. Rusia, cit., párr. 46 y Khan A. W. vs. Reino Unido, cit., párr. 43.

personas, entonces mayores serán las penurias que deberán enfrentar⁶⁸; la naturaleza y severidad del delito cometido por la persona migrante⁶⁹; la edad de la persona migrante en el momento que cometió el delito⁷⁰; la conducta del migrante desde el momento que cometió el delito⁷¹; los esfuerzos realizados para obtener la ciudadanía en el Estado receptor⁷²; el interés superior y el bienestar de NNA, y en particular las dificultades que encontraría en el país al cual se pretende deportar a su padre y/o madre⁷³ y el grado de solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares que ha desarrollado en el país que pretende la deportación –en contraste con aquellos que tiene en el país al cual se lo deportará–⁷⁴. Plantea un examen de contraste entre los vínculos en el país en el que se encuentra y aquellos que mantiene con su país de origen, considerando no solo los lazos familiares sino de manera amplia todos aquellos que pueda haber establecido a nivel social y cultural como parte de su vida privada⁷⁵.

Conclusión

La modificación de la política migratoria argentina introducida por el DNU 70/2017 y por políticas públicas que en la práctica lo han acompañado constituye un retroceso en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes y de sus familias, que instala nuevamente un paradigma que asocia a las personas migrantes con un problema de seguridad nacional.

68. Cf. TEDH, Üner vs. Países Bajos, cit., párr. 64; Amrollahi vs. Dinamarca, Sentencia del 11 de julio de 2002, párr. 41; Omojudi vs. Reino Unido, Sentencia del 24 de noviembre de 2009, párr. 46 y Boultif vs. Suiza, Sentencia del 2 de agosto de 2001, párr. 53.

69. Cf. TEDH, Nasri vs. Francia, cit., párr. 43.

70. Cf. TEDH, Maslov vs. Austria, cit., párr. 95.

71. Cf. TEDH, Üner vs. Países Bajos, cit., párr. 63; El Boujaïdi vs. Francia, Sentencia del 26 de septiembre de 1997, párr. 40; Bouchelika vs. Francia, Sentencia del 29 de enero de 1997, párr. 47 y Joseph Grant vs. Reino Unido, Sentencia del 8 de enero de 2009, párr. 40 y TEDH, Boultif vs. Suiza, cit., párr. 51 y Khan A. W. vs. Reino Unido, cit. párr. 41.

72. Cf. TEDH, Omojudi vs. Reino Unido, cit., párr. 45.

73. Cf. TEDH, Üner vs. Países Bajos, cit., párr. 58 y TEDH, Maslov vs. Austria, cit., párr. 82.

74. Cf. TEDH, Üner vs. Países Bajos, cit., párr. 62; Onur vs. Reino Unido, Sentencia del 17 de febrero de 2009, párr. 54; Joseph Grant vs. Reino Unido, cit., párr. 37; Maslov vs. Austria, cit., párr. 48; Chair y J. B. vs. Alemania, Sentencia del 6 de diciembre de 2007, párr. 59 y Kaya vs. Alemania, Sentencia del 28 de junio de 2007, párr. 55.

75. Cf. TEDH, Kaftailova vs. Letonia, Sentencia del 22 de junio de 2006, párr. 63; Shevanova vs. Letonia, Sentencia del 15 de junio de 2006, párr. 66 y Sisojeva y otros. vs. Letonia, Sentencia del 16 de junio de 2005, párr. 102.

Después de la modificación normativa, los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos expresaron preocupación por considerar que el Estado nacional ha restringido notablemente los derechos de las personas migrantes que se encuentran en conflicto con la ley penal. Sin embargo, el Estado decidió desoír todas las sugerencias que le realizaron, al punto de que los últimos mecanismos de protección que lo analizaron no tuvieron más opción que recomendarle que derogue o deje sin efecto el DNU 70/2017.

La tesitura abogada por el DNU 70/2017 resulta contraria a la Constitución Nacional y a las obligaciones internacionales del Estado argentino: con la reforma de los plazos y características generales del procedimiento administrativo migratorio y del proceso de revisión judicial, la modificación de los impedimentos de radicación y causales de cancelación de residencias y expulsión (arts. 29, 62 y 63), régimen de notificaciones (art. 54), retenciones (art. 70), modos de conclusión del proceso (art. 74), asistencia jurídica gratuita (art. 86) y la eliminación de la limitación temporal de expulsión por condenas penales o antecedentes que se correspondan a delitos con penas privativas de la libertad mayores a tres años vulnera los derechos a la vida familiar y a la unidad familiar, ignora el interés superior de NNA, afecta el derecho de defensa, el debido proceso y el acceso a la justicia de las personas migrantes.

Al mantener y reforzar su posición inconvencional, el Estado nacional ignora la postura de organizaciones de la sociedad civil especializadas, las opiniones fundadas de organismos nacionales y las observaciones que le han hecho organismos de Naciones Unidas que evaluaron la situación argentina con posterioridad a su entrada en vigor.

Esta realidad evidencia que el problema excede el marco normativo. El Estado puso en marcha una política de control migratorio, desarrollando políticas punitivas y generando herramientas para que la expulsión de personas extranjeras abarque cada vez más posibilidades, con menos excepciones y dentro de un procedimiento sumarísimo que reduce considerablemente los derechos y garantías de las personas.

Entonces, a la endeblez normativa generada por un DNU 70/2017 escasamente fundado⁷⁶ se suma el impulso dado por otras normas⁷⁷ y el incremento en el uso de aquellos institutos legales en procedimientos administrativos sin garantías adecuadas que vulnera seriamente el ejercicio de derechos de personas migrantes y, por ende, constituye violaciones a sus derechos humanos pasibles de responsabilidad internacional del Estado.

Desde lo teórico, la perspectiva *securitaria* que impone contradice la necesidad de una perspectiva basada en los derechos humanos. Desde lo procedimental, dificulta la posibilidad de ejercer y garantizar derechos vinculados al debido proceso y a derechos propios de la vida privada y familiar. Finalmente, desde lo práctico, las estadísticas oficiales publicadas por la DNM indican que el gobierno nacional multiplicó⁷⁸ las expulsiones en los tres últimos años⁷⁹.

El procedimiento administrativo previsto en la ley de migraciones y modificado por DNU 70/2017 no respeta ni garantiza que la persona migrante ejerza adecuadamente el derecho de acceder a la justicia y a un debido proceso legal e impide el ejercicio pleno de derechos suyos y de sus familias previstos en los instrumentos que Argentina ha ratificado.

76. En efecto, sirve de ejemplo repasar los datos estadísticos utilizados para argumentar un supuesto incremento de la población extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario Federal (SPF), argumentos fuertemente criticados por instituciones especializadas. Ver: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Amicus%20curiae%20PPN%20amparo%20colectivo%20DNU%2070-2017.pdf>; <http://iarpidi.org/2017/03/24/dictamen-tecnico-sobre-el-dnu-702017-que-reformo-la-ley-de-migraciones-25-871/>; <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf>.

77. Por ejemplo: los artículos 414 al 419 del Proyecto de Reforma del Código Penal que incorporan los delitos migratorios previstos en la Ley 25871 y de un nuevo delito que prohíbe el reingreso para las personas a las que se les aplicó un proceso de extrañamiento; el artículo 35 del nuevo Código Procesal Penal Federal prevé que el instituto de la suspensión del juicio a prueba implica la expulsión del territorio nacional para las personas extranjeras que lo soliciten, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar.

78. En efecto, un medio de comunicación destaca en base a un informe de la DNM que desde el inicio de la gestión hasta agosto del 2019 se concretaron un 65% más que en los últimos cuatro años del gobierno anterior. Ver: <https://www.infobae.com/politica/2019/08/01/el-gobierno-multiplico-la-expulsion-de-extranjeros-que-cometieron-robos-narcotrafico-y-abusos-sexuales/?outputType=amp-type>

79. Ver: http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/estadistica_expulsiones_DNM_2009-2015_1er%20semestre.pdf; http://www.migraciones.gov.ar/pdf/estadisticas/estadisticas_expulsiones.pdf

Consecuencia de todo lo expresado, se impone afirmar la necesidad de derogar del DNU 70/2017. Las personas sujetas a expulsión deben disponer del tiempo y medios suficientes para defenderse, con asistencia consular oportuna y asistencia técnica gratuita, en procedimientos respetuosos de los estándares internacionales del debido proceso, unidad familiar e interés superior de NNA. A su vez, debe garantizarse que el recurso a la privación de libertad por motivos migratorios sea la última opción frente a alternativas menos lesivas, por el menor período de tiempo posible y con control judicial efectivo.

IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES EN LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO

Situación en Mendoza durante 2016/2018

Palabras clave: proceso penal, garantías constitucionales, imputado, política criminal

Integrantes

Director: Darío Dal Dosso

Docente investigadora: Ana María Blanco

Alumnos: Evelyn Rivera, Araceli Yanzon, José Valot, Juan Castillo

Índice

Resumen	3
Introducción al problema	3
Formulación del problema	5
Desarrollo de la investigación	8
1. Métodos	8
2. Instrumentos de investigación	8
3. Resultados	9
3.1. Plazo razonable	9
3.2. Juez Natural. Imparcialidad del Juez	18
3.3. Ley 9106. Juicio por jurados y Juez Natural	25
3.4. Derecho al recurso	28
3.5. Derecho al recurso: jurisprudencia	32
4. El contenido del derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo	36
4.1. Diferencias más notorias entre las respectivas cláusulas	38
Conclusiones	40
1. Plazo razonable	40
1.1. La sanción de la Ley 9040 y las distintas normas dictadas entre 2016-2018	40
1.2. Separación de tareas jurisdiccionales y tareas administrativas	40
1.3. Incorporación de la oralidad en los procesos	41
1.4. Oralidad: audiencias flexibles y multipropósito	41
1.5. Reforma de procedimientos y leyes orgánicas	42
2. Juez Natural. Imparcialidad	44
2.1. Nueva organización judicial	44
3. Derecho al recurso	46
3.1. Soporte digital de audiencia, utilización de medios tecnológicos	46
Análisis documental	47
Normativa citada	47
Bibliografía	49

Resumen

Desde 2015, coincidentes con la asunción del gobierno actual. La legislatura de la provincia de Mendoza sancionó una serie de leyes de reforma al Código Procesal Penal; entre ellas, mayor oralidad, sistemas de audiencias, endurecimiento del régimen de prisión preventiva, acortamiento de plazos, simplificación de procedimientos, modificación de estructuras judiciales, entre muchas otras, con la expresa finalidad de hacer más eficiente la prestación del servicio de justicia en materia penal. Es bien sabido que el costo de la eficiencia se paga con moneda de garantías, por lo que se impone realizar un análisis de situación que pondere el impacto de las numerosas reformas procesales a la situación jurídica del imputado.

Introducción al problema

Escuchar la demanda social, humanizar las instituciones, acortar el tiempo de demora de los litigios, entre otros, además de una fuerte autocrítica al sistema judicial en su conjunto, fueron los ejes del discurso pronunciado en el acto de apertura del año judicial por el Dr. Ricardo Lorenzetti con fecha 6 de marzo de 2018¹. Sostuvo que todos estos objetivos se logran cuando se cambia con las estructuras, cuando se realizan reformas de fondo. Así, quien fuera el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ese momento afirmó:

Tenemos que pensar más en grande y cambiar los diseños institucionales y los procedimientos. Hacer una gran transformación, profunda. Debemos hacer una autocrítica dentro de los poderes judiciales acerca de cómo estamos funcionando. Todas estas preguntas requieren grandeza, requieren que pensemos en el país y no en los intereses individuales, en los intereses de las corporaciones, en los intereses económicos, políticos. Debemos pensar en el pueblo de la Nación, en el país, en la grandeza que necesitamos tener en estos momentos.

1. <https://www.cij.gov.ar/nota-29160-La-Corte-Suprema-realiz--el-acto-de-apertura-del-a-o-judicial.html#showfotos>

Propuso, además, hablar «de las reformas de los poderes judiciales en serio y con profundidad».

Es así como ha considerado lo que él mismo definió como la adecuación de las agendas de las instituciones a las agendas del ciudadano común, instando a encontrar políticas de Estado, soluciones concretas.

Por estos motivos vemos a lo largo de los últimos años cambios tendientes a buscar una respuesta más adecuada a la demanda de la ciudadanía, tanto en nuestro Código Penal como en los distintos códigos procesales de las provincias y de la Nación.

En consonancia con la Nación, en la provincia de Mendoza ha sido el Poder Ejecutivo provincial quien ha dado el puntapié inicial a la modificación de un sistema judicial penal que no satisfacía a la población a través de distintas modificaciones, tanto en la legislación procesal como en la etapa de ejecución de la pena. El poder judicial, como institución, en su conjunto y aun con reparos, las acompañó.

La última de las modificaciones aprobadas es la ley provincial 9040, la cual crea el Juzgado Penal Colegiado y el Tribunal Penal Colegiado, a la vez que busca colocar a la oralidad en el centro del proceso, dotándolo de celeridad para el acceso y resolución de los conflictos de índole penal. Posteriormente, llegó la sanción de la ley de juicio por jurados. Todo ello en la búsqueda de un mejor sistema para luchar contra la impunidad.

Volviendo al Dr. Lorenzetti, en el discurso citado, dijo:

Nuestros sistemas procesales fueron pensados en la defensa porque había que defender frente a los abusos del Estado, frente a los abusos de muchos otros. Entonces había que diseñar un sistema defensivo en materia procesal penal. Pero las sociedades fueron cambiando y se necesitó un sistema más pensado en el ataque, y no hay ataque si se usa la defensa. Entonces hay países que cambiaron fuertemente: concentraron las defensas, limitaron los recursos y se concentraron en la lucha contra la impunidad. Reformas que en nuestro país no se hicieron. [...] Es decir: hubo cambios legales para pensar en un sistema que, defendiendo las garantías, permita luchar contra la impunidad. [...] Queremos también, y esto se ha planteado en materia penal, que se

elaboren principios de armonización entre la seguridad ciudadana y las garantías constitucionales. Niveles aceptables de seguridad con respeto de las garantías ciudadanas. Lo que no podemos es seguir discutiendo y pasando de discusión a discusión mientras nuestro pueblo no ve las soluciones.

Asimismo, aclaró que dichas garantías surgen tanto de nuestra Carta Magna como de los distintos tratados internacionales que Argentina ha incorporado a su derecho interno.

Los cambios legislativos que modificaron nuestro Código Procesal Penal, al menos los iniciales, se hicieron y han comenzado a funcionar. Toca ahora la tarea de verificar, en la práctica, cómo dichos cambios han impactado en las garantías procesales del imputado.

Si estos han ampliado o restringido y, en su caso, si esta restricción es tolerable en un Estado democrático de derecho.

Formulación del problema

¿Cómo impactan los cambios legislativos que modificaron la estructura del proceso penal provincial en las garantías constitucionales de las partes dentro del proceso penal?

Como enseña Alberto Binder, la configuración de un proceso penal debe encontrar el punto óptimo entre la satisfacción de garantías y eficiencia. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación exige que la pena resulte no de cualquier proceso, sino de un «debido proceso», que ha definido como *aquel que respeta las formas sustanciales del juicio referidas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por jueces naturales, dentro de plazo razonable y con reaseguro de la doble instancia*. Además, el lugar en que más tensión produce la satisfacción simultánea de garantías y eficiencia se presenta en la regulación de las medidas de coerción personal, con directa incidencia en la garantía judicial referida al estado jurídico de inocencia.

En la provincia de Mendoza rigió por espacio de cincuenta años la Ley 1908, que respondía a un modelo de enjuiciamiento criminal mixto, esto es, predominantemente inquisitivo en su fase investigativa, que era llevada adelante por un juez de instrucción, y predominantemente acusatoria en la fase de juzgamiento, aunque conservando marcados resabios

inquisitivos. La sanción de este Código Procesal Penal no fue solo un producto de su tiempo, sino uno de los más elaborados códigos procesales de su época. Recordemos que en su proyección intervino el mismísimo Dr. Alfredo Vélez Mariconde, coautor del código fuente, el de la provincia de Córdoba, quien superó en la regulación propuesta para nuestra provincia los problemas de aplicación que se conocieron en aquella provincia mediterránea. Estos hechos los explica el propio autor en la exposición de motivos del proyecto de ley, que constituye en sí misma un verdadero manual de derecho procesal penal.

Al evocar las palabras del Dr. Ricardo L. Lorenzetti, las sociedades cambian y las leyes que otrora se dictaron reclaman actualización, y el derecho procesal penal no escapó a esta realidad.

Con el cambio de siglo sobrevino la sanción de la Ley 6730 (1999), que sustituyó el Código Procesal Penal anterior, instaurando incluso un sistema de matriz acusatoria. La exposición de motivos de esta ley, de pobrísimo contenido en comparación con su antecesora, dedica algunas líneas para describir el estado de la justicia penal de Mendoza al tiempo de su sanción, a saber, colapso, burocracia, informalidad en la selección de casos, impunidad, nula intervención de la víctima, juicios abreviados, etc., como punto de partida para justificar los cambios que propone para superar esa realidad.

La transformación más importante fue el cambio de sistema procesal al que tendió. De un código procesal de tipo mixto se avanza a uno formalmente acusatorio. Los jueces de instrucción dejan la investigación y, convertidos en jueces de garantías, controlarán a pedido de parte la investigación que realizará el Ministerio Público Fiscal. En el juicio propiamente dicho, se reducen, sin eliminar por completo, las facultades autónomas de investigación del Tribunal. En un sistema como el descrito, las garantías referidas a la imparcialidad y derecho de defensa en juicio encuentran mayor resguardo, pero la burocracia subsistió, y esta cualidad, sumada a la inexistencia de procedimientos especiales, conspiraron contra la vigencia de la garantía de ser juzgado dentro de plazo razonable.

A modo de antecedentes necesarios al período que abarcará nuestra investigación, procede explicar que la Ley 6730 sufrió dos grandes modificaciones siempre tendiendo a la eficiencia del sistema. Una modificación al régimen de la prisión preventiva que amplió el campo de procedencia, que se traduce en un recorte significativo a la garantía de ser tratado como inocente durante el trámite del proceso, como así también la incorporación

del procedimiento de flagrancia (Ley 7692, BO 12/06/2007), con el declarado propósito de «obtener sentencia judicial en casi 100% de los delitos denominados *in fraganti* dentro del término de 48 horas de cometidos los mismos». Como puede suponerse, en un procedimiento que responde a esta idea, las garantías de defensa en juicio, derecho al recurso e imparcialidad resultaban seriamente comprometidas, por lo que se requirió de un arduo trabajo de la jurisprudencia para compaginar aquella regulación con las garantías recién nombradas.

Se advierte con esta breve relación de antecedentes que las modificaciones operadas al Código Procesal Penal han tendido siempre al recorte de garantías judiciales por la consabida búsqueda de eficiencia para la justicia penal. No discrepamos con esta deseable finalidad, pero sí con los medios empleados para su consecución. Reformas a la ley que regula el debido proceso legal al punto de neutralizar garantías judiciales.

Si como muestra sobra un botón, véase el discurso brindado por el Cdor. Celso Jaque, el día 29/08/2008, en oportunidad en que presentó, como gobernador local, el denominado «Acuerdo Social por la Seguridad de los Mendocinos». En esa oportunidad dijo: «... Sepa cada uno de los delincuentes que son nuestros enemigos, que son los enemigos de la sociedad. Que los vamos a buscar día y noche, a ustedes y a todos aquellos que se transformen en sus cómplices...»².

En el gobierno de su sucesor, Dr. Francisco Pérez, fue donde se produjo la modificación al régimen de la prisión, que autorizó mayores espacios de injerencia en el ámbito de la libertad personal de los imputados para asegurar los fines del proceso.

Con esta tendencia, señalada por pocas pero profundas modificaciones al régimen del Código Procesal Penal, es que llegamos al período temporal objeto de nuestra investigación, donde la política criminal mendocina se caracteriza por la adopción de un cariz que puede considerarse como

2. Dos semanas más tarde, en todo de acuerdo con el espíritu contenido en dicho Acuerdo, el Gobierno pactó con el Poder Judicial de la provincia la realización de acciones concretas tendientes a la implementación y consecución de cada uno de los puntos que lo integran. El primero de esos puntos, anuncia: «Aplicación a los restantes Departamentos de la Provincia de Juicios directísimos. Retoques necesarios a la ley. "Acta Acuerdo entre el Gobierno de la Provincia de Mendoza y el Poder Judicial", suscripto el día 12/09/2008».

autoritario, y en el que las modificaciones operadas al régimen del proceso penal fueron tantas y más marcada la tensión entre garantías y eficiencia.

Por todo lo expuesto, consideramos que, tanto desde el punto de vista político, sociológico, criminológico, existen razones o explicaciones para comprender el fenómeno relatado, lo que despierta líneas de investigación para quienes se ocupan de esas disciplinas. Igualmente para los colegas especialistas en derecho civil y comercial, laboral y de familia, pues, en el mismo período, vivieron también intensos procesos de reforma.

Nosotros lo analizamos desde el punto de vista jurídico en materia procesal penal, preguntándonos CÓMO impactaron esas reformas en las garantías de los sujetos en el proceso penal mendocino (Ley 6730).

Desarrollo de la investigación

1ra etapa: garantías de imparcialidad y juez natural; derecho al recurso y plazo razonable.

2da etapa: derecho de defensa; *ne bis in idem*; estado jurídico de inocencia y libertad durante el proceso.

1. Métodos

Tipo de investigación: exploratoria correlacional.

Fuentes directas: leyes y exposición de motivos, discusiones parlamentarias, estadísticas.

Fuentes indirectas: artículos generales de doctrina, jurisprudencia, entrevistas abiertas y semidirigidas con operadores del fuero penal.

2. Instrumentos de investigación

Para la elaboración de este informe, predominó el estudio de campo, con observación directa del funcionamiento práctico del sistema procesal instaurado por Ley 9040.

Asimismo, se consultó estadísticas emanadas de la Oficina de Gestión de Audiencias en materia penal de la Tercera Circunscripción Judicial.

Han sido requeridas las estadísticas a las restantes circunscripciones territoriales.

Se realizaron entrevistas semiestructuradas con jueces, fiscales, defensores y operadores de la Oficina de Gestión de Audiencias, de todas las circunscripciones territoriales.

3. Resultados

A fin de compartir los resultados obtenidos, a continuación se realizará una breve síntesis de las tres garantías trabajadas en esta etapa y del impacto de la aplicación de las sucesivas reformas legislativas en ellas.

3.1. Plazo razonable

El plazo razonable constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso, cuya duración debe tenerse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad para el caso concreto, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables.

El plazo razonable en términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos está referido a que: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter» (art 8.1 CADH).

En este sentido, se han establecido criterios para determinar la razonabilidad del plazo:

Estudiar las demoras y sus causas.

Ponderar elementos objetivos (periodo de tiempo, número de imputados, número de hechos delictivos) y elementos subjetivos (conductas de las partes y actividad de las autoridades).

El plazo razonable a que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicte sentencia firme y definitiva.

3.1.1. La razonabilidad del tiempo en el proceso penal

El tiempo del proceso ocupa un lugar central en la idea de lo que debe ser un juicio, siendo una de las condiciones del debido proceso. Es un aspecto que conceptualiza a la actividad jurisdiccional en la dimensión de su duración, junto con otros elementos esenciales como el derecho de defensa, el principio de legalidad y el juez natural.

Así, un proceso que persiste ilimitadamente o por tiempos desmedidos no es un juicio justo, a pesar de que se cumplan con el resto de las condiciones; en tal sentido, el tiempo se erige en un derecho a que los conflictos ventilados en la justicia sean resueltos en un plazo razonable.

En este sentido los instrumentos internacionales de derechos humanos han receptado de manera expresa la vinculación de la garantía del debido proceso respecto de la existencia de un plazo razonable de duración del proceso penal.

Así los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos refieren especialmente al plazo razonable:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio (art. 7.5).

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1).

En esta línea, interpretando el art. 8.1, la Corte Interamericana sostiene que el principio de plazo razonable que consagra dicha norma, derecho al que también alude el art 7.5 de la Convención, aunque referido específicamente a la prisión preventiva, tiene como finalidad impedir que los acusados de

un delito permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente.

El Tribunal Interamericano ha entendido que una persona sobre la cual recae una imputación de haber cometido un delito tiene el derecho, en los términos del art 8.1, en caso de ser penalmente perseguida, a ser puesto sin demora a disposición del órgano de justicia o de investigación, tanto para posibilitar la sustanciación de los cargos que pesan en su contra, en su caso, como para la consecución de los fines de la administración de justicia, en particular la averiguación de la verdad.

Así ha indicado que el plazo razonable debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse, apuntando que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y queda firme el asunto.

La razonabilidad del plazo al que se refiere el precepto se debe apreciar, entonces, en relación con la duración total del proceso, y desde el primer acto procesal.

Al momento de delimitar su contenido, la Corte Interamericana admitió que el plazo razonable no es un concepto de sencilla definición; para precisarlo echó mano a los elementos que había señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en distintos fallos en los cuales se había analizado este principio.

El artículo 8.1 de la Convención Americana es equivalente, en lo esencial, al art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo

exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

Así, de acuerdo con la doctrina de la Corte Europea, sentada en los casos como Ruiz Mateos vs. Spain (23 de junio 1993), la CorteIDH dejó sentado que, para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso, se deben tomar en cuenta tres elementos:

- La complejidad del asunto³, referido tanto a cuestiones de hecho como de derecho presentes en el caso.
- La actividad procesal del interesado, que pudiera provocar una demora indebida en la tramitación del proceso⁴.
- La conducta de las autoridades judiciales⁵, vinculada a dilaciones indebidas que pudieran provenir de la falta de diligencias y cuidado que deben tener los tribunales de justicia o en general de los sujetos procesales que intervienen en el procedimiento con facultad para diligenciar actuaciones como en algunas legislaciones el Ministerio Público Fiscal o la policía.

Precisándose también que, en análisis de la razonabilidad del plazo, se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en él, considerando la materia objeto de controversia.

Se sostuvo que «si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento

3. CorteIDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C nro. 30; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2010. Serie C nro. 217; Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C nro. 246; entre otros.

4. CorteIDH. Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2002. Serie C nro. 97; Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C nro. 30.

5. Por cuanto [...] una pasividad o inacción de las autoridades que no tiene explicación no es una conducta adecuada de las autoridades. CorteIDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C nro. 246; entre otros.

corra con más diligencias a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve»⁶. Lo cual da lugar a un cuarto elemento configurativo de la violación de la garantía como lo es la afectación del procedimiento sobre el individuo.

En el marco de la garantía del plazo razonable de duración del proceso, la CorteIDH ha sostenido que el derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido⁷ y las sanciones a los eventuales responsables.

3.1.2. Elementos del plazo razonable - Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Este Tribunal estableció las siguientes características de plazo razonable en una serie de fallos.

- Los márgenes dentro de los cuales debe contarse el plazo razonable de duración del proceso van desde el día en que se acusa a alguien y se extiende hasta el fallo que resuelve el fundamento de la acusación, incluyendo la resolución del tribunal de segunda instancia, si se recurre⁸.
- Imposibilidad de traducir el concepto de plazo razonable en un número fijo de días, semanas, meses o de años y en variar la duración según la gravedad de la infracción⁹.
- Para determinar si la duración de un proceso ha sido razonable o no, se debe atender a la complejidad del caso, al comportamiento del demandante y a la manera en que el asunto fue llevado a cabo por las autoridades administrativas y judiciales.

6. CorteIDH. Caso Gennie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C nro. 30; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C nro. 246; Caso Forneron e hija vs. Argentina. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C nro. 242; entre otros.

7. CorteIDH. Caso Masacres El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C nro. 252; Caso Bulacio vs. Argentina. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C nro. 100; entre otros.

8. TEDH. Caso Neumeister v. Austria. Sentencia de 27 de junio de 1968

9. TEDH. Caso Stgammüller v. Austria. Sentencia de 10 de noviembre de 1969.

3.1.3. Plazo razonable: opinión dominante

En las interpretaciones jurisprudenciales la cuestión comenzó a reflejarse decididamente entrados los años sesenta. En tal sentido, se debe considerar que en 1968 el TEDH comenzó su larga e interesante serie de sentencias sobre el punto.

En 1968 en Argentina se inicia, con la sentencia «Mattei» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una línea jurisprudencial que, sin alcanzar claridad ni precisión, implicó el reconocimiento de un derecho constitucional del inculpado a que su situación frente a la ley penal y la sociedad sea definida en el menor tiempo posible por la innegable restricción de derechos que supone estar sometido a persecución penal por el Estado.

En esa época el TEDH sentó las bases de lo que es hasta hoy y de modo prácticamente universal la interpretación dominante acerca del significado jurídico de la expresión «plazo razonable», ya se trate del plazo razonable de la prisión preventiva o del proceso.

Dicha posición interpreta, ante todo, que el plazo razonable no es un plazo («doctrina del no plazo») en el sentido procesal penal, es decir, no considera a dicha expresión como condición de tiempo, prevista en abstracto por la ley, dentro de la cual –y solo dentro de la cual– debe ser realizado un acto procesal o un conjunto de ellos, sino como una indicación para que, una vez concluido el proceso, los jueces evalúen la duración que tuvo el caso para estimar, según una serie de criterios, si esa duración fue o no razonable y, en caso de que no lo haya sido, compensarla de alguna manera.

Según la opinión dominante el plazo razonable no se mide en días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso –terminado el caso– para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculpado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes.

Si ese examen afirma que la duración fue irrazonable, se pasa al ámbito de las consecuencias jurídicas y se repara la violación del derecho fundamental («solución compensatoria») de acuerdo a las posibilidades y a los límites de la competencia de quien decide, de modo que los órganos del derecho internacional de los derechos humanos (el TEDH, la CorteIDH) mandan

indemnizar los retrasos, y los tribunales nacionales o bien recurren también a ello, o bien, dentro de las posibilidades que le brindan las leyes, atenúan la pena, prescinden de ella, dejan en suspenso su ejecución, remiten a la gracia o al indulto e, incluso, recurren a la sanción de los funcionarios responsables de los retrasos, todo ello con base en que el proceso fue excesivamente prolongado.

Solo excepcionalmente se recurre a la clausura del procedimiento, pues lo normal es que el examen se realice cuando el proceso ya ha concluido.

Esta sigue siendo hasta hoy la posición del TEDH que ha condenado a España en el caso González-Doria Durán de Quiroga¹⁰ por violar el derecho de toda persona a ser juzgada dentro de un plazo razonable.

El caso había tenido una duración total, desde su comienzo con la primera actuación ante el Juzgado de Instrucción hasta que finalizó con la decisión del TC de rechazar un recurso de amparo, de catorce años, cuatro meses y cinco días.

El TEDH reiteró su jurisprudencia anterior y señaló que la evaluación de la razonabilidad de la duración del proceso debía ser realizada de manera global, según las circunstancias del caso, y teniendo en cuenta especialmente la complejidad de los hechos y el comportamiento del imputado y de las autoridades de la persecución penal.

Si bien el Tribunal, por unanimidad, consideró que el caso importaba cierta complejidad (numerosos documentos por examinar, necesidad de peritaciones, una reforma procesal intermedia, etc.), concluyó que esa complejidad no explicaba una duración tan prolongada y que ella tampoco podía atribuirse exclusivamente al comportamiento del imputado, de modo que condenó a España por la violación del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable a compensar el daño moral así causado al inculcado con la suma de 10.000 euros.

Por su parte, de Alemania provino la idea, inspirada en la jurisprudencia del TEDH, de que la violación al plazo razonable, en caso de ser comprobada, fuera compensada en el mismo proceso.

10. Sentencia TEDH de fecha 28/10/2003.

En efecto, se asentó la doctrina según la cual la infracción debía ser considerada en la determinación judicial de la pena, pues la excesiva duración del proceso sufrida por el imputado que resultaba condenado debe ser tomada como una consecuencia negativa proveniente del Estado y que sufre el imputado a consecuencia del hecho, de modo que disminuye con ello proporcionalmente el reproche de la culpabilidad.

Para estos casos se propone, en la medida en que lo permitan los límites de la ley, compensar la violación del plazo razonable con la reducción de la pena, incluso al mínimo, o con la suspensión de su ejecución o hasta con su prescindencia.

La jurisprudencia alemana sigue sosteniendo, aunque sin claridad ni precisión que, en casos excepcionales, la solución debe ser el sobreseimiento del caso. Asimismo, Alemania resultó condenada por el TEDH por violar el precepto del plazo razonable, aunque en la sentencia condenatoria dictada contra el afectado se había tomado en cuenta la situación en el marco de la culpabilidad reprochable y la medición consecuente de la pena.

También en España se acepta, por un lado, que la posible verificación de la violación de este derecho no se establece por el cumplimiento de un plazo, sino que ello se deduce de la evaluación global de la duración de un proceso terminado o que está terminándose, y que, por otro lado, la compensación de las dilaciones indebidas en la pena es la consecuencia jurídica de la violación.

En Argentina, nuestro máximo Tribunal, al resolver la causa Espíndola¹¹, hizo lugar a un recurso extraordinario federal interpuesto por la Defensoría de Casación del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires. Allí, la situación que se planteó es la aplicación de circunstancias atenuantes sobrevinientes frente a la violación del plazo razonable del proceso recursivo, entre otras cuestiones.

En el fallo, la Corte analizó la excesiva dilación de los procesos, con instancias previas que no aplican los estándares emanados de los precedentes del Máximo Tribunal en consonancia con aquellos establecidos por la Corte Interamericana de derechos Humanos para finalmente resolver revocando el fallo impugnado.

11. CSJN 1381/2018/RH1 Espíndola, Juan Gabriel s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Se debe afirmar que, acerca de la opinión universalmente dominante en la materia, es posible advertir dos criterios centrales:

Por un lado, el plazo razonable de duración del proceso penal no es un plazo en sentido procesal penal que debe ser previsto abstractamente por la ley, sino que se trata de una pauta interpretativa abierta para estimar si la duración total de un proceso ha sido o no razonable, para lo cual debe procederse caso a caso, una vez finalizado el proceso y globalmente, tomando en cuenta la complejidad del caso, la gravedad del hecho, las dificultades probatorias, la actitud del imputado y el comportamiento de las autoridades encargadas de la persecución penal.

En segundo término, comprobada la irracionalidad de la duración, la violación del derecho debe ser compensada desde el punto de vista material, penal o civil, o dar lugar a sanciones administrativas, penales o disciplinarias, y solo en casos extremos se justifica el sobreseimiento.

3.1.4. El carácter legal del plazo razonable

Siguiendo a Carrara, «sería burlarse del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando su observancia a gusto del juez [...]. Si el legislador dicta un procedimiento que pueda ser violado al arbitrio de los jueces, no hace una ley, sino que se limita a dar un consejo».

Esta frase nos advierte ya de la mayor objeción que puede ser formulada contra la interpretación dominante: ni la determinación de la duración razonable del proceso ni la de las consecuencias por su infracción pueden quedar libradas abiertamente a la voluntad de los tribunales. Muy por lo contrario, la primera conclusión que se puede extraer dogmáticamente de la garantía de todo imputado a ser juzgado con celeridad es la necesidad de que los ordenamientos jurídicos secundarios, reglamentarios de los derechos fundamentales, establezcan con precisión el plazo máximo de duración del proceso penal y las consecuencias jurídicas que resultarán de su incumplimiento.

Solo en caso de ausencia de esa regulación legal obligatoria tendrán los jueces que asumir un papel activo, con el fin de que la ausencia de norma secundaria no obstaculice la efectividad del derecho.

Por tanto, el plazo razonable de duración del proceso penal debe ser fijado por la ley.

La idea central es que el plazo razonable sea interpretado, en primera línea, como aquello que el derecho procesal penal comprende por plazo: un lapso dentro del cual –y solo dentro del cual– un acto procesal, un conjunto de actos procesales, una etapa del procedimiento o todo el proceso pueden ser realizados válida y eficazmente.

Dicho plazo debe estar establecido en las unidades temporales que el derecho, como fenómeno cultural, ha adoptado en reconocimiento del hecho histórico y social de la organización del tiempo entre los seres humanos: días, semanas, meses, años. Además, el plazo en cuestión debe ser establecido por el legislador de un modo general y abstracto. Ello se justifica porque todo el proceso es una coacción estatal que menoscaba derechos de las personas sometidas al enjuiciamiento y esa coacción solo es legítima si está autorizada por la ley dentro de unos límites precisos, entre los cuales están incluidos también sus contornos temporales.

Esa idea es el alma del principio del Estado de derecho, en el cual las autoridades únicamente pueden ejercer aquellos poderes que la ley expresamente les otorga y hasta los límites, también temporales, de esa autorización.

La regulación por ley del plazo de la extensión máxima del proceso también está impuesta por el principio *nulla poena sine lege* en tanto se observe y reconozca que el proceso mismo opera ya como una pena «material», aunque informal si se quiere.

El plazo legal, por último, evita la manipulación judicial de la razonabilidad de la duración de los procesos al estipular un límite absoluto al poder de enjuiciamiento del Estado que, en cuanto tope máximo, está fuera del alcance de toda interpretación incierta.

A los tribunales y a los órganos de control del respeto de los derechos de los tratados internacionales de derechos humanos les compete, únicamente, analizar si los plazos legales –en cuanto plazos máximos, nunca mínimos– son efectivamente razonables.

3.2. Juez Natural. Imparcialidad del Juez

La garantía en estudio implica que ninguna persona puede ser juzgada por jueces designados especialmente para el caso y que estos resulten imparciales para el conocimiento y resolución de la causa. La garantía, en sentido lato, es el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas

al hombre. Las garantías existen frente al Estado, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos.

Se encuentra normativamente instaurada en la CADH art. 8.1, el PIDCyP art.14.1 y la DUDDH art. 26.

De conformidad con el Código Procesal Penal de Mendoza:

Nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este Código, ni juzgado por otros Jueces que los designados de acuerdo con la constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, ni encausado más de una vez por un mismo hecho (Fuente: art. 1 de la Ley 1908).

Juez Natural: Nadie podrá ser Juzgado por Jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá solo a los Tribunales, instituidos conforme a la Constitución y la Ley (original de la Ley 6730. BO: 16/11/1999).

Debe recordarse que en nuestra provincia rigieron en los últimos años dos sistemas procesales diferentes, cuya vigencia durante años fue simultánea en el territorio provincial.

Así, la Ley 1908 proponía un sistema inquisitivo mixto (1950 a 2016 –parcial–) y la Ley 6730, un sistema formal acusatorio (1999 implementación progresiva hasta 2016; total a partir del 01/08/2017 a la actualidad).

A esto debe agregarse el conjunto de reformas legales (2016/2018), las cuales aspiran a la instauración de un sistema acusatorio adversarial.

A fin de establecer previamente el diseño del proceso penal mendocino vigente en el período considerado, podemos sostener que las características de la Ley 1908, sistema mixto (inquisitivo y acusatorio), eran las siguientes:

- Descubrimiento de la verdad real; vigencia estricta del principio de legalidad procesal; no intervención de la víctima salvo como actor civil; predominio del registro escrito –expediente–.
- Órganos y competencias: fiscal de instrucción, juez de instrucción, fiscal correccional, juez correccional; cámaras del crimen con integración colegiada y Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Organización verticalizada y refleja.

- Régimen de turnos: Acordada 13333, Suprema Corte de Justicia de Mendoza –fecha del hecho–.
- Fase instructora: juez de instrucción: juez y parte; fiscal correccional, formal acusatorio.
- Fase juzgamiento: juez correccional y cámaras del crimen. Radicación del expediente, control de la acusación, facultades autónomas de investigación durante la fase preliminar y el juicio.
- Fase recursiva: cámara del crimen y Suprema Corte de Justicia de Mendoza.
- Fase de ejecución de pena: a cargo del tribunal de sentencia.
- Inhibición y recusación: catálogo cerrado y de interpretación restrictiva.

La Ley 6730, con un sistema formalmente acusatorio, tenía sintéticamente los siguientes rasgos:

- Descubrimiento de la verdad, principio de legalidad y de oportunidad; intervención de la víctima como querellante particular; expediente como registro.
- Órganos y competencias: fiscal de instrucción, juez de garantías; fiscal correccional, juez correccional, cámaras del crimen y cámara de apelaciones, con integración unipersonal como regla; fiscal de cámara del crimen y fiscal de cámara de apelaciones; juez de ejecución y Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Organización verticalizada y refleja.
- -Distribución del trabajo por régimen de turnos: Acordada 13333 y conc., Suprema Corte de Justicia de Mendoza –fecha del hecho–.
- Fase investigativa: fiscal de instrucción ante juez de garantías.
- Fase juzgamiento: juez correccional, cámaras del crimen. Radicación del expediente, control formal de la acusación, investigación suplementaria solo a pedido de parte, iniciativa probatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal, con resabios inquisitivos tales como las preguntas aclaratorias y facultad de disponer de oficio la inspección judicial.
- Fase recursiva: cámara de apelaciones y Suprema Corte de Justicia de Mendoza.
- Fase de ejecución: juez de ejecución.
- Causales de inhibición y recusación: catálogo más abierto, subsiste interpretación restrictiva.
- Creación del fuero de flagrancia por Ley 7692 (BO. 12/06/2007). Órganos: fiscal de flagrancia y juez de garantías de flagrancia. Procedimiento.

Ahora bien, ya adentrándonos en la concepción jurisprudencial de la garantía en estudio, el caso paradigmático es el fallo de nuestro máximo Tribunal Nacional en la causa «Llerena, Luis Horacio» del 17/05/2005.

A su vez, la concepción de «juez imparcial» debe ser reexaminada a la luz de la evolución jurisprudencial de la CorteIDH, a fin de establecer si ella satisface las exigencias mínimas establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. art. 75 inc. 22 CN).

Por su parte, la CIDH, al interpretar la garantía del art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha señalado que «... la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso» (conf. Informe 5/96, del 1/3/96, caso 10.970, «Mejía vs. Perú»).

Del mismo modo, también la CorteIDH ha destacado el carácter fundamental del derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, como una garantía fundamental del debido proceso. Así sostuvo que:

Se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática (conf. CIDH, Serie C, 107, caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», sentencia del 2 de julio de 2004, § 171). Respecto de este punto, y siguiendo los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana formuló la distinción entre los aspectos subjetivos y objetivos de la imparcialidad: «Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrían suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia» (conf. Caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», §§ 170 y s.).

Para resumir, los casos del Tribunal Europeo que cita son «Piersack vs. Bélgica» y «De Cubber vs. Bélgica», y la doctrina que emerge de estos precedentes, es que, en la visión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la circunstancia de haber formulado un juicio de probabilidad de culpabilidad descalifica al juez para participar durante el juicio en el que se determine su culpabilidad o inocencia.

Sin embargo, y en lo que atañe a la garantía analizada, atento a la doble regulación legal que existiera podemos sostener que ha tenido las siguientes consecuencias:

- Hipótesis no contemplada como causal de inhibición (72, inc. 1).
- Inhibiciones. Problemas en 2da y 3ra Circunsc. Judiciales. Integración con magistrados de otros fueros para el juicio (causa Paula Toledo, de San Rafael, y caso Bolognezi, de San Martín).
- Se integró y puso en funcionamiento la Cámara de Apelaciones en la Primera Circunscripción Judicial.
- Para la Segunda y Tercera Circunscripción Judicial, se atribuyó por ley competencia en grado de apelación a los dos Tribunales Penales de Menores de Mendoza.
- Interpretación amplia de la garantía por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza¹².

Nuestra Corte Provincial, a su vez, fue corrigiendo, aun de oficio, sentencias por violación a la garantía de imparcialidad.

Así, se advierte un avance en el resguardo de la imparcialidad del Tribunal por el registro audiovisual de la audiencia –Leyes 8896 y 9040–, que ha sido clave para que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza remedie afectaciones a la garantía de imparcial por exceso de activismo judicial y favorece la litigación adversarial con la práctica del examen y contraexamen de testigos.

Así sucedió en los siguientes casos:

- Mopardo Dupox, sentencia del 18/05/2018:

... Tanto cuantitativamente como cualitativamente en este proceso ha sido el juez el protagonista y encargado principal de descubrir la verdad, lo cual es incompatible con el esquema acusatorio que rige constitucional, convencional y legislativamente (Flores González, sentencia del 10/04/2019).

12. Autos 86.851 «Arenas Quiñones» de fecha 14/12/06; Autos 88.427 «Funes Guerra» fecha 21/06/07; 88.415 «Godoy Echenique» del 31/07/07; 91.435 «Nieto Loza» de fecha 28/02/08; 106.859 «Echeverría Maza» del 13/06/2013 –de oficio–; 110.955 «Flores Funes» del 07/04/2014; entre muchos otros.

... Aunque desde una interpretación dinámica del sistema procesal vigente, a la luz de la clara política pública judicial de instaurar el sistema de enjuiciamiento penal de tipo acusatorio-adversarial (Leyes 8869, 8885, 8896, 8925, 8934, 8971, 8937, 8911, 8928, 9040 y 9106 –estableciendo el juicio por jurados–), resulta que es conveniente aplicar la técnica de examen y contraexamen de testigos a cargo exclusivamente de las partes.

El remedio a la afectación de imparcialidad vino, pues, con la interpretación amplia de la garantía y de los mecanismos de excusación e inhabilitación. Luego de la Ley 9040, corresponde apuntar otra diferencia, señalada por la jurisprudencia local.

- En casos «Oro Ramella», del 14/06/2018, y «Arzuza Villegas», del 17/09/2018, la Suprema Corte de Justicia concluyó:

... a partir de la reforma introducida por la Ley 9040 –que incorporó el cuarto párrafo al artículo 77 del C.P.P.–, la primera parte de dicho artículo –párrafos 1º, 2º y 3º– ha perdido vigencia. En efecto, el 4º párrafo de dicha norma, en tanto dispone que los jueces de los Juzgados Penales Colegiados y Tribunales Penales Colegiados que se inhabilitan serán reemplazados inmediatamente por la OGAP, manteniéndose una equitativa carga de trabajo, no solo ha innovado el trámite de remplazo de jueces en los casos de inhabilitación, sino que, también, ha dejado sin efecto el sentido controversial que podía suscitarse en la invocación de una causal de inhabilitación y, con ello, la demanda de una resolución jurisdiccional al respecto.

Ello surge a partir de la interpretación armónica del nuevo art. 76 del C.P.P. y el art. 87 de la Ley 9040. El primero de ellos, en tanto fija la competencia de los Juzgados Penales Colegiados y los Tribunales Colegiados para tratar, solamente, las recusaciones no admitidas.

Una interpretación que implique adherir a la competencia de dichos cuerpos colegiados la prerrogativa para juzgar los fundamentos de una inhabilitación planteada, a pesar de la voluntad expresa del legislador de no incorporarla,

conllevaría a una actividad legislativa incompatible con la labor jurisdiccional. En este sentido adquiere relevancia el contenido del art. 87 de la Ley 9040 cuando dispone que las normas contrarias a las aprobadas por ese cuerpo legal quedan derogadas y sin efecto. Ello puesto que, al eliminar la competencia de los juzgados o tribunales colegiados para resolver planteos de inhibición, los primeros tres párrafos del artículo 77 ya no pueden considerarse vigentes, toda vez que normativizan un trámite que tiene como fin el juzgamiento de las causales de inhibición.

Sin embargo pese a los inconvenientes conocidos, el cúmulo de leyes procesales no favorecen el aspecto objetivo de la imparcialidad del Tribunal, por la subsistencia del expediente, la radicación del caso en el tribunal de juicio y la intervención atribuida a los jueces durante los actos preparatorios del debate.

En opinión de la jurisprudencia internacional, se conspira contra la imparcialidad cuando el juez se ha formado opinión de los hechos y de la culpabilidad por haber actuado anteriormente en el proceso en que luego deberá sentenciar, de ahí que el modo más efectivo para lograr esta imparcialidad en el juicio consista en impedir que tome conocimiento de la actividad previa a la iniciación del debate.

Esto se soluciona con la separación estricta de las fases, atribuyendo al juez de control los actos preparatorios del juicio, de manera que el Tribunal de Sentencia acceda a una sala de debates sin conocimiento previo del expediente, al modo de Neuquén y, hoy, del Código Procesal Penal de la Nación Argentina¹³.

Sin embargo, ninguna de las reformas procesales puso foco en este aspecto con la violación a la garantía de imparcialidad que está latente. La Ley 9040 reformó el juicio común, el juicio correccional y el juicio por flagrancia.

Por otro lado, sustituyó el control formal de la acusación de oficio por la denominada audiencia preliminar, que contiene todos los actos preparatorios del debate, entre ellos, la decisión sobre la prueba, resoluciones de

13. Código Procesal Penal del Neuquén, arts. 167/173. Nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina, arts. 241/247.

excepciones, invitación a formular acuerdos probatorios, decidir acuerdos probatorios, etc., todo lo que se celebra en presencia del juez que va a intervenir.

En el juicio correccional, la acusación se formula ante el Juez Correccional en la denominada audiencia de acusación, donde además se ofrece y provee la prueba y, si no hay resolución sobre la aplicación de criterio de oportunidad, se sigue la fijación de audiencia para el juicio correccional –que puede ser ante el mismo juez–.

En el juicio por flagrancia, aunque ya no declara el caso como de flagrancia, sucede algo análogo, ante él se ofrece y admite la prueba, y contempla la intervención del juez en la audiencia de finalización, con peligro de que intervenga el mismo juez.

Se pone de relieve una falencia central que afecta la imparcialidad del juez, que es favorecida por la organización judicial, el mantenimiento del expediente y el diseño del proceso penal.

Por otra parte, la práctica del juicio común, cuyas normas rigen en general todos los procedimientos, mantienen las atribuciones residuales de investigación autónoma.

3.3. Ley 9106. Juicio por jurados y Juez Natural

Quizás el procedimiento especial que hoy satisface mejor la garantía de imparcialidad, pese a la intervención del juez en la audiencia preliminar, sea la institución del juicio por jurados, porque el veredicto de culpabilidad se atribuye al panel de jurados cuya imparcialidad aparece suficientemente garantizada con el procedimiento de selección aleatoria, a través de un listado de potenciales jurados y el resultado de la audiencia de *voir dire*.

Los jurados, doce miembros titulares y cuatro suplentes, cuya composición debe respetar una equivalencia de cincuenta por ciento (50%) del género masculino y femenino, resultan de una selección determinada, en principio, por el DNI.

Respecto a su competencia, y de conformidad con los arts. 2 y 49, comprenderá solo los delitos previstos en el artículo 80 del Código Penal de la Nación y los que con ellos concurren según las reglas de los artículos 54 y 55 de ese código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquellos.

La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio.

El art. 49 prescribe que «la presente ley entrará en vigencia a los quince días de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad, incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada audiencia de debate».

Esto es, se define la competencia por el delito, no por la pena.

Con lo cual, puede juzgarse a un partícipe secundario de delito del artículo 80, o cuando concurren circunstancias extraordinarias de atenuación, emoción violenta o preterintencionalidad en el caso del inciso 1 del artículo 80, que torna la pena divisible y habrá necesidad de realizar el juicio con cesura.

De igual manera se aplica a los delitos comprendidos en el art. 80 del código penal que quedaran en grado de conato. Si no aplicara la tentativa, no podrían ser juzgados los partícipes, circunstancias ambas que amplían el ámbito de responsabilidad penal en la parte general del código penal.

Entonces, siendo coherentes, si no se admite la tentativa, no debe admitirse forma distinta de intervención en el delito.

En forma supletoria aplica el artículo 51 del CPP que, a nuestro entender, resuelve el caso. Supongamos una persona acusada de delito del artículo 80 en tentativa; como indica la norma procesal, para determinar la competencia, se tendrán en cuenta todas las penas establecidas por la ley para el delito consumado y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de hechos de la misma competencia, pero siempre que sea probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal será competente la Cámara del Crimen.

Si esto es correcto, todas aquellas causas que ingresaron al Tribunal Penal Colegiado desde la vigencia de la ley, con la calificación jurídica de tentativa de delito del artículo 80, y las que se encontraban en trámite sin fijación de audiencia de debate deben ser resueltas por el juez natural, que es el jurado.

3.3.1. Violación a la garantía de juez natural

El juicio por jurados, del modo que ha sido reglamentado por la provincia de Mendoza, consagra el derecho del pueblo de juzgar a sus pares, no el

derecho del acusado de ser juzgado por sus pares. La diferencia no es sutil, pues podría ser opción del acusado, a través del pedido o la renuncia.

En palabras de la Corte Suprema:

... si el juicio por jurados expresa –en esencia– el derecho a juzgar en cabeza del pueblo, por considerarlo el sujeto jurídico más apto para ponderar la criminalidad de las acciones u omisiones del prójimo, y si –a su vez– se considera al veredicto como una conclusión que se asume luego de transitar un proceso deliberativo forjado por una pluralidad de opiniones que expresan apreciaciones en las que se congregan la multiplicidad de género, edades, oficios, experiencias de vida, etc., no luce irrazonable requerir una mayoría especial de dos terceras partes de sus miembros para generar la decisión, tal como lo prevé la legislación neuquina aplicada al presente caso (CSJN, Consid. 17, caso Canales, Mariano Eduardo y Otro S/ homicidio agravado, resuelta el 2 de mayo de 2019).

La mayoría exigida en Mendoza es unanimidad.

La CSJN afirmó que:

... corresponde remarcar que este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, en tanto la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía. En ese sentido, no existe derecho adquirido a ser juzgado por determinado régimen procesal, pues las normas de procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos (fallos 249:343; 321:1865; 326:2805, entre otros).

Esto por cuanto la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a las causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos, lo que obstaculizaría la pronta terminación de los procesos que exige una buena administración

de justicia, supuesto que la parte ni siquiera alega que se haya verificado en el presente caso (fallos 324:5496).

A la luz de esta doctrina y en virtud de lo planteado, cabe concluir que la aplicación del juicio por jurados al trámite de la presente causa no conculcó la garantía constitucional de juez natural consagrada en nuestra Constitución Nacional.

3.4. Derecho al recurso

Se denomina derecho al recurso a aquellos medios de impugnación por los que quien es parte en el proceso pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial, a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca, o que sea anulada.

Su fundamento radica en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que el propio juez o tribunal pueda reconsiderar y rectificar una decisión desacertada antes de que se convierta en firme, así como en la garantía que supone someter la corrección de un posible error en la interpretación y aplicación de la ley, o en la valoración de las pruebas practicadas, o en la observancia de las normas procesales a la decisión de otro tribunal distinto, colegiado y de mayor experiencia.

Su finalidad son los actos procesales en cuya virtud quien se considera agraviado por una decisión judicial pide, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados desde la notificación de aquella, que un órgano superior en grado al que la dictó o, en su caso, este mismo, la reforme, modifique, amplíe o anule. Es menester tener en cuenta que la historia de los recursos se encuentra ligada a la historia de la libertad y reconoce distintas finalidades:

- Permite subsanar equívocos del juzgador: el proceso, en cuanto conjunto de actos jurídicos producidos por sus sujetos, es obra del hombre y como tal está expuesto al error. Si quien incurre en el equívoco es el juzgador, la corrección se ejercita mediante un recurso cuya promoción es un derecho subjetivo de los litigantes y no un deber.
- Sirve como instrumento de política judicial: autorizando a los jueces superiores a controlar determinados aspectos de los pronunciamientos inferiores.

3.4.1. *El derecho a recurrir*

En el proceso penal, por efecto de lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías comprende el de que el fallo condenatorio y la pena impuesta puedan ser sometidos a un tribunal superior.

El Tribunal Constitucional (sentencias 9/1997 y 216/1997) se ha ocupado de destacar las diferencias existentes entre el derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos establecidos, insistiendo en que la tutela judicial a obtener de los diversos grados de órganos jurisdiccionales depende del sistema de recursos que las respectivas leyes de enjuiciamiento configuren para cada orden jurisdiccional, según sus características.

El derecho a recurrir es de naturaleza dispositiva, de manera que la parte agraviada por la resolución podrá interponerlo o no, y en el caso de que así lo haga, podrá desistir luego este, lo que equivale a mostrar su conformidad con la resolución recurrida, que devendrá, por ello, firme.

Se ha discutido por la doctrina si el derecho a recurrir constituye una categoría autónoma de acción o pretensión, distinta de aquella que se ejercita por las partes respecto de la materia que proponen como objeto del proceso, o si, por el contrario, guarda relación o se deriva de esta última. La opinión dominante considera que el derecho a recurrir resoluciones de ordenación procesal o sentencias que ponen fin al procedimiento, pero que todavía no han alcanzado firmeza, no posee naturaleza diversa ni tiene un contenido diferente del mismo derecho de acción que las partes ejercitan a lo largo del proceso.

La pretensión del actor y la resistencia del demandado son las mismas; uno y otro continúan manteniéndolas en el recurso, tanto si ocupan la postura de recurrente como la de recurrido. Ni las partes ni los hechos, ni la petición cambian por la interposición el recurso. Por el contrario, la impugnación de sentencias firmes (revisión y rescisión para la audiencia al rebelde, que no constituyen propios recursos) sí que merece la consideración de acción o pretensión constitutiva autónoma.

3.4.2. Derecho al recurso y la reforma constitucional de 1994

Antes de la reforma de 1994, y su consecuente incorporación de los Pactos Internacionales, si bien en los diversos ordenamientos procesales existían recursos contra la sentencia condenatoria, estos no gozaban de la jerarquía con la que lo hacen en la actualidad.

El derecho al recurso era un derecho legal y dependía de cada jurisdicción la inclusión, o no, en su ordenamiento. En este sentido afirma Maier: «... en verdad, la discusión, en nuestro país, no pasó por la necesidad de conceder un recurso contra la sentencia, pues salvo excepciones, siempre procedió un recurso contra la sentencia obtenida después de transcurridos todos los pasos de un proceso». La verdadera discusión se dio sobre qué debía ser revisado por el superior tribunal de la causa, esto es, se debatía de acuerdo de la única o doble instancia de mérito.

Con posterioridad, con la incorporación a nuestro orden constitucional de los Tratados Internacionales, el derecho al recurso adquirió supremacía sobre los órdenes internos de cada unidad jurisdiccional y fue interpretado como tal por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente «Giroldi».

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia no deja lugar a dudas de la consagración constitucional del derecho al recurso como una garantía procesal y manifiesta que la solución adoptada permite desde el punto de vista de la garantías del proceso penal cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos y el Estado Nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la Justicia Federal, incorporando así a la discusión el tema de la responsabilidad internacional que acarrearía el incumplimiento de los Pactos Internacionales, respecto de los cuales nuestro país forma parte.

A partir de la incorporación de diversos pactos y tratados de derechos humanos a nuestra Constitución Nacional, se ha conformado un bloque normativo que excede al mero articulado de nuestra norma máxima y que se complementa o integra con otro cúmulo de normas, el articulado de los pactos mencionados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Estos deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art. 8. 2).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.5:

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Estas normas han venido a consagrar una nueva garantía. En este sentido, su alcance radica en la facultad del imputado de hacer revisar el fallo de condena (que le es adverso) por un tribunal distinto de aquel que dictó la resolución recurrida, cuyo análisis debe ser un reexamen de cuestiones tanto fácticas como jurídicas, revisando todo lo que sea revisable y agotando el esfuerzo de la máxima revisión posible.

El imputado en un proceso penal que haya tenido una resolución judicial adversa tiene el derecho a que sea revisada por un órgano superior. Cuando generalmente se habla del «doble conforme», no debe entenderse que el Estado necesite dos fallos para condenar y privar a una persona de su libertad, sino que se trata de un derecho puesto en cabeza de una persona física que sufre el embate del aparato estatal para hacer revisar la sentencia que es contraria a sus intereses.

Esta faz recursiva o nuevo examen no puede consistir en una violación al *non bis in idem*, es decir, que no puede volver a repetirse el juicio del que derivó la resolución apelada, sino que debe producirse o repetirse el juicio en cuanto a lo que hubiera sido materia de agravio, a los efectos de que el órgano revisor pueda evaluar y apreciar lo sucedido que derivó en perjuicio del recurrente y poder así fallar del mejor modo posible.

No solo hablamos de la posibilidad de recurrir sentencias condenatorias, sino también poder recurrir, por ejemplo, sentencias absolutorias pero

que dispongan medidas de seguridad o que restrinjan algún derecho, toda vez que esto configura un agravio.

3.5. Derecho al recurso: jurisprudencia

3.5.1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

Los pactos internacionales antes mencionados hablan del derecho a recurso como garantía del imputado y de habilitar la revisión cuando el fallo sea condenatorio.

Ya lo sostuvo nuestro máximo tribunal en el fallo «Arce»: «... las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes».

Fallo «Casal»:

El caso llega al tribunal debido al rechazo del recurso deducido ante la Cámara Nacional de Casación Penal, cuyo fundamento fue que Casal pretendía la revisión de los hechos que se dieron por probados en la sentencia y que esto era ajeno a la competencia de la Cámara, que solo puede revisar la manera en que se interpretaron y aplicaron las leyes penales y procesales.

En «Casal Matías Eugenio y ot s/ robo simple en grado de tentativa Causa 1681 C», resuelto el 20 de septiembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que era innegable que a partir de la reforma constitucional de 1994 el imputado gozaba del derecho de revisión del fallo de condena.

Con incorporación de pactos y tratados que garantizan ese derecho, la Casación no puede quedarse con su rol histórico y tradicional, es decir, hacer un mero análisis de derecho sobre la doctrina legal. Es necesario garantizar, y siendo conteste con la jurisprudencia internacional, una revisión integral del fallo recurrido; esto es, sobre hechos, prueba y derechos. Y que los órganos encargados de hacer efectiva esta garantía son la Casación o el órgano provincial equivalente.

Principios rectores para asegurar el derecho al recurso del imputado en lo siguiente:

- Acceso a una instancia amplia de revisión que incluya los aspectos vinculados con la fijación de los hechos y la valoración de la prueba, y que se vea caracterizada por una relativa sencillez en la formalización de los agravios.
- El recurso de casación constituye un recurso efectivo para la revisión de la sentencia conforme el art. 8.2.h de la CADH.
- En ese contexto, para habilitar la instancia de casación bastará la presentación plausible de todo agravio que, razonablemente, pueda constituir un error de decisión.
- Debe utilizarse en esa revisión la teoría de la máxima capacidad de rendimiento.
- El único límite a esa revisión integral está dado por la imposibilidad fáctica que implica la inmediación –no es razonable que la constitución fomente la publicidad como recaudo inherente al juicio oral y a la vez exija que el tribunal del recurso también supervise los aspectos vinculados propiamente a la inmediación–.

Fallo «P., S.M.»:

En el acuerdo recaído *in re* CSJN 5207/2014/RH1 «P., S. M. y otro s/ homicidio simple» de fecha 26/12/2019¹⁴, nuestro máximo tribunal resolvió por unanimidad que, ante el dictado de una sentencia que en sede casatoria revoca una absolución para al mismo tiempo condenar, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente y sin mayores dilaciones en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión.

Recordó la doctrina emanada de sus precedentes «Di Nunzio» y «Duarte», donde se puntualiza por una parte la importancia de evitar interpretaciones que conlleven un excesivo ritualismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso y,

14. <https://www.cij.gov.ar/nota-36556-Doble-conforme--la-Corte-se-pronunci--a-favor-de-la-casaci-n-horizontal.html>

por la otra, se advierte acerca del escaso margen revisor que tiene la Corte Suprema mediante el recurso extraordinario federal.

Por ello entendió que la decisión de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal que, luego de condenar a S. M. P., rechazó por inadmisibile el recurso de casación de la defensa, por el cual procuró que otra Sala de la mencionada Cámara Federal revisara que dicha sentencia condenatoria no se ajustaba a la doctrina de los precedentes mencionados.

Considerando además que se había impedido hacer inmediatamente operativo el acceso a la etapa revisora de la sentencia condenatoria, dictada en instancia casatoria, en desmedro del derecho del imputado a obtener un pronunciamiento en un plazo razonable que pusiera término a la situación de incertidumbre de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

3.5.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica»¹⁵:

Este caso ha sido el precedente en el cual se ha basado nuestra Corte Suprema y cuya doctrina fue receptada en el caso «Casal».

Allí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

... el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona [...]. Si bien los Estados

15. CorteIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C 107.

tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que «no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces», es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos [...]. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida...

La CorteIDH también hace suyo lo expuesto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el cual en un fallo análogo sostuvo que la limitación de dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.

Por integral debemos entender «... un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior...».

Caso «Mohamed vs Argentina»¹⁶:

En el caso, al imputado se le siguió un proceso penal de dos instancias, y fue condenado en segunda instancia por un tribunal que revocó la decisión absolutoria del juzgado de primera instancia.

Por ello la CorteIDH debió determinar si la protección consagrada en el artículo 8.2.h de la Convención Americana permite una excepción cuando el imputado haya sido declarado condenado por un tribunal que resuelva un recurso contra su absolución.

Así sostuvo que el artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de «toda persona inculpada de delito». En el

16. CorteIDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C 255. Visto en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf

último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el «derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior». La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena.

Todo ello para que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias.

El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida.

Todo ello por cuanto el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado.

Para finalizar se recuerda que ya se había sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

4. El contenido del derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo

El artículo 25 de la CADH estipula que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus

derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados Partes se comprometen:

- A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El art. 2.3 del PIDCP dispone que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En este sentido, ambos artículos están relacionados, se establece una obligación estatal de crear un recurso, de carácter judicial; aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, se exige que el recurso sea efectivo, se estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo y se exige al Estado asegurar que el recurso será considerado.

4.1. Diferencias más notorias entre las respectivas cláusulas

La primera es que la CADH agrega, a la exigencia de «efectividad» del recurso, otras dos calificaciones: la «sencillez» y la «rapidez» –aunque la redacción del art. 25.1, no demasiado afortunada, parece implicar que el recurso rápido y sencillo debe ser a la vez efectivo, pero que puede haber recursos efectivos no necesariamente rápidos y sencillos–.

La segunda diferencia es el campo de cobertura de la acción: mientras el PIDCP se limita a los derechos consagrados por el propio Pacto, la CADH se refiere a «derechos fundamentales» contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley –es decir, se extiende bastante más allá del propio texto de la Convención–.

La CADH incluye, por ejemplo, el derecho de rectificación o respuesta del art. 14, el derecho al nombre del art. 18 y a la nacionalidad del art. 20 (que en el PIDCP solo están previstos para los niños), el derecho a la propiedad privada del art. 21, y los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el art. 26.

Por su parte, el PIDCP agrega, entre otros aspectos, la prohibición de experimentación médica o científica sobre seres humanos sin su consentimiento (como componente de la prohibición de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, art. 7) y el derecho al respeto de la vida cultural, las prácticas religiosas y el empleo del idioma de las minorías religiosas, étnicas o lingüísticas (art. 27).

En todo caso, es importante tener en cuenta que para países como la Argentina procede una integración hermenéutica pro homine, es decir, aquella que conceda el alcance más amplio a los derechos y a su protección. Para ello colabora la concesión de jerarquía constitucional a estos dos tratados, y al resto de los enumerados por el art. 75. inc. 22. En este sentido, la interpretación de mayor amplitud consiste en la aplicación del art. 25 de la CADH a todo derecho contenido en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional.

Es complejo saber qué alcance conceder a la protección de los derechos fundamentales reconocidos «por la ley» (cfr. art. 25.1 CADH); parece razonable interpretar la expresión en el sentido de ampliar la protección al menos a aquellos derechos establecidos en las leyes destinadas justamente a reglamentar los derechos fundamentales.

4.1.1. La jurisprudencia de los órganos internacionales sobre el derecho a un recurso efectivo

La CorteIDH se ha expedido en numerosas ocasiones acerca del alcance del art. 25, tanto en casos contenciosos como en opiniones consultivas. Así, la Corte ha dicho que «el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención».

«El artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes», que «la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley».

Para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

No basta que los recursos existan formalmente, sino que estos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que estos puedan ser considerados efectivos.

Que «los recursos deben ser idóneos para proteger la situación jurídica infringida y capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos».

Que «para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención».

Conclusiones

1. Plazo razonable

1.1. La sanción de la Ley 9040 y las distintas normas dictadas entre 2016-2018

Corresponde ahora analizar cómo impactan los cambios introducidos por las distintas normas. Estos pueden ser sistematizados en los siguientes:

1.1.1. Creación del Colegio de Jueces

La ley provincial 9040 crea el Fuero Penal Colegiado, en el Poder Judicial de la provincia de Mendoza, el que estará integrado por los Tribunales Penales Colegiados y los Juzgados Penales Colegiados.

Dentro de cada Tribunal Penal Colegiado y Juzgado Penal Colegiado, todos los Jueces son competentes para resolver las peticiones de las partes, sin perjuicio de las normas prácticas de distribución del trabajo que se establezcan por la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP).

A su vez los jueces de los distintos colegios se subrogan o reemplazan en forma automática y sin ninguna formalidad, lo que favorece la celeridad procesal.

1.2. Separación de tareas jurisdiccionales y tareas administrativas

El rasgo fundamental de la ley consiste en determinar que los jueces que integran los Tribunales Penales Colegiados y los Juzgados Penales Colegiados ejercerán las funciones jurisdiccionales exclusivamente, aliviando su labor respecto de las tareas administrativas que solían ser mayoría y generaban al titular del juzgado una demora considerable en la atención de las causas.

Por su parte, toda esta gestión administrativa, junto con el diseño de la agenda judicial corresponde ahora a la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP).

A cargo también de la OGAP se encuentra el dictado de los decretos de mero trámite, debiendo garantizar estándares de calidad en la gestión y eficiencia en el servicio judicial, utilizando para ello todos los medios disponibles que permitan optimizar la función de los jueces.

1.3. Incorporación de la oralidad en los procesos

1.3.1. Soporte digital de audiencia, utilización de medios tecnológicos

Será función del Administrador, entre otras, la de asegurar la función judicial con la metodología de audiencias orales, públicas e indelegables, aplicando el sistema de agenda de audiencias y la digitalización total de las actuaciones; la de planificar y administrar la agenda y fijar la fecha de las audiencias de los Tribunales Penales Colegiados y de los Juzgados Penales Colegiados.

Asimismo, este funcionario debe organizar coordinadamente el uso de las salas de audiencias entre los distintos tribunales y juzgados, fijando los horarios, los que se deberán publicar en la página web del Poder Judicial.

Se consigna asimismo que el registro digital en el cual deberán grabarse las audiencias será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ellas.

Básicamente el funcionario a cargo de la OGAP se ocupará de la logística en general, coordinando los traslados de las personas privadas de libertad a las audiencias, ya sea desde el exterior a la sede judicial y dentro de la propia sede, de manera que las audiencias se realicen a horario.

Sin perjuicio de lo expuesto, la utilización de medios electrónicos no solo se encuentra limitada a este funcionario que abarca a la totalidad de los operadores; así, a modo de ejemplo, el fiscal deberá requerir la fijación de audiencia para sustanciar su pedido de prisión preventiva a través de medios electrónicos a la OGAP.

1.4. Oralidad: audiencias flexibles y multipropósito

Dispone la nueva ley que todas las audiencias son flexibles y multipropósito, pudiendo someterse a decisión jurisdiccional cuestiones diferentes por las que fueron fijadas, mientras surjan a petición de parte, e incluso cuando fomente la solución temprana del caso a partir de las opciones previstas por la ley.

Se extiende el horario de fijación de audiencia el cual podrá ser entre las ocho (08:00) horas y las diecinueve (19:00) horas, reprogramándose las audiencias fracasadas para el mismo día en horario vespertino.

Gran parte de las cuestiones sometidas a conocimiento del juez serán dirimidas en audiencia pública, asignándose en forma aleatoria entre todos los Jueces competentes por sistema informático, manteniendo la equitativa distribución de la carga de trabajo, y en coordinación con la agenda de audiencias de la OGAP.

Por su parte todas las audiencias que sea necesario llevar a cabo durante el proceso (apelación, pedido de prisión preventiva, audiencia acusatoria, y cualquier otra a realizarse a pedido de parte) lo serán en plazos acotados, casi inmediatos en caso de causas con detenidos.

Por su parte tanto las audiencias de acusación como las audiencias preliminares, a cargo del Juez de Juzgado Colegiado o del Tribunal Colegiado, respectivamente, están pensadas para recibir en primer término la acusación fiscal, aplicar los criterios de oportunidad que resulten procedentes y, en caso contrario, proceder sin más dilación a la recepción de prueba y sustanciación de la causa a los fines de realizar la audiencia de debate.

Esto logra concentrar en un solo acto las distintas alternativas procesales u ordenar su continuidad hacia el debate público.

Dichas audiencias al igual que la de debate final serán fijadas prontamente y en plazos acotados y perentorios.

Por su parte, tanto la parte resolutive como los fundamentos de la sentencia o de las distintas resoluciones dictadas por el juez lo serán en forma oral quedando registrados en soporte digital del audio o video registración.

1.5. Reforma de procedimientos y leyes orgánicas

Otra de las modificaciones que produjo la Ley 9040 fue la de «corregir» el denominado «procedimiento correccional» que la Ley 8929 (BO 23/11/17) incorporó al sistema de la Ley 6730.

Previo a discurrir sobre el procedimiento en particular, procede realizar una digresión que demuestra que en esta ley se encuentra el germen del fuero penal colegiado al que antes se hizo referencia.

En este sentido, la exposición de motivos de la Ley 8929 recuerda, sobre la base de estadísticas elaboradas por el Ministerio Público Fiscal, que de las causas que ese órgano requirió la elevación a juicio el 70% corresponde a la

competencia correccional en la tercera Circunscripción Judicial, mientras que el 60% de ese mismo fuero lo será en la primera circunscripción judicial. No ofrece datos de la segunda y cuarta circunscripciones territoriales.

A partir de esta información, razona cómo se distribuye el mayor porcentaje de procesos penales, en menor número de jueces correccionales; cuando el menor porcentaje de causas elevadas a juicio es resuelto por el mayor número de jueces penales. Encontramos aquí el dato elemental que dio paso a la posterior creación del fuero penal colegiado para corregir tan inequitativa distribución del trabajo. Como muestra empírica de lo expuesto, encontramos y ofrecemos la comparativa realizada para el número de audiencias celebradas en un Juzgado Correccional y un Juzgado de Garantías durante el mismo período de tiempo. Así, mientras el Juzgado Correccional había realizado doscientas cincuenta y dos audiencias (252) en el Juzgado de Garantías se habían celebrado solo cincuenta y tres (53) (ver autos P-16.611/17 incidente en causa P-60.555/17 «F. c/ Terraza Díaz», resolución del 23 de agosto de 2017 del Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial).

Como es sabido, la creación del fuero penal colegiado siguió un criterio de composición numérica de los órganos jurisdiccionales para crear al Juzgado Penal Colegiado –con los jueces unipersonales– y al Tribunal Penal Colegiado –con los jueces de cámara, por su integración en colegio–.

Así, agrupó a todos los jueces de actuación unipersonal (correccional, garantías, flagrancia y ejecución) y los denominó jueces penales, y al órgano al que acceden, Juzgado Penal Colegiado, con competencia para decidir en materia correccional, garantías, flagrancia y de ejecución; mientras que a los jueces naturalmente colegiados, jueces de cámara, los agrupó en el Tribunal Penal Colegiado, con competencia en materia de juzgamiento de delitos con pena mayor a tres años de prisión y como tribunal de alzada de las decisiones de los primeros.

Hemos podido acceder a las estadísticas elaboradas para la OGAP en el ámbito de la Tercera Circunscripción Judicial desde la implementación del fuero penal colegiado a nuestros días. Ellas demuestran que el número de casos para los que fue requerida la fijación de audiencia, del objeto que sea y sin perjuicio de variar en la audiencia, han sido efectivamente fijadas y las audiencias realizadas lo han sido en número mayor a las audiencias fracasadas.

En relación con la garantía en análisis, podemos decir que este sistema favorece la celeridad en este tramo del proceso, pero poco hace cuando la audiencia es peticionada para resolver un hecho que tiene años de antigüedad y que había quedado pendiente, con el formato de expediente en un casillero, que no resisten análisis a la luz de los parámetros supra desarrollados.

No hemos accedido aún a las estadísticas elaboradas para la Primera, Segunda y Cuarta circunscripciones territoriales, que han sido peticionadas y nos encontramos a la espera de su recepción para elaborar el correspondiente informe de comportamiento práctico de las reformas procesales –que bregan por la celeridad– con su funcionamiento real –audiencias y resoluciones adoptadas– en relación con la garantía procesal en análisis.

Pese a ello, hemos tenido entrevistas con jueces, fiscales, defensores y operadores de audiencias de todas las circunscripciones judiciales. De su conjunto se infiere una coincidencia en punto a la que se gestiona con mayor eficacia en la gestión del recurso «tiempo». Esta información puede verse a su vez confirmada con los instrumentos de verificación correspondientes –estadísticas que han sido requeridas–. Pese a ello, la investigación de campo emprendida y resultado de los instrumentos de investigación referidos a entrevistas y estadísticas, nos sentimos en condiciones de anticipar que las reformas legales al proceso penal mendocino, durante el período objeto de investigación, han repercutido favorablemente en aras del aseguramiento de la garantía de ser juzgado dentro de plazo razonable.

2. Juez Natural. Imparcialidad

Con respecto a esta garantía, la Ley 9040 ha transformado algunos aspectos que la afectan directamente. Así:

2.1. Nueva organización judicial

Esta ley termina con la organización refleja de la justicia, ahora se instaura un colegio de jueces ante el que actúan tanto defensores como fiscales indistintamente.

Se divide la función jurisdiccional de la administrativa, con estricta separación, vedándose a los jueces el dictado de instrucciones de carácter administrativo, ya sean generales o particulares y, a su vez, no delegarán tareas jurisdiccionales en los integrantes de la OGAP, ni modificarán los procedimientos administrativos dictados por esta última.

La gestión administrativa está a cargo de la OGAP, núcleo de este sistema.

Por otra parte, desaparece el concepto de subrogancia por cuanto se agrupa los jueces penales en lo que denomina colegios, estableciendo una forma de organización *sui generis*, en comparación con los modelos conocidos (Chubut, Neuquén, Santa Fe y ley de organización de la justicia penal federal).

Sin perjuicio de ello, se mantiene el tipo de organización vertical y jerárquica, pues crea expresamente la categoría de jueces de primera instancia –Juzgado Penal Colegiado– y jueces de segunda instancia –Tribunal Penal Colegiado–.

Hay que destacar que, entre todas las resistencias que hubo contra esta nueva forma de organización judicial, se alzaron voces que alegaron la violación a la garantía de juez natural. Este argumento, en función de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no resiste el menor análisis al afirmarse que:

... la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no impide la inmediata aplicación de nuevas normas de competencia, inclusive a las causas pendientes, a menos que ello signifique, en el caso concreto, despojar de efecto a actos procesales válidamente cumplidos.

Pese a esto, solucionó por vía de una cláusula específica el asunto de las «causas radicadas antes de la implementación» en el artículo 26 de la Ley 9040, el cual afirma que las causas radicadas para juicio, hasta la implementación de cada Tribunal Penal Colegiado y Juzgado Penal Colegiado, continuarán a cargo del juez que era competente. La tramitación hasta la resolución final de las causas estará a cargo de la OGAP.

Las causas que estaban radicadas con suspensión de la persecución penal o suspensión del proceso o suspensión del juicio a prueba serán tramitadas por la OGAP y todas las peticiones serán resueltas por los Jueces según la distribución equitativa que determine la OGAP».

En la práctica, no se cumple.

3. Derecho al recurso

Como conclusión de este trabajo sobre el derecho al recurso.

3.1. Soporte digital de audiencia, utilización de medios tecnológicos

Como se comentaba, se lleva adelante un registro digital en el cual deberán grabarse las audiencias y el cual será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ellas.

Esta forma de documentar las audiencias ha modificado la forma en que las resoluciones dictadas en ellas serán recurridas, así como la posibilidad del órgano revisor de tener acceso a la mayor cantidad de datos posibles a la hora de resolver.

Esto por cuanto el superior tiene acceso a todo lo ocurrido allí, por ejemplo, planteos de las partes, declaraciones de testigos, etc., lo cual le permite un mayor rendimiento en materia recursiva.

Sin perjuicio de ello, en algunas oportunidades, las dificultades técnicas impiden el derecho al recurso debido a la imposibilidad de escuchar claramente la resolución recaída entre otros motivos.

Por otro lado, los pedidos de audiencia para sustanciar los recursos tienen respuesta en un tiempo muy corto (48 h), debiendo indicarse, si se trata de una casación, incluso los minutos y segundos en los cuales se concreta el agravio cuya subsanación se busca (al igual que si se tratara de las fs de un expediente).

Asimismo, corresponde hacer mención al proyecto de reforma legislativa sobre la incorporación del recurso de doble conforme para el acusado respecto de la sentencia, aún pendiente de tratamiento en la provincia de Mendoza y cuyas principales notas son las siguientes:

- Basándose en lo dispuesto por el artículo 8 inc., 2h, de la CADH y 14, inc. 5, del PIDCyP, surge de ello asegurar a las personas condenadas en un proceso penal la revisión de la sentencia mediante un recurso ágil y sencillo.
- Que, en dicha reforma propuesta, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza recupera su restringido ámbito de entendimiento jurisdiccional y mejora su funcionamiento, pudiendo optimizarse su capacidad para oralizar su intervención.
- Que todos los juicios se realizarán de manera unipersonal y la impugnación por doble conforme en forma colegiada.

- La reforma propuesta presenta ventajas, tales como la profundización del sistema acusatorio adversarial y la economización de recursos.

Análisis documental

Fuentes primarias: Leyes 6730, 8896, 8869, 8929 y 9040.

Fuentes secundarias: estudios de doctrina y jurisprudencia.

«Las garantías judiciales. Análisis a partir de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». María Graciela Cortázar.

«La razonabilidad del tiempo en el proceso penal». Juan Martín Nogueira.

Jurisprudencia citada en las notas al pie de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la CorteIDH y del Tribunal Europeo.

Normativa citada

8869 (BO 03/06/2016) Régimen único de imposición, control, cese y prórroga de la prisión preventiva (arts. 293, 294 y 295 del CPP).

8885 (BO 11/07/2016) Modificación artículos 59, 60 y 61 del CPP –reglas de conexidad, acumulación de acciones y competencia–.

8896 (BO 26/08/2016) Eficacia procesal penal (tuvo por objeto establecer cambios claves en la mecánica de gestión del sistema acusatorio en Mendoza), modificó los artículos 87 bis, 104, 155, 156, 177, 181, 284, 318, 324, 346, 350, 353, 361, 362.

8911 (BO: 07/10/2016) Ley Orgánica del Ministerio Público de Mendoza (composición y funciones del Ministerio Público Fiscal). Modifica Ley 8008.

8925 (BO 30/11/2016) Incorpora art. 240 bis (Cámara Gesell).

8928 (BO: 23/11/2016) Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (composición, misión, funciones, etc.).

8929 (BO: 23/11/2016) Nuevo Procedimiento Correccional –derogación artículos 1 y 5 Ley 8680 y modificación artículos del Código Procesal Penal: 49 85, 313, 313 bis, 341 bis inc. e), 417, incorporación arts. 417 bis, ter, quater, quinquies; derogación art. 564–.

8934 (BO: 05/12/2016) Transformación de la Cámara de Apelaciones y trámite del recurso de apelación. Oralidad.

8937 (BO: 20/12/2016) Puesta en vigencia de la Ley 6730 en la 2 y 4 Circunscripciones Judiciales a partir del 01/08/2017. Transformación Fiscalías y Juzgados de Instrucción.

8971 (BO: 12/05/2017) Modifica Ley 8465 Código de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad de Mendoza (BO: 17/10/2012).

9040 (BO: 09/02/2018) Creación del Fuero Penal Colegiado. Ley orgánica. Modifica procedimientos penales.

9047 (BO: 20/02/2018) Modificación Ley 6561 Consejo de la Magistratura.

9106 (BO: 19/10/2018) Juicio por Jurados Populares.

Bibliografía

- Bacigalupo, Enrique (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Cafferata Nores, José I.; Tarditi, Aída (2003). *Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, comentado*. Córdoba: Ed. Mediterránea.
- Carrió, Alejandro (2000). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Coussirat, Jorge; Guajardo, Laura; Peñaloza, Fernando; Quiroga, Paula (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Ed. Jcas. Cuyo.
- Fleming, Abel; López Viñals, Pablo (2007). *Garantías del Imputado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Grisetti, Ricardo Alberto (mayo 2011). «Algunas implicancias del principio acusatorio en el modelo penal». Buenos Aires: *El Dial Express*.
- Grisetti, Ricardo Alberto (octubre 2008). «Consideraciones sobre el sistema acusatorio. El nuevo modelo penal impone la adecuación de las legislaciones provinciales y el CPPN al sistema acusatorio». LLNOA, 831.
- Heredia, José Raúl (2003). *El principio acusatorio en dos fallos*. LL-2003-B, 273.
- Jauchen, Eduardo (2005). *Derechos del Imputado*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Maier, Julio (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino, Tomo 1b*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Maier, Julio (comp.) (1999). *Los recursos en el procedimiento penal*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- Maier, Julio (1996). *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis y otros (2010). *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roxin, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- Zaffaroni, Eugenio R. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio R. (1989). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar.

VIOLENCIA SOCIAL Y SEGURIDAD CIUDADANA

*El homicidio en Mendoza: una aproximación inicial desde la
criminología sociológica y la antropología jurídica*

Palabras clave: seguridad ciudadana, criminología, violencia

Integrantes

Director: Sergio Rocamora

Docentes investigadores: Alberto Rez Masud, Gonzalo Evangelista

Alumnos: Vanina Estefanía Moyano, Hernán Rodolfo Bottasso, Emiliano
Pastrana

Índice

Resumen	3
Hipótesis de trabajo	4
1. Hipótesis principal	4
2. Hipótesis desagregadas	4
Objetivos	4
1. Objetivo general	4
2. Objetivos específicos	4
Actividades	5
1. Actividades de formación	5
2. Actividades de investigación empírica	5
Principales resultados de la investigación	5
Un primer abordaje al análisis de la problemática de la violencia en Puente de Hierro	8
Segregación espacial y nuda vida	9
El espejo poco virtuoso: segregación social y encarcelamiento	10
El «efecto lugar» en la segregación	14
Del hacer vivir y cómo vivir al morir y cómo dejar morir	16
El pensamiento jurídico y el ejercicio del poder configurador	17
Nuda vida. Muerte y homicidio	20
La violencia y el ineludible dato de la pobreza	23
Sobre la seguridad pública y sus datos	25
Femicidio y datos	26
El caso del RUCVM en Mendoza	28
Bibliografía	30

Resumen

La seguridad ciudadana es una de las dimensiones de la seguridad humana y por lo tanto del desarrollo humano. Podemos decir que es la acción integrada del Estado y sus órganos, las comunidades humanas con sus organizaciones, destinada a asegurar la convivencia y el desarrollo mediante la limitación y reducción de la violencia, la utilización pacífica y ordenada de vías y de espacios públicos y, en general, prevenir la comisión de delitos y faltas contra las personas y sus bienes.

Podríamos sostener que, a mejores estándares sociales, mejores niveles de seguridad ciudadana. Lo cierto es que ello no necesariamente resulta así. En el Gran Mendoza, en el tiempo, las estadísticas de homicidios y robos muestran que los hechos violentos van aumentando y superan los promedios de conglomerados sociales comparables a los del Gran Mendoza (ej. Córdoba, Ciudad de Buenos Aires) o pertenecientes a la región de Cuyo (San Luis, San Juan) y nos ubica entre los más elevados en el país.

Las estadísticas muestran a lo largo de las últimas décadas una base social compleja y violenta con aumento del desprecio por la vida humana. Pero la comunidad y sus integrantes se auto perciben tranquilos y pacíficos en sus interrelaciones.

De este fenómeno entendemos que se puede verificar desde la academia una cierta falta de conocimiento científico de la realidad social que obstaculiza la implementación de respuestas sociales adecuadas para mejorar las condiciones de seguridad ciudadana.

Un mayor y mejor conocimiento de los contextos sociales y la problemática de las víctimas donde se insertan pueden ofrecer respuestas adecuadas para implementar políticas de seguridad eficientes y efectivas.

Alejados aquí del concepto de la inseguridad como sensación o percepción y sin desconocer el concepto que gran parte de la literatura criminológica asigna a la percepción social influenciada por los medios de comunicación, nos enfocamos en aquellos datos y circunstancias que hacen a la seguridad y que es posible verificar.

Hipótesis de trabajo

1. Hipótesis principal

La dinámica social urbana y suburbana del Gran Mendoza muestra como tendencia social creciente a lo largo del tiempo una base social cada vez más compleja que consolida la violencia contra las personas y sus bienes como fenómeno social y caracterizado por un mayor desprecio por la vida humana.

2. Hipótesis desagregadas

- Existe una falta de conocimiento científico de la realidad social que obstaculiza la implementación de respuestas sociales e institucionales adecuadas para mejorar las condiciones de seguridad ciudadana.
- Este fenómeno de mayor violencia consolidada en mayor desprecio por la vida humana se ha consolidado como tendencia creciente en el Gran Mendoza desde la década de 1980 contrastando con otros núcleos urbanos (ej. Córdoba, Ciudad de Buenos Aires).
- Este fenómeno social de mayor violencia comunitaria contrasta con la autopercepción social de convivencia comunitaria, pacífica y apacible, que poseen los habitantes del Gran Mendoza.

Objetivos

1. Objetivo general

Realizar una investigación exploratoria en diversos contextos sociales, urbanos y suburbanos del Gran Mendoza que nos permita mejorar el conocimiento y diagnóstico de la realidad social específica que subyace a los conflictos que resultan en hechos violentos contra las personas y sus bienes.

2. Objetivos específicos

- Posibilitar un conocimiento científico de concretas y delimitadas realidades sociales en puntos a observar, y analizar la violencia comunitaria en segmentos urbanos y suburbanos del Gran Mendoza.
- Mejorar el conocimiento de la problemática de los hechos violentos, de las víctimas y de los contextos sociales específicos donde se insertan.
- Facilitar la implementación de respuestas sociales e institucionales adecuadas para mejorar las condiciones de seguridad ciudadana en el área de estudio.

- Poder ofrecer respuestas más adecuadas para implementar políticas de seguridad eficientes y efectivas.

Actividades

1. Actividades de formación

- Actividades de formación y capacitación en Derecho Penal, Criminología, Sociología Jurídica Penal y Política criminal a los integrantes alumnos.
- Actividades de formación y capacitación en el trabajo empírico. Documentando entrevistas en el campo.

2. Actividades de investigación empírica

- Adaptación y perfeccionamiento de instrumentos elaborados para entrevistas, estructuras y encuestas.
- Trabajo de campo en Puente de Hierro (Guaymallén), una de los tres (3) localidades escogidas de Guaymallén para esta investigación.
- Avances y contactos, en forma grupal e individual, con líderes sociales de Puente de Hierro para nuevas entrevistas a vecinos que viven en la localidad de Puente de Hierro.
- Entrevistas con profesionales y representantes del Sindicato de la Fruta Fresca Envasada (Montecaseros 1147, Mendoza) por la actividad de empaques de fruta fresca y porque un importante número de trabajadores afiliados de la actividad viven con sus familias y trabajan en esa localidad. Impacto de estas relaciones productivas y laborales en el contexto social.
- Tramitación de estadísticas solicitadas al Ministerio de Seguridad de la Nación, Ministerio de Seguridad de la provincia de Mendoza, Ministerio Público Fiscal (Procuración General) de la provincia de Mendoza y Poder Judicial de la provincia.

Principales resultados de la investigación

Dada la hipótesis del trabajo de la investigación, se confirma lo siguiente:

Los primeros resultados de campo confirman en forma preliminar lo que afirmamos respecto de que la dinámica social urbana y suburbana del Gran Mendoza muestra como tendencia social creciente a lo largo del tiempo una base social cada vez más compleja que consolida la violencia contra las

personas y sus bienes como fenómeno social y caracterizado por un mayor desprecio por la vida humana.

El núcleo de Puente de Hierro muestra inicialmente en la base social la consolidación de la violencia contra las personas localizada fundamentalmente en espacios sociales que hemos señalado como apartados, arrinconados, marginados, segregados.

Puente de Hierro constituye una zona suburbana de corte rural, con menor densidad poblacional, ciertamente con una alta movilidad horizontal que proviene de desplazados de otras zonas del Gran Mendoza y a los que se suman personas inmigrantes que trabajan en actividades rurales. Se percibe la incorporación de una práctica social y familiar acentuada de uso de armas blancas y armas de fuego como forma de defensa.

Inicialmente definimos en nuestro proyecto que se seleccionaran para el trabajo de campo tres espacios comunitarios del departamento de Guaymallén; el que particularmente atendimos (Puente de Hierro) y otros dos:

- Nueva Ciudad, ubicada en el distrito de San José, constituye una zona urbana de clase media, que en fecha reciente ha sido impactado en su normal desarrollo por la remodelación del Carril Godoy Cruz, que inmovilizó esa arteria. Entendemos que el fenómeno no está posiblemente enmarcado en la violencia homicida, pero sí en la violencia suscitada por el delito patrimonial menor, ocasionalmente violento, que no llega a la muerte. Estas apreciaciones surgen de reuniones con la Unión Vecinal de la cual recibimos colaboración para realizar las encuestas y entrevistas necesarias.
- Nueva Esperanza, ubicada en el distrito de Belgrano, constituye una zona urbano-marginal. Comenzamos a reunirnos con actores sociales, lo que nos permitió vislumbrar un espacio urbano altamente signado por la problemática de los estupefacientes con una base de componente adolescente y juvenil muy fuerte, a lo que se suma el contexto de pobreza en que viven. La violencia pareciera estar dirigida a delitos violentos contra el patrimonio vinculados a los estupefacientes.

Finalmente advertimos que el trabajo solo en Puente de Hierro sería muy duro y áspero.

Iniciamos un proceso para ganar la confianza de los actores concurriendo al lugar y en la fecha que indicaron. Empezamos con contactos individuales con personas que viven y trabajan en Puente de Hierro y logramos que

conformaran una reunión inicial donde pudimos realizar una entrevista y observación no estructurada, tomando debida nota de los actores presentes. Se nos permitió grabar en audio esa reunión que resultó muy productiva y en la cual no se vieron limitados o intimidados por nuestra presencia.

Lo que sí surgió todo el tiempo fue el punto de cómo la acción política colisiona con la realidad social. Numerosas veces nos indicaron que muchos les habían prometido soluciones pero que no se lograban; cada uno tenía su mirada y su propuesta sobre cómo resolver su conflictividad social, pero siempre indicaban qué propuestas les haríamos para resolver los problemas que no se resolvían. Debimos explicar numerosas veces que no éramos agentes del Estado o agentes políticos estatales, sino investigadores científicos. Entendemos que la idea de una película de detectives era lo más cercano a lo que podían comprender de nuestra función. Les resultaba curioso y llamativo de por qué queríamos conocer lo que les ocurría, debimos explicar el papel de la Universidad.

La investigación está en un inicio exploratorio y ciertamente delimitada a Puente de Hierro. Ha sido muy dificultoso obtener nuevas entrevistas en el terreno. Es increíble pero las cinco campañas electorales que ha habido en Puente de Hierro (como en toda Mendoza) atraviesan y obstruyen las posibilidades de un trabajo científico. Los actores sociales siempre, ante los reiterados e innumerables pedidos de entrevistas y reuniones individuales, comunitarias, como fuera, manifiestan el trabajo político agonal a que están abocados como representantes de distintos intereses partidarios. Las zonas segregadas se encuentran particularmente movilizadas en épocas de campaña política.

Hay pocas dudas de que un fenómeno de mayor violencia se ha consolidado con mayor desprecio por la vida humana como tendencia creciente en el Gran Mendoza desde la década de 1980; lo que contrasta con la autopercepción social de convivencia comunitaria, pacífica y apacible que poseen los habitantes del Gran Mendoza. Hemos podido comenzar a verificarlo, pero, como decimos, los datos duros están atravesados y enturbiados por la intencionalidad política agonal, tanto en su conformación, recolección y difusión. Existe muy poco conocimiento científico directo y es muy complejo contrastar el contexto en que se produce el dato estadístico más fiable, como sería el caso de los homicidios.

Este es un proyecto en etapa exploratoria que pretende acceder a una realidad social conflictiva para conocer la problemática de la violencia.

Claramente se ve al inicio que en la base de esa problemática social conflictiva se encuentra la marginalidad, la pobreza y la vulnerabilidad. Y a mayor marginalidad, pobreza y vulnerabilidad, mayor inseguridad de los propios actores que la padecen en sus entornos sociales. Los que no vivimos en esos contextos nos quejamos y preocupamos de la creciente inseguridad pública, pero la padecemos en menor medida que los que viven en espacios sociales como los de Puente de Hierro.

Un primer abordaje al análisis de la problemática de la violencia en Puente de Hierro

La propuesta científica consistió en realizar un trabajo exploratorio que nos permitiera ingresar científicamente en la problemática de la violencia en el Gran Mendoza, en especial en la problemática del homicidio.

El homicidio en la investigación criminológica da una de las posiblemente pocas oportunidades, en una democracia, de tener una estadística criminal lo más exacta posible. Al menos respecto de la cantidad de muertes. La cifra negra es un fenómeno criminológico sumamente complejo que suele enturbiar, opacar y distorsionar el recto análisis científico. Zaffaroni entiende que en el homicidio no hay cifra negra. Pero la realidad, en ciertos contextos, suele probar que no es así. En cualquier caso, en nuestro país, puede medirse podría medirse sin demasiados inconvenientes ni opacidades.

En nuestro acercamiento de esa problemática, enfocamos tres espacios del departamento de Guaymallén, Mendoza y terminamos trabajando puntualmente en uno: Puente de Hierro.

La investigación se proponía acceder a la mejor comprensión posible de esa problemática social, donde despunta el tema de la violencia como un claro emergente.

¿Desde dónde abordamos nuestro conocimiento? ¿Cuáles son nuestras «lentes» para mirar?

Consideramos que ningún conocimiento es neutro, siempre existe una mirada valorativa, ideológica, la cual debe ser claramente establecida y salvada para investigar. Conocemos desde un punto, desde un lugar, desde una forma de ver esa realidad. No podemos dejar de soslayar que nuestra mirada es de un segmento social profesional que posee una determinada

mirada culturalmente construida desde nuestras familias, nuestras escuelas y los demás segmentos de las agencias de control social por las que hemos pasado (religiones, profesiones, etc.).

Nuestra mirada es ciertamente desde la formación criminológica. Una criminología construida como parte de las ciencias sociales, no determinista y lejos de la llamada criminología positivista más vinculada a la biología y a la medicina; estructurada desde la sociología jurídica penal a la antropología cultural y social. Desde ese punto ingresamos en nuestro análisis.

Segregación espacial y nuda vida

Nuestro marco teórico se articula desde una nueva Criminología, no positivista, no biologicista ni determinista, que se nutre desde la antropología cultural, la sociología jurídica penal y hasta aportes interesados de la matriz del psicoanálisis. Ciertamente hoy la criminología es un polimorfo que lo único que tiene claro es que su objeto de análisis y de estudio es el control social punitivo y, desde lo punitivo, el sistema penal, en un sentido lo más amplio posible, la construcción del delito y el disciplinamiento y todos sus rituales.

En este abordaje, para entender nuestra aproximación teórica sobre la que vemos y miramos nuestra realidad social de investigación, encontramos apoyo en Manuel Delgado (2001), quien plantea un punto de convergencia común con Wacquant (2010): la segregación espacial como forma de exclusión social. Entendemos que ambos confluyen en señalar en su análisis lo que Delgado refiere como la «creciente etnificación de la miseria y la marginación urbanas».

Wacquant procura una perspectiva más histórica de largo plazo de análisis de la segregación espacial; elabora una secuencia histórica desde la segregación espacial en los guetos del nazismo hacia los guetos negros del racismo norteamericano de la Segunda Guerra y hasta los actuales. Delgado busca también una perspectiva histórica, pero de más corto plazo y focalizados en la crisis del estado de bienestar europeo: las revueltas inglesas de 1985, las francesas del 2005, entre otras, son sus ejemplos más claros y gráficos.

Entiendo que Delgado postula que los medios de comunicación han sabido construir esa suerte de naturaleza conflictiva de los espacios de segregación espacial calificándola como «violencia urbana»; soslayando que en

realidad lo que reflejan son relaciones sociales de exclusión, vinculadas ellas a las generaciones posteriores de aquellos que sufrieron las marginaciones producto de las crisis del capitalismo con el proceso de desindustrialización y el derrumbe del estado de bienestar con la desarticulación de las políticas sociales (educación, salud, servicios sociales y, de un modo especial, en los planes de vivienda social). Ello sumado a los flujos migratorios y las repatriaciones poscoloniales, efecto seguramente no esperado de los procesos de los países europeos.

Ambos autores reafirman el dispositivo de violencia institucional que implica en nuestro análisis la segregación espacial, que ellos verifican como una realidad de la conceptualización de los guetos. Wacquant va más allá aún que Delgado: siguiéndolo podríamos sostener la prolongación de la lógica punitiva por medio de la segregación espacial urbana.

Utilizamos esta conceptualización de los guetos que hacen estos autores para visualizar los procesos de segregación social, más o menos organizados, que estudiamos.

El espejo poco virtuoso: segregación social y encarcelamiento

Así, la segregación espacial es en las prisiones, pero también es espacial; los autores referidos las focalizan más claramente en los guetos señalados. Nosotros utilizamos este concepto para señalar espacios sociales y culturales, claramente delimitados territorialmente, donde se puede visualizar esa segregación punitiva.

Por ejemplo, en EE. UU., hacia el año 2008, se hablaba de casi 2.500.000 de encarcelados; hoy se calcula que hay más de 3.000.000. Su política del «1, 2, 3, out» («three strike laws») ha implicado que numerosos actos no violentos que antes quedaban fuera del sistema penal ahora queden comprendidos con sanciones de encarcelamiento en proporción de tres cada cinco casos.

Asimismo, los tipos de ofensas criminales en el Código Penal de EE. UU. han crecido desde 1980 a 2008 aproximadamente de 3.000 a 4.500. Así, más del 1% de los norteamericanos adultos está en prisión actualmente. El 13% de la población de EE. UU. es afroamericana, y el 28% de la población

afroamericana es la que sufre los arrestos. Se encuentra en prisión uno de cada nueve afroamericanos de entre 20 y 34 años¹.

Solo en el año 2008 más de 200.000 menores fueron juzgados como adultos y sufrieron sanciones como tales. Lo cual ocurre a partir de los 15 años de edad. El 14% de los arrestos se producen entre los 15 y los 18 años de edad. El 65%, aproximadamente, de los arrestos se efectúa a personas de entre 19 y 34 años de edad.

Esta perspectiva ya fue denunciada en un clásico texto de la criminología global perteneciente al catedrático noruego Nils Christie en su libro *Crime Control as Industry* (1993). Allí advertía ese impensado crecimiento carcelario frente a las fuertes oposiciones y perspectivas abolicionistas y reduccionistas de entonces (Hulsman, Baratta, Pavarini, Melossi, Zaffaroni).

Cuando todos acertaban con el diagnóstico del fin de la legitimación de la cárcel y por ende de su existencia, Christie (abolicionista «verde») alertaba sobre esta situación. Luego se confirmó mostrando la más cruda realidad: la cárcel está más que viva y legitimada y más de uno de sus opositores, fallecido.

Este análisis implica que esta forma de segregación espacial que analizamos se reproduce y se refleja en las prisiones, pero también fuera de ella en espacios territoriales específicos.

La Procuración Penitenciaria ha señalado lo preocupante que es que en Argentina hay más de 100.000 personas presas. La cifra ha cambiado de 54.537 personas en el año 2008 a 94.883 personas en 2018.

En su informe de 2019, la Procuración Penitenciaria Nacional señala que desde 2018 a 2019 la cifra de presos y presas creció, en términos absolutos, en casi 10.000 personas, con un aumento proporcional similar en los servicios penitenciarios de las jurisdicciones con mayor cantidad de detenidos.

La tasa de encarcelamiento (PPL cada 100.000 habitantes), en 2018 en Argentina, era 213 más alta que la de otros de la región, como Paraguay, Venezuela o México, que presentan cifras menores.

1. Véase un resumen en <http://www.heritage.org/research/factsheets/2011/04/overcriminalization-an-explosion-of-federal-criminal-law>

La punitividad se intensificó de forma significativa entre 2008 y 2016; la tasa de encarcelamiento crecía con un promedio del 3% anual; desde 2017 son superiores al 10% anual, lo que ocurrió nuevamente durante 2018. Con un porcentaje superior al 50%, los encerrados en ese espacio de segregación poseen prisión preventiva y son fundamentalmente jóvenes (más del 60% tiene menos de 33 años).

Los sectores educativos y económicos de alta vulnerabilidad son mayoritarios: el 67% solo alcanzó los estudios primarios, el 43% no tenía trabajo al momento de la detención y el 39% trabajaba de forma precaria. Durante su encierro, la mayoría no accede a los pilares básicos de la resocialización: el 51% no tiene educación y al 77% no se le brinda ningún tipo de actividad laboral o de formación. La producción de muerte en este contexto se mantiene con 266 personas durante el año 2018.

En este sentido, la Justicia Federal ha generado numerosos pronunciamientos sobre esta problemática que lleva consigo el hacinamiento carcelario y la saturación de las plazas disponibles en las unidades penitenciarias². El Ministerio de Justicia de la Nación debió declarar la emergencia carcelaria en abril 2019 debido a la superpoblación carcelaria señalada por la Justicia Criminal y la Procuración Penitenciaria Nacional³.

En el Servicio Penitenciario Federal (SPF), a mediados de febrero de 2019, la población en las cárceles del fuero federal era de 13.529 internos, aproximadamente 1.400 más de la capacidad de alojamiento. Los números oficiales muestran que las personas privadas de libertad crecieron en un 30% desde 2015. La Procuración señaló con preocupación que para abril de 2019 la población carcelaria federal alcanzó un «nuevo récord histórico con 13.940 personas privadas de libertad». La población penitenciaria federal posee «un crecimiento sostenido durante los últimos años», superando desde el año 2014 los 10.000 presos. «A partir de 2016 el incremento de la población se ha exacerbado».

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 6 CCC 9785/2019/CA1 (08/03/2019) (<https://www.cij.gov.ar/nota-33613-Adoptan-medidas-ante-las-condiciones-de-detenci-n-de-las-personas-alojadas-en-la-alcaid-a-del-Palacio-de-Tribunales.html>). Y con fecha 16/07/2019 CCC 50800/2019/CA1 Autos «Procuración Penitenciaria de la Nación habeas corpus colectivo» (<https://www.cij.gov.ar/nota-35222-Resoluci-n-de-la-Sala-VI-de-la-C-mara-Nacional-en-lo-Criminal-y-Correccional-en-un-habeas-corpus-colectivo-en-representaci-n-de-internos-de-la-C-rce-de-Devoto.html>).

3. <https://www.ppn.gov.ar/institucional/noticias/2167-emergencia-carcelaria>

En Mendoza en 2016 había 3.700 personas privadas de libertad, para el año 2019 4.600⁴ y 688 personas con prisión domiciliaria⁵.

Demás está decir que los criminólogos desde hace más de un siglo comenzaron a señalar que la cárcel agrava las condiciones sociales de quien ingresa. El sistema penal reproduce y alimenta necesariamente un ciclo de marginación social y cultural que se visualiza espacialmente. Cuando con el encarcelamiento sostenemos que estamos resolviendo la seguridad pública, en realidad, estamos instalando una falacia discursiva. Puente de Hierro es una clara prueba de ello.

Uno de los problemas que tenemos en este análisis criminológico es que es un terreno altamente disputado por la contienda política agonal y por el marketing mediático. Ello enturbia el trabajo serio de investigación y de soluciones reales a mediano y largo plazo. Entre otros aspectos, las estadísticas tienden a ser oscuras y tardías, no logran ser fácilmente accesibles y son dudosas en su elaboración.

Los espacios territoriales donde se producen los hechos más violentos en Mendoza no son los más urbanizados; los que más han sido, y son, remozados, maquillados y arrequintados son los espacios segregados de los que hablamos. Las personas tienen más alta probabilidad de ser víctimas de homicidios dolosos en espacios periféricos y segregados que en espacios urbanos de alto mantenimiento y estándar social.

Este espejo donde nos miramos como sociedad tiene su correlato en los espacios territoriales como los de Puente de Hierro. En ellos visualizamos espacios de segregación social y cultural. La inseguridad es no solo mucho mayor, sino casi total. Y la inseguridad no es solo control policial: es salud, educación, pobreza. Todo es más precario. Ese mismo contexto torna los efectos perjudiciales propios de esos espacios segregados como viciosos: retroalimentan el mismo contexto social en que se producen. Y, en ellos, destaca la condición de mayor vulnerabilidad por género y niñez.

4. <https://www.mendozapost.com/nota/121172-cornejo-destaco-que-hay-mas-presos-en-mendoza/>

5. <https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=cornejo-duplico-la-cifra-de-detenedos-con-prision-domiciliaria>

El «efecto lugar» en la segregación

No podemos ignorar cómo impactan en el espacio social tanto el estado y la regularidad de la prestación de los servicios públicos, la atención y la limitación de cobertura de la salud pública, los mayores obstáculos para la accesibilidad a la educación y la contención social.

Wacquant señala que, si bien la cárcel está fuera de sus muros, se hizo estructura arquitectónica delante de nuestros ojos, pero fuera de los muros o delimitaciones más formales de lo punitivo. Al ser parte de la ciudad, puede ser una perfecta situación de privación punitiva autogestionada por los propios marginados. Tienen sus propias instituciones, sus formas de resolver conflictos y hasta logramos limitar la «inseguridad» a ellos. Los homicidios se producen más entre los propios marginados y vulnerables. Así lo sostienen investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la zona sur de Buenos Aires.

En ese informe el análisis refiere que la «concentración de homicidios se da en los barrios precarios, donde existe una conflictividad que los habitantes de esos barrios no extienden al resto de la ciudad», mientras que resalta que las clases acomodadas no tienen problemas de homicidio (diciembre 2012)⁶.

Puente de Hierro nos obliga a hablar de realizar un análisis sobre espacios y estructura arquitectónica segregacionista. Por ello conviene reparar en un análisis integral que aporte a nuestro estudio la noción de «efecto de lugar» en el significado que asigna a ello Bourdieu.

Para este fenómeno del *efecto lugar*, Bourdieu (1993) hace una distinción y relaciona las concepciones de lugar, sitio, espacio físico y espacio social. Reconoce que en el espacio físico se ubican agentes y cosas. Sus posiciones en dicho espacio constituyen lugares y sus dimensiones ocupan y delimitan lo que puede llamarse «sitios». Frente a esto se pregunta por aquello que estructura dicho espacio físico y la forma consecuente en que las personas y las cosas habitan y se ubican en él.

6. <http://www.argentina.ar/temas/pais/2079-argentina-tiene-una-de-las-tasas-de-homicidios-mas-bajas-de-la-region>

De allí que aborde entonces la idea de espacio social, el cual se configura a partir de la distinción de diversas posiciones sociales yuxtapuestas, ya que «la estructura del espacio se manifiesta, en los contextos más diversos, en la forma de oposiciones espaciales, en las que el espacio habitado (o apropiado) funciona como una especie de simbolización espontánea del espacio social» (Bourdieu 1993, 120).

De esta forma el espacio físico se manifiesta, en palabras del autor, como una re-traducción turbia del espacio social, es decir, el espacio social se reifica en el espacio físico a partir de la distribución física de objetos/bienes y agentes, con posibilidades diferenciales de acceder a los primeros. Finalmente, dicha objetivación del espacio social se reproduce en los individuos en tanto categorías de percepción y evaluación que responden a las distancias socio-espaciales en las que desarrollan su existencia y que inciden en el movimiento y desplazamiento de sus cuerpos en el espacio así estructurado.

En síntesis, asegura Bourdieu, el espacio social determina el espacio físico y con ello las categorías mentales individuales. De este modo las dinámicas de disputa, afirmación y ejercicio del poder consiguen asidero en el espacio físico donde se inscriben prácticas de violencia simbólica. Esto permite pensar entonces en que los grupos de poder y el Estado han puesto en marcha en algunos casos una construcción política del espacio como extensión de procesos sociales de distinción.

Por ello, estos procesos sociales de distinción contruidos a partir de la política del espacio que señalan Wacquant y Bourdieu nos permiten la relación con el concepto de Delgado que sostiene que los jóvenes son postergados, desde su consideración de «ciudadanos de segunda». Víctimas de la precariedad y explotación laboral, el racismo, la discriminación, la falta de oportunidades, son segregados y en consecuencia excluidos de expectativas y proyectos que los alberguen en sus necesidades.

En este escenario, la contradicción integración / marginación y la consecuente división, no es del orden explotador / explotado (vertical), sino que asume un carácter horizontal: gente adentro / gente afuera; un in / out que remite a nuevas formas de segregación espacial.

La noción de ese efecto lugar, de esa segregación social espacial, se instala en el centro de la discusión, responde a una política del espacio con significación social determinada (Bourdieu, 1993). Lo que explica la conflictividad

existente y las causas que la producen. Se niega la solución que a ella subyace: mejorar las condiciones de vida de los barrios populares y mitigar el desamparo de los jóvenes. Se trata, entonces, de evitar que las personas que viven en zonas residuales hagan del encierro forzoso un lugar para la solidaridad entre iguales, la resistencia y la lucha política.

Del hacer vivir y cómo vivir al morir y cómo dejar morir

No obstante, vemos en estos textos en análisis que la muerte, el homicidio como una de sus caras, se muestra como el hilo conductor de un racismo punitivo que va desde las formas de control social difuso a las de control social formal, del punitivo al regulatorio más sutil. Es al decir de Foucault el derecho-poder de «hacer vivir o dejar morir» y que está ligado en forma no excluye ni exclusiva con las formas de disciplinamiento. «La sociedad –toda sociedad– se instituye creando su propio mundo». Ello implica que en el origen de todo hay una representación y un modo de representar, de categorizar lo externo, un mundo, una estética, una lógica, una valorización y un modo de valorizar, y sin duda la particularidad del ser afectado.

Sobre esta relación del mundo, que importa una representación del mundo, siempre está el otro, la existencia de los otros y de otras sociedades y de su existencia. Castoriadis es determinante al sostener que «los otros han sido casi siempre establecidos como inferiores». Niega que sea una fatalidad o una necesidad lógica, sino que surge de la propia inclinación humana, «proclividad», que considera natural. Señala que esa es una «probabilidad extrema», pero no necesariamente es una «necesidad o fatalidad». A modo de ejemplo pone la democracia, conforme la historia humana es muy improbable, pero posible.

El autor entiende que es parte de la constitución natural humana y de la sociedad, de su representación y creación de su mundo el considerar a los otros inferiores. Lo que se cuestiona es por qué o cómo esa afirmación de inferioridad de los otros se vuelve «discriminación, desprecio, confinamiento».

Implacablemente Castoriadis recuerda que «la victoria planetaria del Occidente es la victoria de las metralletas, de los jeeps y de la televisión, no la de las garantías individuales, de la soberanía popular, de la responsabilidad del ciudadano».

En el pensamiento de Castoriadis, la sociedad se instituye y se constituye, esto es, se construye. No solo se construyen representaciones, valores, sino un modo de representar, de presentarse, una «categorización del mundo, una estética y una lógica, así como también un modo de valorizar, y sin duda también un modo simple particular del ser afectado». Y en ella se constituye la existencia «del otro», de los otros humanos y de otras sociedades.

En ese contexto, Castoriadis juzga que «el otro», que los otros «han sido casi siempre establecidos como inferiores». Entiende que ello no es fatal o lógicamente necesario, sino «simplemente la probabilidad extrema», la «proclividad natural de las instituciones humanas». Se pregunta por qué lo que habría podido quedar como una simple afirmación de la «inferioridad» de los otros se torna discriminación, desprecio, confinamiento, para exacerbarse finalmente.

El rechazo del otro en tanto que otro es un ingrediente natural, no necesario, pero sí probable en grado extremo de la institución de la sociedad. Superar ese rechazo es improbable, pero posible.

El pensamiento jurídico y el ejercicio del poder configurador

Para Castoriadis, en definitiva, el pensamiento jurídico se estructura y se elabora en torno al poder real, a las múltiples relaciones de poder que atraviesan, caracterizan y constituyen el cuerpo social.

En orden a ello este autor señala que no hay que ver al derecho desde el vértice de la legitimación que establece o pretende establecer, sino más bien «por los mecanismos de sometimiento que pone en acción». Insiste en ver al poder en sus ámbitos, donde se torna capilar, y no en sus aspectos centrales.

Así, entonces, en lugar de investigar y analizar dónde y cómo se funda el poder punitivo de la soberanía, de la dominación, sea en el derecho monárquico o en el democrático, se pretende bucear el cómo, las técnicas del castigo; el poder de castigar se corporiza en instituciones, en mecanismos físicos, en prácticas reglamentarias y violentas de los aparatos de castigo. Además, centrarnos en los procesos continuos o ininterrumpidos que inciden sobre los cuerpos, los gestos, los comportamientos. Por qué no en la mirada.

Foucault insistía en detenerse más que en el soberano, en cómo se constituyen los súbditos, los sujetos, el sujeto, las fuerzas, las energías, los materiales, los deseos, los pensamientos, etc. «Captar la instancia material del sometimiento» en cuanto constitución de los sujetos, de los súbditos. Lo contrario a lo que proponía Hobbes en su Leviatán, que es lo que ortodoxamente les preocupa a los juristas. No como las individualidades, las voluntades conforman el Estado, sintetizan lo que llamamos Estado. Eso que llamamos la soberanía que constituye la cabeza o el alma del Estado, del Leviatán.

En lugar de eso detenernos en estudiar los cuerpos periféricos y múltiples, las instituciones, los órganos constituidos como sujetos por los efectos del poder.

Entendemos con Foucault que debemos partir de «no considerar el poder como un fenómeno de dominación macizo y homogéneo». El poder no se reparte, es básicamente algo que se ejerce, circula, que funciona en cadena, que se forma y «ejerce en red». Por eso los individuos circulan por el poder y están tanto en condiciones de ejercerlo y de sufrirlo. El poder no se aplica a los individuos, sino que el poder transita a través de ellos.

El individuo se constituye como tal por el poder y frente al poder. «Es un efecto del poder». Ese poder es el que inicialmente designa y constituye lo que reconoce como individuo a partir de un cuerpo, gestos, discursos, deseos, los cuales previamente describe y reconoce.

El poder circula, «todos tenemos poder en el cuerpo», no implica que exista un reparto igualitario, democrático o hasta anárquico del poder a través de los cuerpos. El estudio implica partir de los niveles más inferiores, más capitales, hacia el centro del poder y no desde el centro del poder por los mecanismos y técnicas a la periferia. Por ello es necesario analizar los mecanismos de poder «infinitesimales» con su propia historia, tecnología y táctica y cómo esos mecanismos de poder son «colonizados, utilizados, modificados, transformados, desplazados, extendidos».

Los mecanismos finos, capilares, del poder importan necesariamente para la construcción y formación de aparatos de saber, la «circulación de un saber», «que no son acompañamientos o edificios ideológicos».

En este contexto de Rousseau y los contractualistas, que hacen resurgir el derecho romano y la teoría medioeval de la soberanía, surge también lo que distingue el pensamiento de Foucault, que es la invención de una nueva mecánica del poder sobre los cuerpos, la tierra y la producción, de tipo

capilar, que ejerce continua vigilancia y control y es fundamentalmente disciplinario en función de la ecuación cuerpos-tiempo-trabajo.

Ese tipo de poder surgido entre los siglos XVII y XVIII, entiende el autor, es distinto al poder que describe o persigue la teoría de la soberanía; poder que se ejerce sobre la tierra y sus productos, más que sobre los cuerpos y lo que estos hacen.

Este es el poder disciplinario que estudia Foucault y que entiende es un poder injustificable en función de la teoría de la soberanía que siguió construyendo y sosteniendo los códigos y construcciones jurídicas de la modernidad de la Europa del siglo XIX.

Hasta nuestros días tenemos una legislación, un discurso jurídico y un derecho público con su organización estatal que giran en torno del eje teoría de la soberanía del Estado. Pero, al mismo tiempo, en forma si se quiere, subterránea, aunque no oculta, sino más bien encubierta, despliega las necesarias «coerciones disciplinarias» que aseguran desde el ejercicio del poder la cohesión del cuerpo social; lo que sintéticamente Foucault describe como «un derecho de la soberanía y una mecánica de la disciplina», entre ellos está el ejercicio del poder.

Foucault resalta que la disciplina tiene su propio discurso, pero antes bien polimorfo. Formas distintas, técnicas de disciplinamiento distintas, que crean cada una su propia saber, saber que va perfeccionando y mejorando su propio discurso y sus propios mecanismos y técnicas disciplinarias; las cuales, ciertamente, son múltiples tanto en sus mecanismos como en sus saberes y sus discursos. Y por supuesto el saber y el discurso no pueden ser el del derecho, el discurso jurídico, por cuanto es ajeno a la regla del efecto de la regla jurídica de la soberanía. Fundamentalmente porque el saber de las disciplinas se estructurará sobre la clínica, contrario a la norma como regla natural. Las disciplinas se enfocarán en un análisis teórico sin práctica, y sobre las recientemente creadas y nacientes ciencias humanas y sociales. En cambio, el derecho se estructura sobre la norma como concepto teórico que incidiría en la realidad desde el poder soberano estatal.

En esta línea de análisis discursivo, el nacimiento y desarrollo de las ciencias humanas no se debe al desarrollo de las ciencias exactas o físicas como habitualmente se entiende, sino en realidad a la «yuxtaposición», como «montaje», ensamble, enfrentamiento de dos mecanismos y de dos discursos totalmente heterogéneos y contrapuestos: la organización jurídica en torno de

la soberanía y la mecánica de las coerciones disciplinarias. Hoy el poder se ejerce a través de ese derecho que termina legitimando las técnicas disciplinarias y los discursos ácidos de estas que terminaron invadiendo el ámbito de lo jurídico: lo que Foucault llama «colonización» del Derecho, de la Ley, y que conforma la sociedad de normalización que hoy tenemos.

Para el autor es clara la incompatibilidad de uno y otro y cada vez más evidente, pero es también evidente que luego de décadas, desde el análisis de Foucault, estamos más cerca de lo que él diagnosticaba. Foucault manifestaba creer en poder estructurar un «nuevo derecho» antidisciplinario y liberado del principio de soberanía.

Nuda vida. Muerte y homicidio

Aquí corresponde detenerse sobre los conceptos de «nuda vida» y «estado de excepción» que Agamben analiza.

La «nuda vida» en el concepto de Agamben puede perfectamente ser relacionada con Foucault porque la concepción moderna contractual es sagrada y no puede ser sacrificada. A la vez, si bien en principio es insacrificable, bajo el concepto de Soberanía, el Estado con su poder soberano es el único que podría disponer de esa vida sagrada. Así el contenido real del poder soberano es la producción de la nuda vida. El poder de muerte estatal sobre la vida; así, hace morir o deja vivir.

En la línea de Foucault el Estado no solo reclama el poder de hacer morir o dejar vivir, sino cómo deja vivir y a quién deja vivir. Toma para sí la gestión de la vida humana, los procesos biológicos del hombre como especie y asegura su disciplinamiento (que no lo niega ni rechaza, sino que lo integra y perfecciona), procurando ante todo la regulación de la vida humana toda.

Así la tecnología del biopoder es el poder continuo y científico de hacer vivir, es la regulación estatal de hacer vivir y dejar morir y cómo dejar morir y vivir, poder estatal y disciplinamiento, todo ello puede verse en nuestro ámbito de investigación espacial.

La muerte, el homicidio como forma de morir por otro, son particulares y no son igualmente distribuidas en el Gran Mendoza. No existen las mismas posibilidades de enfrentarse a la muerte y cómo se ha de morir en la ciudad de Mendoza que en Puente de Hierro.

De las primeras aproximaciones que hemos realizado en las entrevistas a distintos actores sociales que viven en Puente de Hierro o que acuden o asisten a personas que viven en Puente de Hierro, vemos que la vida está más en crisis y en duda que en otros contextos urbanos de Mendoza. Por qué el dejar vivir del Estado es también cómo dejar vivir. Las personas en Puente de Hierro no viven de la misma forma que en el centro de la ciudad de Mendoza. Porque el círculo es vicioso y no virtuoso. Más recursos públicos, más acceso a los servicios, salud, educación, acción social, asistencia, deriva en mejores condiciones para vivir y mejores condiciones para evitar morir.

El dejar vivir queda claramente expuesto cuando un matrimonio relata cómo una noche varios sujetos interrumpen armados en su casa, encuentran sola a la mujer con sus hijos (el hombre no estaba) y los expulsan de la vivienda, quedándose con todos sus bienes. Pero eso no es todo, cuando su pequeña hija va camino al jardín le sustraen la mochila. Nada se puede hacer. Peor aún, la mujer debe recurrir a ciertas tácticas personales para disuadir a su pareja y evitar que lo maten, porque sabe que el hombre buscará, al menos, algún tipo de venganza y en ello podría perder la vida. Ambos manifiestan con sus palabras lo que nosotros podemos traducir como que el sistema legal, en este caso el sistema penal, es infructuoso e inservible en estos espacios. Cómo poder hablarles de derecho, de sistema de justicia, de legalidad, si la gente solo puede defenderse por cuenta propia. Y la muerte puede venir de cualquier parte.

Como describen los propios actores en la entrevista comunitaria, existe una gran preocupación por la falta de escolarización de los niños, el acceso a los estupefacientes y a la comercialización de bienes robados, la alta inseguridad. Y a ello se suma el tener que caminar por zonas inseguras. Pasar por un descampado para ir a casa y ver cómo allí ciertas personas desgazan un vehículo nuevo, señalando que lo prudente es mirar en otro sentido y no ver qué hacen esas personas. A nadie se le ocurre ir a denunciar esa situación a la agencia policial para que actúe. Ellos saben, es la referencia.

Caminar para poder tomar el servicio público de transporte, no tener suficiente atención sanitaria en el Centro de Salud, tener que ir al hospital público que queda en el centro de Mendoza a las primeras horas de la madrugada.

El Estado está más ausente en algunos lugares que en otros. Y como vemos no solo dando o quitando seguridad o justicia. El cómo dejar vivir del Estado tiene su propio círculo vicioso. Y esos aspectos impactan en la seguridad de las personas que habitan en Puente de Hierro.

Decíamos al plantear el problema de investigación que en el año 2017 el Ministerio de Seguridad de la Nación graficó el ranking de las diez ciudades argentinas con mayor índice de homicidios dolosos del país.

Ese ranking de referencia señaló a Mendoza (Capital) en el 5° lugar, con 13,4 casos por cada 100.000 habitantes (mantiene ese puesto desde 2016); Luján de Cuyo (Mendoza) en el 7° lugar, con 11,8 homicidios dolosos por cada 100.000 habitantes (ocupaba el puesto 22 en el registro previo) y Las Heras (Mendoza) en el 9° lugar, con 11,6 casos por cada 100.000 habitantes, para salir del podio (estaba en 3° lugar).

Ello en un contexto nacional donde las tasas de homicidios disminuyeron un 9% en todo el país en 2015. En 2019, como parte de la campaña pro-seguridad, se anunciaron números enfocados al efecto de bajar homicidios y mejorar la seguridad en solo un año. Ese es el punto, siempre son temas que viven mezclados y enturbian la investigación científica.

Este fenómeno de altos niveles de violencia física no es nuevo en Mendoza. Como dijimos, al plantear nuestra investigación criminológica recordamos que el fenómeno de altas tasas de homicidios dolosos (y también culposos) en Mendoza existe al menos como fenómeno conocido desde el inicio de la década de 1980. Ello por cuanto obviamente se pudo registrar ese fenómeno cuando cesó la violencia del terrorismo de Estado.

Lo cierto es que las tasas de homicidios por 100.000 habitantes son comparativamente mayores que en otros centros urbanos de igual o mayor tamaño a los de Mendoza. Tanto en homicidios culposos como dolosos, Mendoza siempre tiende a compararse con núcleos urbanos distintos. El discurso y el marketing político y mediático aconseja esa estrategia para soslayar la problemática de la violencia social creciente. Las tasas de homicidios por cada 100.000 habitantes en la provincia de Córdoba y Ciudad de Buenos Aires son menores a las nuestras. Estas se comparan más a las de la provincia de Buenos Aires. Hoy las de Rosario no son comparables por el fuerte efecto de un fenómeno creciente de narcotráfico que se ha consolidado en la última década (sobre esto Mendoza no está muy lejos de sufrir un fenómeno semejante por las características estructurales de sus comunicaciones y su posición territorial).

Las políticas de prevención en materia de seguridad como las políticas criminales han sido diversas a lo largo de estas últimas décadas, pero el fenómeno persiste y aumenta. Y siempre cada facción política pretende explicarlas,

ocultarlas, distorsionarlas, difuminarlas, pero no encararlas científicamente para comprenderlas y desde allí procurar aportes a largo plazo.

Un aspecto que observamos es que las medidas de prevención o de control en materia de seguridad son siempre las mismas a lo largo del tiempo y se aplican a los diferentes contextos urbanos o rurales. Las mismas medidas de seguridad para distintos tipos de delitos.

Entendemos que ciertamente los contextos urbanos son diversos y seguramente diversas las explicaciones. Y por ello presuponemos que las medidas de prevención a adoptar deben ser distintas y adaptadas a esos contextos.

Si bien no es posible científicamente generalizar livianamente las causas que subyacen en la violencia comunitaria de Guaymallén, Las Heras, Capital o Luján de Cuyo, decidimos centrar el estudio en ciertos contextos sociales en un mismo territorio.

El municipio elegido es el de Guaymallén. Existe una misma y única organización municipal y una misma y unificada conducción policial con control desde el Ministerio de Seguridad.

Como se podrá apreciar nuestro lenguaje es potencial y en muchos casos encierra datos que no han podido ser verificados dado el estado de nuestro trabajo de investigación.

La violencia y el ineludible dato de la pobreza

Decíamos al plantear el problema de investigación que en el año 2017 el Ministerio de Seguridad de la Nación graficó el ranking de las diez ciudades argentinas con mayor índice de homicidios dolosos del país.

Solo de la comparación de la estadística oficial, las tasas de homicidios por 100.000 habitantes son comparativamente mayores que en otros centros urbanos de igual o mayor tamaño que los de Mendoza.

Las políticas de prevención en materia de seguridad como las políticas criminales han sido diversas a lo largo de estas últimas décadas, pero el fenómeno persiste y aumenta. Ciertamente no podemos eludir que la pobreza y la marginalidad también. Entendemos que la imagen del «buen pobre» es una ingenuidad tendiente a llevar tranquilidad al conjunto con una tasa de

pobreza que ronda los 40 puntos porcentuales (octubre de 2018: el 36,2% de las personas está en condición de pobreza, de las cuales el 4,9% son pobres indigentes⁷). No puede reclamárseles las obligaciones del contrato social a quienes son excluidos o marginados de los efectos positivos del contrato.

Un aspecto que observamos es que las medidas de prevención o de control en materia de seguridad son siempre las mismas a lo largo del tiempo y se aplican a los diferentes contextos urbanos o rurales. Asimismo, advertimos que no hay una búsqueda de análisis diferenciado para poder establecer cuáles son las causas aproximadas que en alguna medida expliquen la violencia social en el Gran Mendoza que más frecuentemente desembocan en homicidios.

Como estimamos que no es posible generalizar las causas que subyacen en la violencia comunitaria de Guaymallén, Las Heras, Capital o Luján de Cuyo, decidimos centrar el estudio en ciertos contextos sociales en un mismo territorio municipal. El municipio elegido fue el de Guaymallén y tres puntos territoriales acotados; las limitaciones de recursos de investigación y la empírea nos impuso uno solo: Puente de Hierro.

La violencia se consolida y se afianza en esos espacios sociales segregados, los cuales tienden a ser delimitados urbanamente y, podríamos sostener, sistémicamente conformados por el Estado y los servicios que presta.

Entendemos que en estos contextos surge claramente una ecuación ineludible que interacciona con regularidad: pobreza - marginalidad - violencia - segregación.

No creemos que exista la construcción de una seguridad pública democrática, razonable y posible para todos los ciudadanos, que persiga reducir los niveles de violencia contra las personas, sin resolver los altos índices de pobreza y marginalidad. Todo esto conduce a la segregación social como forma de aislar sin resolver.

Puente de Hierro nos muestra evidencias verificadas de que ello es así.

7. DEIE Mendoza <http://www.deie.mendoza.gov.ar/#!/repositorio-de-novedades/pobreza-e-indigencia-octubre-2018-260>

Sobre la seguridad pública y sus datos

Ciertamente entendemos que existe una falta de conocimiento científico de la realidad social que obstaculiza la implementación de respuestas sociales e institucionales adecuadas para mejorar las condiciones de seguridad ciudadana. El tema está totalmente atravesado por la política agonal, por la lucha política que pretende imponer la ideología a los hechos. No nos preocupan las ideas o las ideologías en cuanto pretenden leer los hechos sociales o tratar de interpretar y hasta definir los hechos sociales, eso sería un debate ideológico o de ideas y hasta una búsqueda de cambiar o modificar los hechos por la dinámica de la acción política. La democracia es el terreno donde se debaten las ideas y allí se pretenden los cambios de los hechos sociales, de la dinámica social. El principal problema está en creer que la ideología debe pre-ordenar o pre-establecer cómo serán esos hechos. Entendemos que la idea pretende definir su objeto y, de hecho, desde un punto de vista antropológico, en algún sentido, el sujeto define a su objeto de estudio y por ello la ideología del sujeto de alguna forma define y condiciona el conocimiento y comprensión de su objeto. De allí el esfuerzo de los antropólogos de aislar y tamizar lo más posible lo propio sobre el objeto de estudio.

Ahora, el tema es cuando la acción política pretende establecer el hecho social y cómo pretende este medirse y hasta cómo debe analizarse e interpretarse. En esto el conocimiento científico queda absolutamente marginado de cualquier posibilidad de lograr un conocimiento lo más contrastable posible; por no decir lo más objetivo posible (si es que existe la verdad objetiva como tal). Pero ciertamente es muy complejo acceder a la problemática social en sí y, más aún, poder verificar los datos de la seguridad que mide el Estado. Su estructuración no responde a criterios científicos sino a criterios e intereses políticos de turno y sectoriales, ni siquiera interés político de Estado. Sobre ellos se estructura la lucha política.

El problema en este punto se sitúa en que el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), que depende del Gobierno nacional, ha dejado de informar estadísticas formales desde el año 2017⁸. Esto es que no existen estadísticas en el año 2018 y mucho menos en el año 2019. Existen en materia carcelaria. Lo demás son datos oficiales que siempre maneja el Estado.

8. <https://www.argentina.gob.ar/justicia/estadisticas-informes#snej>

El Sistema Nacional de Estadísticas Judiciales (SNEJ) de la Nación está frenado en sus informes desde el año 2016⁹.

Al igual que los informes de victimización, la última encuesta nacional de victimización realizada por el INDEC es del año 2017 y los Estudios de Victimización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación encuentran el último en el año 2010¹⁰. La encuesta nacional es un trabajo conjunto entre el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) con el Ministerio de Seguridad de la Nación durante el año 2016. Luego de ello no existen más datos o informes¹¹.

Lo paradójico es que quienes están interesados en su propia acción política son los que manejan los datos sobre su propia actuación.

El Banco Mundial refleja en esta materia los mismos datos de 2017, siendo los últimos que registra informados por Argentina y los que refleja para el país un descenso de los homicidios dolosos desde el año 2014 al 2017. Desde una tasa de 7,60 a 7,03, pero señalando a América Latina como la zona del planeta más violenta, en especial por homicidios.

Esta problemática estadística de transparencia y libre acceso, llevada a lo local, en especial a Mendoza y dentro de ella a Guaymallén, ciertamente acentúa la opacidad para esta investigación.

Femicidio y datos

Como dato final que es importante tomar para nuestro análisis global figura la cantidad de femicidios en aumento en Mendoza. Del fenómeno se hicieron eco los movimientos sociales de lucha contra este flagelo social y los medios de comunicación local¹².

Como se sabe, típicamente el femicidio es una especie del homicidio doloso y desde el punto de vista de la presente investigación no debemos descartar que el aumento de las tasas de homicidios esté en gran parte representado

9. Ídem.

10. <https://www.argentina.gob.ar/justicia/afianzar/estudios-victimizacion>

11. <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-27-137>

12. <https://losandes.com.ar/article/view?slug=genero-aumentaron-este-ano-los-femicidios-en-mendoza>

por esa forma. Los informes acreditan que Mendoza ya en 2016 tenía el mayor índice de femicidio en cuanto a la cantidad de femicidios por cantidad de habitantes. En 2016 con un total de 21 femicidios, una tasa de 2,1 víctimas cada 100.000 mujer importa una muerte por cada 46.204 mujeres (CSJN Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina). En 2016, las estadísticas de la misma fuente acreditaron cinco casos en todo el año con una tasa de 0,52 víctimas cada 100.000 mujer importa una muerte por cada 191.948 mujeres.

El Defensor del Pueblo de la Nación emitió su Primer Informe Oficial sobre Femicidios en Argentina Durante 2017, donde señaló que hubo 308 víctimas de femicidio en todo el país¹³. Durante 2018, se registraron 281 víctimas de femicidio confirmadas, que incluye 29 femicidios vinculados y 6 personas trans¹⁴. En el año 2019 se registraron 229 víctimas de femicidio en los primeros diez meses del año¹⁵.

Los demás datos, que difieren, son de organismos privados. El Observatorio «Ahora que sí nos ven» informó que en 2019 hubo 290 femicidios en la Argentina¹⁶. El movimiento feminista Mumalá (Mujeres de la Matria Latinoamericana) informó que 178 mujeres fueron asesinadas desde enero a agosto de 2019¹⁷.

¿Y en Mendoza? El Defensor del Pueblo de la Nación señaló que en el primer semestre de 2018 se mantenía entre las tres primeras ciudades con mayor cantidad de femicidios del país¹⁸, con casi treinta denuncias por día por violencia de género. Los informes públicos señalaron que Guaymallén era el departamento que registró más casos¹⁹.

En el Mapa de Femicidios del Defensor del Pueblo de la Nación para el año 2018, Mendoza está entre las primeras provincias en términos absolutos²⁰.

13. Base de datos integrada entre la Defensoría del Pueblo de la Nación y el Ministerio de Seguridad de la Nación (<http://www.dpn.gob.ar/gacetilla.php?id=31665>).

14. http://www.dpn.gob.ar/documentos/20190307_31701_557629.pdf

15. <http://www.dpn.gob.ar/gacetilla.php?id=31975>

16. <https://urgente24.com/actualidad/sociedad/en-2019-hubo-290-femicidios-en-la-argentina>

17. <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/femicidios-178-mujeres-fueron-asesinadas-desde-enero-a-agosto-en-argentina.phtml>

18. <http://www.dpn.gob.ar/gacetilla.php?id=31445>

19. https://www.diariouno.com.ar/mendoza/se-registran-casi-30-denuncias-por-dia-hay-en-mendoza-por-violencia-de-genero-04292018_rJgvLUEX6M

20. http://www.dpn.gob.ar/documentos/20190307_31701_557629.pdf

Pero en este tipo de homicidio el registro más importantes es ciertamente el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹, con su Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina, que es el registro oficial creado por ley. Veamos el caso de Mendoza.

El caso del RUCVM en Mendoza

El Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres (RUCVM) es un trabajo conjunto de los organismos que brindan asistencia a las mujeres víctimas de violencia de género, el Instituto Nacional de las Mujeres (INAM) y el INDEC. Los resultados estadísticos que se presentaron corresponden al período 2013-2017 y constituyen el Primer Informe del Registro que fue publicado el 07/03/2018 por el INDEC, siendo el primero de una serie anual que se inicia a partir de marzo de 2018, en ocasión del Día Internacional de la Mujer.

Conforme la Ley Nacional 26485, el Consejo Nacional de las Mujeres, hoy Instituto Nacional de las Mujeres, firmó el 12 de septiembre de 2012 un convenio con el INDEC para que este generara información estadística mediante la implementación de un registro único de casos de violencia contra las mujeres a nivel nacional, que reuniera los datos dispersos en diferentes organismos, tanto de jurisdicción nacional como provincial o municipal, que asistiera y registrara casos de violencia hacia las mujeres basada en su condición de género, creándose de esta forma el RUCVM.

EL INDEC informó que la información estadística consolidada y armonizada por ese organismo público nacional fue a partir de los datos proporcionados por parte de los organismos públicos que registran casos de violencia contra las mujeres por razones de género, y que aportan al RUCVM. Se ha permitido recopilar entre el 01/01/2013 y el 31/12/2017 un total de 260.156 casos en todo el país²².

El RUCVM tiene por objeto: 1) reunir información registral de instituciones estatales pertenecientes a las tres jurisdicciones (nacional, provincial y municipal) y de diferentes sectores (salud, trabajo, seguridad, justicia y áreas de

21. <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>

22. <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2018.pdf>

la mujer, entre otros); 2) centralizar y sistematizar los datos disponibles en los registros administrativos generados por diferentes organismos públicos del país; 3) diseñar indicadores, armonizados conceptual y metodológicamente, que se constituyan en insumo para el diseño y monitoreo de políticas públicas orientadas a modificar el escenario de violencia de género.

La información recibida, sistematizada y publicada por el INDEC, está dada por organismos o instituciones públicas aportantes. El 71,3% de los casos corresponde a la búsqueda de asesoramiento, orientación y asistencia por parte de las mujeres de 14 años de edad y más. En segundo término, se encuentran las denuncias judiciales (16,9%) y, en proporciones aún menores, las correspondientes a presentaciones policiales y a consultas realizadas para la atención de la salud de las víctimas. Estas dos últimas suman menos del 5%.

Del informe que puede compulsarse de las páginas del INDEC puede leerse cuáles son los organismos públicos provinciales que aportaron datos de violencia contra la mujer.

Así puede constatarse la participación activa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tanto en la Dirección de Estadística como en la Dirección General de la Mujer y el Ministerio Público Fiscal. O en la provincia de Buenos Aires, la Dirección de Estadísticas de Género, Subsecretaría de Políticas de Género, la Dirección Provincial de Estadísticas con los datos de las líneas de emergencia 144, 137 y 911. La provincia de Santa Fe, con la Dirección Provincial de Estadísticas, la Fiscalía, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Salud, el Ministerio Público y la propia Procuración, la Línea Verde Rosario, la línea 102.

Como consecuencia de ello se advierte que no existe ningún organismo público de la provincia de Mendoza que aporte datos al Registro Único de Casos de Violencia contra las Mujeres (RUCVM) del INDEC. Las consecuencias son que tampoco puede verse o compulsarse dato alguno sobre la problemática de violencia contra la mujer en Mendoza. El informe destaca que el 31 de diciembre de 2017 fue la fecha de cierre de la recepción de datos para elaborar la publicación de marzo del corriente perteneciente al INDEC.

Cuando fueron solicitadas las explicaciones al Instituto de Estadísticas de la provincia dijeron que ellos no eran los responsables de juntar la información. El Procurador y el Ministerio Público Fiscal de Mendoza informaron que nadie lleva esa estadística. La Corte local tampoco.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio (2000). *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*. Valencia: Pre-Textos.
- Agamben, Giorgio (2010). *El poder soberano y la nuda vida. Homo Sacer.I*. Valencia: Pre-Textos.
- Agamben, Giorgio (2010). *Estado de excepción. Homo Sacer II,1*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Anitua, Gabriel Ignacio (2010). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Prólogo de E. Raúl Zaffaroni, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Arendt, Hannah (2003). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio acerca de la banalidad del mal*. Barcelona: Lumen.
- Arendt, Hannah (1990). *Hombres en tiempos de oscuridad*. Barcelona: Gedisa.
- Arendt, Hannah (1993). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Baratta, Alessandro (1998). *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Madrid: Siglo XXI.
- Baratta, Alessandro (1987). *Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. Madrid: Siglo XXI.
- Becker, Howard (2012). *OUTSIDERS. Hacia una sociología de la desviación*. Colección Sociología y Política. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Benjamin, Walter (2008). *Tesis sobre la filosofía de la historia*. México: Itaca.
- Benjamin, Walter (1995). *Para una crítica de la violencia*. Buenos Aires. Leviatán.
- Berger, Peter L.; Luckmann, Thomas (2001). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bourdieu, Pierre (1993). *Efectos de lugar*. Buenos Aires: FCE.
- Castoriadis, Cornelius (2008). «Reflexiones sobre el racismo», en *El mundo fragmentado*. Buenos Aires: Terramar.
- Cohen, Stanley (2005). *Estado de negación*. Buenos Aires: British Council, Argentina y Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Chartier, Roger (2002). *El mundo como representación. Historia cultural: entre práctica y representación*. Barcelona: Gedisa.

- Delgado, Manuel (2008). «Miedo al gheto (o porqué se procura evitar la concentración excesiva de pobres)», en Seminario Atlántico de Pensamiento. <http://www.studio18.tv/seminario/libro2/manueldelgado.pdf>
- Derrida, Jacques (1997). *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*. Madrid: Tecnos.
- Eco, Umberto (1981). *Tratado general de semiótica*. Barcelona: Lumen.
- Elias, Norbert (1989). *Sobre el tiempo*. Madrid: FCE.
- Elias, Norbert (1987). *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. Madrid: FCE.
- Forero, Alejandro; Rivera, Iñaki; Silveira, Héctor (eds) (2012). *Filosofía del mal y memoria*. Barcelona: Anthropos.
- Foucault, Michel (2000). *Genealogía del racismo*. Colección Caronte Ensayos. Buenos Aires: Editorial Altamira.
- Foucault, Michel (1968). *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Foucault, Michel (2008). *Nacimiento de la biopolítica*. Curso en el Collège de France 1978-1979. Buenos Aires: FCE.
- Foucault, Michel (2011). *Seguridad, territorio, población*. Curso en el Collège de France 1977-1978. Buenos Aires: FCE.
- Foucault, Michel (2010). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: FCE.
- Freud, Sigmund (1992). «El malestar en la cultura», en *Obras Completas*, Volumen 22. Buenos Aires: Amorrortu.
- Freud, Sigmund (1983). «Tótem y tabú. Algunas concordancias en la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos», en *Obras Completas*, Volumen 13. Buenos Aires: Amorrortu.
- Freud, Sigmund (1992). «La negación», en *Obras Completas*, Volumen 19. Buenos Aires: Amorrortu.
- Garland, David (1999). *Castigo y sociedad moderna*. México: Siglo XXI.
- Geertz, Clifford (1994). *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona: Paidós.
- Giddens, Anthony (1991). *Sociología*. Madrid: Alianza Universidad.
- Giddens, Anthony; Turner, Jonathan y otros (1991). *La teoría social, hoy*. Colección Los Noventa México: Alianza Editorial.

- Goffman, Erving (1986). *Frame Analysis. An Essay on the Organization of Experience*. Boston: Northeastern University Press.
- Goffman, Erving (1997). *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Guber, Rosana (1999). «El Cabecita Negra” o las categorías de la investigación etnográfica en la Argentina» en *Revista de Investigaciones Folclóricas*. Volumen 14, pp. 108-120. Buenos Aires.
- Halbwachs, Maurice (2004). *La memoria colectiva*. Zaragoza: Pressas Universitarias de Zaragoza.
- Mari, Enrique (2009). «Diferentes modos de acceso a la articulación entre derecho y psicoanálisis», en Courtis, Christian (compl.). *Desde otra mirada*. Buenos Aires: Eudeba.
- Marteau, Juan Félix (2003). *Las palabras del orden. Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires: 1880 -1930)*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Menéndez, Eduardo (2010). *La parte negada de la cultura. Relativismo, diferencias y racismo*. Colección Biblioteca de Antropología. Rosario: Prohistoria.
- Pavarini, Massimo (1988). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI.
- Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto (1984). *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis.
- Schutz, Alfred; Brodersen, Arvid (compl.) (1974). *Estudios sobre teoría social*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Schutz, Alfred; Luckman, Thomas (2001). *Las estructuras del mundo de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Taylor, Ian; Walton, Paul; Young, Jock (1988). *Criminología crítica*. Colección Nueva Criminología. México, Siglo XXI.
- Taylor, Ian; Walton, Paul; Young, Jock (1997). *La nueva criminología*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Turner, Victor (1998). *El proceso ritual. Estructura y antiestructura*. Madrid: Taurus.
- Vallejo, Gustavo; Miranda, Marisa (compl.) (2007). *Políticas del cuerpo. Estrategias modernas de normalización del individuo y la sociedad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- Van Dijk, Teun (2003). *Ideología y discurso: una introducción multidisciplinaria*. Buenos Aires: Ariel.
- Wieviorka, Michel (1992). *El espacio del racismo*. Barcelona: Paidós.
- Zaffaroni, Eugenio (1988). *Criminología, aproximación desde un margen*. Vol. I. Bogotá: Temis.
- Zaffaroni, Eugenio (1989). *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio (2012). *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar.

IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 8999

Plan de Ordenamiento Territorial

Palabras clave: ordenamiento territorial, usos de suelo, plan provincial de ordenamiento territorial, Ley 8999

Integrantes

Director: Luis G. Escobar Blanco

Docentes investigadores: Martina Abraham, Emanuel Saldi, Alumnos:
Yamila Peralta, Gimena Gómez, Pablo Vázquez

Índice

Resumen	5
PRIMERA PARTE	6
Capítulo I: Introducción al problema	6
1. Antecedentes	6
Capítulo II: El régimen legal ambiental y territorial argentino	10
1. La organización política argentina: el federalismo (art. 1, 5, 124 CNA)	10
Capítulo III: Ordenamiento territorial y ambiente	16
1. El ordenamiento territorial como instrumento de planificación ambiental	16
2. La importancia del principio de congruencia	16
3. Regulaciones ambientales provinciales. La provincia de Mendoza	16
4. La regulación del ordenamiento territorial en Mendoza	17
5. Los fines y objetivos del POTP	21
6. La ley marco y la ley plan	21
7. El Principio de Orden Público y la Prohibición de Excepciones	24
SEGUNDA PARTE	26
Capítulo I: La Ley 8999 y los PMOT	26
1. La LOT y US 8051: marco, sujetos e instrumentos	26
2. El fin primordial de la LOT y US 8051	28
3. El instrumento esencial de la LOT y US 8051: Planificación	28
4. El Plan Provincial de Ordenamiento Territorial - PPOT	29
Capítulo II: Los planes de ordenamiento territorial: su estado	30
1. Estado general	30
2. Conclusiones generales provisorias que surgen del análisis	33

Capítulo III: Municipio de Godoy Cruz	35
1. Antecedentes	35
2. La participación en la construcción del Plan	36
3. El diagnóstico	36
4. 4. Modelo territorial, clasificación y zonificación del Plan	37
5. 5. Problemas estructurantes	38
6. Los modelos y los ODS	38
7. Entrevista al concejal Martín González (Unidad Ciudadana)	42
Capítulo IV: Municipio de Lavalle	44
Capítulo V: Municipio de Luján de Cuyo	45
1. Diagnóstico	45
2. Etapa de ajustes previos a la aprobación	46
Capítulo VI: Municipio de Guaymallén	47
Capítulo VII: Municipio de Capital	48
1. Contenido del Plan	48
2. Observaciones expresadas por el Dr. Guillermo Carmona	48
Capítulo VIII: Municipio de San Martín	50
Capítulo IX: Municipio de Las Heras	51
Capítulo X: Municipio de Maipú	53
TERCERA PARTE	55
Capítulo I: El piedemonte mendocino	55
1. Las características del piedemonte mendocino	55
2. Los servicios ecosistémicos de esta unidad territorial	55
3. Los antecedentes regulatorios	55
4. Directrices específicas del PPOT respecto del piedemonte mendocino	56
5. Los programas específicos en el PPOT	57
6. Evaluación de riesgos	58

Capítulo II: El cinturón verde	61
1. Un sector agrícola con identidad propia	61
2. Entrevista con la Mgter. Arq. Mariana Sammartino, vocal de la APOT	61
CUARTA PARTE	63
Capítulo I: Los avances normativos en legislación municipal requeridos para implementar los planes	63
1. Los municipios como protagonistas en la temática de ordenamiento y ambiental	63
2. La clasificación y la zonificación	64
3. Autonomía municipal	65
Capítulo II: La jurisprudencia	65
1. La jurisprudencia relacionada con la LOT y US	65
2. Análisis específico de los fallos	68
3. 3. Conclusiones sobre las tendencias jurisprudenciales	79
Abreviaturas	80
Bibliografía	81

Resumen

La Ley Provincial de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo de la provincia de Mendoza 8051 (LOT y US 8051) dispuso la creación del Plan de Ordenamiento Territorial Provincial (POTP), que se concretó mediante la Ley 8999 POPT en agosto de 2017. La LOT y US 8051 estableció fines (políticos, administrativos, demográficos, prospectivos, económicos y ambientales) y dispuso objetivos generales y especiales para concretarlos mediante planes, programas y proyectos. El POTP Ley 8999 determina objetivos, directrices –obligatorias y orientativas– y lineamientos, estableciéndose programas como instrumentos rectores para alcanzar los objetivos mediante los proyectos.

Este trabajo preliminar tiene como meta determinar si el POTP de la Ley 8999 fija una visión estratégica y prospectiva para todo el territorio provincial, implementando en forma total y adecuada los fines y objetivos establecidos por el marco fijado por la LOT y US 8051, con un grado de eficacia que permita que los Planes de Ordenamiento Territorial Municipal (POTM) que se elaboren encuadren en una estrategia superadora de lo propiamente local al planificar sus territorios municipales, guiados por una clara política de estado provincial que refuerce la colaboración interinstitucional, evite conflictos de competencia y establezca la coordinación con los planes estratégicos ambiental e hídrico.

PRIMERA PARTE

Capítulo I: Introducción al problema

1. Antecedentes

1.1. *El fenómeno histórico: cultura y uso del suelo*¹

Los humanos modifican su entorno cuando dejan de ser cazadores recolectores para ser sedentarios e iniciar el desarrollo de la cultura. En términos geológicos –billones de años– o evolutivos –pocos miles de millones de años– (Jastrow, 1993, p. 11) el cambio antrópico del planeta es minúsculo en el tiempo e inconmensurable en el resultado. Se modificó la flora –por deforestación y cultivo–, la fauna –por extinción y selección de especies–, el agua –por contaminación y reconducción–, el aire –por polución y usos energéticos– y el suelo –por desertificación y aprovechamiento–. Hasta hubo gran incidencia en el clima.

Las ciudades, con sus infinitas interrelaciones, la escritura y la ciencia han sido los pasos fundamentales en la evolución del espíritu y de la técnica. Mientras los humanos miraban al cielo, las ciudades crecían silenciosamente, con prisa y sin pausa; cuando la civilización se derrumba ante los bárbaros, detrás de las murallas de las urbes se preserva (Toynbee, 1999, p. 12). Y, finalmente, en occidente y en oriente los bárbaros «envejecieron en los palacios que ambicionaban destruir»². La cultura sobrevive en las ciudades.

La falsa imagen del ordenamiento como idea reciente contrasta con la planificación que los imperios romano, chino, ruso y norteamericano hicieron del territorio, con la centralización a sangre y fuego seguida de la descentralización burocrática y los servicios básicos en las ciudades y la organización del campo (Toynbee, 1999, p. 12-13 y 27).

El modelo de ordenamiento territorial romano evolucionó a lo largo de dos milenios y luego fue copiado y mejorado por grandes y pequeños estados. El territorio –en especial el suelo arable– fue motivo de planes específicos

1. DRAE: 1. cultivo; 3. conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social.

2. Antiguo haiku que se refiere a la invasión de los mongoles a China.

iniciados desde el poder central mediante el sistema de colonias militares. Los servicios esenciales se instalaban en cuanto les era posible y eran objeto de grandes obras públicas para mantenerlos. El aseguramiento de las comunicaciones garantizaba el comercio y la administración; la Justicia protegía a estos y al derecho de propiedad inmobiliaria (Toynbee, 1999, p. 11)

La Ilustración produce un quiebre nefasto en la visión del ordenamiento que todavía pervive. El territorio se convierte en mapas cada vez más precisos y censos cada vez más descriptivos, despojados de aspectos esenciales para las decisiones, cada vez más tecnocráticas. Se copian experiencias foráneas desoyendo las voces locales, cuando lo óptimo es tomar las lecciones extranjeras para mejor conocer las percepciones locales.

El Imperio inca o Tahuantinsuyo, con su organización en cuatro partes territoriales, tenía –en líneas generales– los principios de ordenamiento territorial de otros imperios mundiales de la época, en orden a centralización burocrática, autonomías locales, comunicaciones y servicios. Similar situación se produce con el Imperio azteca. Los pueblos mapuche, tehuelche y huarpes milcayac ordenan su población en el territorio, adaptándose a los recursos dentro del ambiente, con un equilibrio que les permitía una buena calidad de vida.

En todos los casos, los pueblos originarios estaban fuertemente condicionados por una espiritualidad que repercutía en su relación con el territorio. Las pirámides mayas y aztecas nacieron en las ciudades como puentes a los dioses y en ese sentido ordenaban sus ciudades y territorios. Los mapuches y los huarpes tenían la divinidad en sí y entre sí, solo tenían que vivirla, no necesitaban construirla ni ordenarla, se adaptaban al territorio.

1.2. *Un pantallazo americano*³

Las colonias inglesas y su continuación en los Estados Unidos hasta el siglo XX casi carecieron de normativas para el uso de la tierra⁴. En la actualidad,

3. Massiris Cabeza, Ángel (2008). «Gestión del Ordenamiento Territorial en América Latina: Desarrollo recientes». Conferencia magistral dictada en el «IV Seminario Internacional de Ordenamiento Territorial», Encuentro Internacional Interdisciplinario; Año 4 - Vol. 1- nro.

4. Instituto CIFOT, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. NOTA: Está desactualizado, aunque sigue siendo de gran utilidad.

4. Cornell Law School. «Land use law: an overview». Legal Information Institute. Visitada 12/03/2019 https://www.law.cornell.edu/wex/land_use

los gobiernos federales, estatales y locales regulan el crecimiento y el desarrollo a través de leyes. La mayoría de los controles sobre el uso de la tierra surgen de condiciones impuestas por los desarrolladores privados a los particulares adquirentes. En estos casos, los acuerdos privados de uso de la tierra se consolidan mediante decisiones judiciales, que complementan la normativa estatal y logran formas y niveles de control cuando la zonificación por la autoridad pública no puede. Por otra parte, se han aprobado dos leyes federales que limitan significativamente el uso privado de la tierra: la Ley de Preservación Histórica Nacional de 1966 (hoy incorporada en 16 USC 461 et seq.) y la Ley de Política Ambiental Nacional de 1969 (42 USC 4321 et seq.).

La política e historia de Chile⁵ como país unitario, con fuerte centralización y autonomías locales a nivel de municipios, ha generado una solución interesante que ha evolucionado con características propias. Se ha optado por encuadrar los planes locales dentro de la evaluación estratégica. En abril de 1976 se dicta el Decreto Supremo 458 llamado Ley General de Urbanismo y Construcciones. En 1979 ya se había lanzado la primera Política Nacional de Desarrollo Urbano, dirigida a «asegurar el funcionamiento de un eficiente mercado de la tierra urbana», «la planificación de los recursos públicos destinados al equipamiento e infraestructura» y el «establecimiento de normas de urbanismo y construcción claros e iguales para todos los habitantes». Se implementó mediante el Decreto Ley 420 de 1979 y tuvo una incidencia limitada mayormente a la Región Metropolitana⁶.

Bolivia en 1997 formula el Plan General de Desarrollo Económico y Social que se extendería hasta 2002, incluyendo el ordenamiento territorial entendido como un proceso de adecuación de uso y ocupación del territorio conforme sus potencialidades y limitaciones, en vista a las actividades productivas y a la reducción de vulnerabilidades ante los riesgos naturales y antrópicos. El ordenamiento territorial cuenta con instrumentos normativos (planes de ordenamiento territorial en los niveles nacional, departamental y municipal) e instrumentos operativos (lineamientos de políticas del ordenamiento territorial, informes de evaluación del ordenamiento territorial y guías metodológicas). El cambio constitucional de 2006-2009

5. Molina, Maura; Urra, Ximena; Escalona Ulloa, Miguel (nov. 2012). «Evaluación Ambiental Estratégica: Instrumento para la planificación territorial urbana». *Revista Urbano*. Vol. 15, núm. 25, pp. 17-30. Universidad del Bío Bío, Concepción, Chile. *Revista Urbano*.

6. <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/81778009-6ca7-40cb-8cc5-4f77ed29bace/rev+28+05+JOSE+FERNANDEZ+RICHARD.pdf?MOD=AJPERES>

convierte en Estado Plurinacional a Bolivia e implica una cosmovisión surgida de las comunidades originarias –alternativa al capitalismo– que se funda en la armonía con la madre Tierra y la solidaridad y la equidad social.

1.3. 3. Conclusiones

- El ordenamiento territorial no es un fenómeno novedoso; lo novedoso es que se ha tornado acuciante la necesidad de implementarlo bien.
- Los mapas y censos están despojados de seres humanos y su cultura; son útiles usados desde la correcta percepción política local y dirigidos a lograr la gobernabilidad global.
- Los modelos extranjeros, como los locales, pueden estudiarse y obtener lecciones teóricas; en la práctica es el conocimiento de campo el que revela las soluciones.
- El Ordenamiento Territorial (OT) se asienta sobre decisiones de política que ejecuta una burocracia apegada al derecho administrativo, con un eficaz contralor judicial que garantice el derecho humano al ambiente sano y equilibrado. La tecnocracia provee de herramientas de segundo orden.
- El resultado exitoso parte de dejar claro las líneas de base: creciente respeto por la identidad cultural y tolerancia intercultural; usos del suelo que conjuguen sostenibilidad económica y eviten conflictos socio ambientales, progresión en la calidad de vida que sustenta el desarrollo humano.
- El sesgo urbano de los planes atenta contra las formas equilibradas de desarrollo.
- La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) debe ser una regla insoslayable como único modo de respetar la dimensión ambiental y construir un proceso de Evaluación Ambiental Estratégica y prospectiva.
- La tecnología y los Sistemas de Información Geográfico (SIG) deben ser usados al máximo para construir la matriz FODA (fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas), en concurrencia y en paridad con los informes sectoriales, opinión de expertos y actores destacados, dando primacía a los principios de prevención y precaución y a la responsabilidad intergeneracional al evaluar.
- El poder central debe ser el guardián del cumplimiento de las metas surgidas de la Evaluación Ambiental Estratégica y de los presupuestos mínimos y normas complementarias, garantizando su efectividad conjuntamente con el Poder Judicial. La autonomía local es la base de una eficaz instrumentación del ordenamiento.

Capítulo II: El régimen legal ambiental y territorial argentino

1. La organización política argentina: el federalismo (art. 1, 5, 124 CNA)

1.1. El reparto constitucional: competencias federales y locales

La organización institucional de Argentina se fundamenta en el régimen federal de Gobierno (art. 1 CNA), que distribuye las competencias en niveles: el federal o nacional, por un lado, y el provincial, por el otro. Hay un tercer nivel, el nivel municipal, que está previsto en la Constitución Nacional (art. 5 CNA) como requisito para el reconocimiento de las autonomías provinciales; sin embargo, este nivel se atiene al régimen de distribución de competencia constitucional de cada provincia.

Esta trama normativa se integra con la atribución de diferentes competencias: a) competencias exclusivas del Estado federal; b) competencias exclusivas de las provincias; c) competencias concurrentes; d) competencias excepcionales del Estado federal y de las provincias; e) competencias concurrentes y compartidas por el Estado federal y las provincias.

1.2. El reparto de las competencias en materia ambiental (art. 41, 2 párr. CNA)

El sistema normativo ambiental argentino es presidido por el art. 41 CNA, que reconoce el derecho al ambiente sano y equilibrado y el deber correlativo, la sustentabilidad como principio rector de esencia intergeneracional, amplios deberes de protección a cargo de las autoridades de todos los niveles y funciones, una especial distribución de competencias federales y el establecimiento de prohibiciones; conformando todo ello el núcleo del sistema jurídico ambiental. El derecho a un ambiente sano y equilibrado en la CNA conlleva los principios de equidad intergeneracional (Bustamente Alsina, p. 51), responsabilidad pública y privada y obligación prioritaria de recomponer. Ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) como un derecho de incidencia colectiva sobre bienes colectivos (Halabi, 2009). Los arts. 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación (CC y CN) receptan esta calificación (Esain, 2015).

El art. 27 de la LGA 25675, interpretado con los arts. 2 y 6, provee un concepto amplio de ambiente, que comprende el bien mayor ambiente y sus micro bienes (agua, suelo, flora, fauna) inseparables dentro del ecosistema en lo

físico; y que en lo jurídico componen bienes y valores colectivos y el patrimonio cultural. La segmentación de dominio, jurisdicciones y competencias sobre el bien colectivo ambiente es aparente. Cada micro bien lo es por su función con el ecosistema total, con el cual interactúa inescindiblemente.

El deber constitucional de proteger el ambiente por parte de las autoridades se cumple dentro de la jurisdicción, que es el ámbito territorial delimitado dentro del que el Estado ejerce sus funciones (competencias). Estas funciones pueden ser regulatorias o ejecutivas.

El art. 41 CNA reparte las competencias regulatorias y ejecutivas, acorde al sistema federal y las facultades delegadas (Sabsay, 1995, p 26). Corresponde a la Nación dictar las Leyes de Presupuesto Mínimos (LPM)⁷ –sin alterar las jurisdicciones locales (Nanclares, 2017)– y a las provincias –y municipios en su caso– las normas complementarias (Sabsay, 1995, p 28-29).

El entramado adquiere una complejidad creciente, que va desde los derechos y garantías de la CNA y tratados internacionales, los presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA), sigue con los derechos y garantías fijados en las constituciones provinciales y las leyes provinciales complementarias (Gómez, 2017) y la normativa municipal (Valls, 1999, p. 16). En cada escalón hay autoridades de aplicación nacionales, provinciales y municipales, y juzgados federales y provinciales como resguardo de legalidad y legitimidad (Sabsay, 1995, p. 36 y 39).

1.2.1. El marco de competencias ambientales en la función regulatoria

La competencia para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) corresponde exclusivamente a la Nación. Y la competencia para dictar normas ambientales complementarias es exclusivamente provincial.

7. LGA 25675 art. 6. PRESUPUESTO MÍNIMO. Se entiende por tal, conforme el art. 41 CNA, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

1.2.2. El marco de competencias ambiental en función ejecutiva (art. 41, 3 párr. CNA)

Las provincias aplican en su territorio las normas de PMPA y las normas complementarias. Nación aplica en territorio federal, mar y ríos interprovinciales y tránsito interprovincial por ruta nacional las normas de PMPA y las normas complementarias nacionales.

1.3. Los otros derechos constitucionalmente amparados

El derecho constitucional de propiedad a ejercer la industria lícita –y dentro de este derecho la actividad minera acotada en el propio Código Minero (CM) (Sabsay, 1995 p. 34)– se sujeta a la legislación que se dicte en virtud del art. 41 de la CNA, que reconoce el derecho a un ambiente sano, protegido por el orden público ambiental (Mateo, 1998, p. 63), mediante la vía del amparo establecida en el art. 43 de la misma CNA.

Los derechos constitucionales limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 28 CNA) se remiten a la normativa de los arts. 240 y 241 CC y CN que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos si afecta intereses colectivos. El CC y CN es aplicable en sus principios a todas las ramas del derecho, regulando la propiedad del suelo, la industria y la propiedad minera –subsuelo– en lo que el CM no tenga una regulación especial.

1.4. La reforma de 1994 y la inserción de los convenios internacionales de DDHH

El art. 75, inc. 22, coloca los pactos de DDHH incorporados a la Primera Parte de la CNA sobre jurisdicciones federales y locales. Amplía las facultades del Gobierno Federal en sus tres ramas, en la prosecución del cumplimiento de estas garantías y la satisfacción de los derechos humanos, restringiendo el alcance del art. 121 de la CNA si hay vulneración de Derechos Humanos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Las facultades del Poder Ejecutivo Nacional (PEN) también se ampliarían, por cuanto dentro de las facultades del art. 99, inc. 1-3, CNA puede proceder por vía reglamentaria a regular una amplia zona gris, que ingresa en las competencias locales y atribuciones del Congreso, invocando la necesidad y urgencia o, invocando el artículo 28, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, actuando para proteger los DESCA.

8. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Capítulo III. Derechos económicos, sociales y culturales, art. 26. San José, Costa Rica, de noviembre de 1969.

1.5. Las leyes de presupuestos mínimos ambientales (PMPA)

La Ley de Gestión Ambiental 25675 (LGA 25675) es la norma general del sistema ambiental argentino⁹ –aunque no la única ley– que fija los PMPA (art. 6), definiéndolos como una regulación para todo el territorio nacional que asegure una protección ambiental uniforme al equilibrio ecológico, preserve el ambiente y garantice el desarrollo sustentable, satisfaga el mínimo constitucional y previsión de los medios que, debidamente seleccionados, afiancen el fin de protección¹⁰ del bien colectivo ambiente, el cual es indivisible y de pertenencia social (*Halabi*, 2009).

Sobre los bienes colectivos, la CSJN explicó en la causa *Halabi* (2009) que no existe un derecho de apropiación individual porque no hay en juego derechos subjetivos: se trata de bienes de pertenencia colectiva. Recientemente ha dicho: «En efecto, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible» (Fallos: 329:2316)¹¹.

Existen otras leyes nacionales de PMPA especiales en las que el bien protegido es un microbien ambiental o un supuesto de hecho, actividad o conducta, relacionado con este.

9. CSJN. Asociación de Abogados Ambientalistas c/ provincia de Buenos Aires - 08/04/2008 - Fallos 331:699. «Que la Ley General del Ambiente 25.675, establece en su art. 6° los presupuestos mínimos que el art. 41 de la Constitución Nacional anticipa, fija los objetivos y los principios rectores de la política ambiental, y los instrumentos de gestión para llevarla a cabo (arts. 2°, 4° y 8°). La referida ley ha instaurado un régimen jurídico integrado por disposiciones sustanciales y procesales –destinadas a regir las contiendas en las que se discute la responsabilidad por daño ambiental–, y ha consagrado principios ordenatorios y procesales aplicables al caso, y que deben ser estrictamente cumplidos, resguardando y concretando así la vigencia del principio de legalidad que impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley».

10. CSJN in re «Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional (Buenos Aires, provincia de, citada 3°) s/ Acción meramente declarativa» sentencia 03/11/2015: «... En tales condiciones, la Nación legisla las pautas mínimas de protección, y al ser esta una facultad compartida por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde con base constitucional; extremo que implica que la provincia en su ámbito propio realiza en plenitud una atribución que traduce un grado de valoración con relación al fin especial de carácter preventivo que persigue, la protección del medio ambiente...».

11. CSJN 243/2014 (50-L) ICS1 ORIGINARIO. La Pampa, provincia de c/ Mendoza, provincia de s/ uso de aguas, sentencia del 1 de diciembre de 2017.

1.6. Las regulaciones complementarias provinciales y municipales

Las normas complementarias provinciales y municipales suponen la mayor intensidad regulatoria, con el fin de satisfacer el derecho fundamental al ambiente, y puede definirse como el nivel superior de regulación constitucionalmente reservado por las provincias para lograr la protección ambiental en sus territorios.

1.7. El Estado ambiental de derecho

1.7.1. Estado ambiental como fórmula superadora constitucional

Después del Estado de Derecho y del Estado Social, la preocupación ambiental aparece como determinante en la forma de Estado argentino (Cafferata, 2017). Deriva en importantes consecuencias prácticas: la consulta pública, audiencia pública, legitimación procesal extendida, efectos *erga omnes* de la sentencia, responsabilidad por daño ambiental colectivo, compensación por daño ambiental, responsabilidad intergeneracional¹².

La mayoría de los países americanos en su legislación ambiental han incorporado principios rectores en sus ordenamientos en camino a la construcción del estado ambiental de derecho.

1.7.2. Los principios del derecho ambiental. Su función

El sistema jurídico contiene normas que constituyen mandatos de optimización impuestos al Gobierno que deben integrarlos en la actividad estatal al dictar regulaciones genéricas, tomar decisiones administrativas o judiciales en un caso concreto (art. 5, LGA 25675).

El principio es una norma jurídica y no una mera declaración, pero el grado de obligatoriedad es diferente de la regla de derecho.
El principio es un concepto jurídico indeterminado, un mandato

12. SCJN in re «Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia e/ Santa Cruz, provincia de y otros p/ amparo ambiental», CSJN 5258/2014, ORIGINARIO, Sentencia del 26/04/2016: «La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de Derecho. Por esta razón, cabe señalar que la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente».

de optimización, es decir obliga a hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo; y tiene diferente peso en el caso concreto, muestra la dirección en que debería buscarse la decisión, *pero la fuerza depende de los bienes en juego* (Lorenzetti, 2008).

La LGA 25675 (art. 5) enumera diez principios:

- Principio de congruencia: la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la LGA.
- Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se puedan producir.
- Principio precautorio: ante el peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no es razón para postergar la adopción de medidas eficaces para precaverse de la degradación del medio ambiente.
- Principio de equidad intergeneracional: la autoridad debe velar por el goce apropiado del ambiente preservando el uso para las generaciones presentes y futuras.
- Principio de progresividad: los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, mediante metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.
- Principio de responsabilidad: el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la responsabilidad ambiental que corresponda.
- Principio de subsidiariedad: el Estado nacional en sus tres ramas tiene el deber de colaborar en la preservación y protección ambientales y, de ser necesario, complementar el accionar de particulares y de entes públicos de competencias inferiores.
- Principio de sustentabilidad: el desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales debe realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.
- Principio de solidaridad: entre la Nación y las provincias sobre la prevención y mitigación de impactos negativos transfronterizos generados por su accionar; y de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.
- Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de emergencias ambientales transfronterizas serán desarrollados en forma conjunta.

Capítulo III: Ordenamiento territorial y ambiente

1. El ordenamiento territorial como instrumento de planificación ambiental

El ordenamiento territorial es el procedimiento para planificar armonizando las circunstancias políticas, sociales, culturales, económicas y jurídicas, los medios tecnológicos disponibles y el medio natural en su faz ambiental y física (Rodríguez Salas, 2016, p. 64).

El planeamiento requiere de una simetría de escala local, regional y nacional para maximizar la sostenibilidad, que implica equilibrio de los biomas, uso racional, evitar su deterioro y sustentar las decisiones esenciales en la participación social. Estos pilares son los que permiten ordenar los asentamientos humanos y las actividades antrópicas. Derivan de estos una serie de directivas obligatorias que consolidan su cumplimiento: atender la vocación de cada región; tener en cuenta la distribución de la población y su cultura; comprender las particularidades de los biomas y los efectos de los impactos antrópicos y fenómenos naturales, requiriendo especial deber de cuidado los ecosistemas significativos (LGA 25675, art. 10).

2. La importancia del principio de congruencia

El principio de congruencia guarda especial interés: establece la precedencia de los principios de la Ley 25675 sobre toda norma provincial o municipal. Para evitar confusiones, se debe resaltar que se trata de una adecuación de las regulaciones y de las decisiones en los tres niveles, tal como se la establece en la pirámide constitucional, respetando las competencias las provincias y municipios para establecer las leyes complementarias y sin alterar las jurisdicciones locales, como lo estipula el art. 41 CNA.

3. Regulaciones ambientales provinciales. La provincia de Mendoza

Las provincias conservan un amplio margen para establecer regulaciones complementarias y fijar el techo de la protección ambiental, aunque les compete la aplicación (gestión) de todas las normas ambientales, sean federales o locales.

Las regulaciones provinciales se distinguen de aquellas que son sobre sus recursos naturales –dominio originario, art. 124 CNA–, y las normas complementarias propiamente ambientales –tercer párrafo del art. 41 CNA–,

que lo regulan en tanto bien colectivo. La distinción supone que el mismo objeto se regula como bien colectivo ambiental, indivisible, de titularidad social; y como bien divisible, en tal caso, como recurso natural, susceptible de explotación y uso privado. Entonces, el agua puede ser regulada como parte del ecosistema, siendo esta una norma ambiental, y también regulada como recurso natural para su uso y gestión de los usuarios. En Mendoza, la regulación de los recursos naturales, mediante la concesión de derechos a particulares y la regulación de la gestión, es de competencia local. Así, en materia de recursos hídricos, está expresamente establecida en la Constitución Provincial (art. 188 y siguientes).

Las regulaciones sobre los recursos naturales son interferidas transversalmente por las normas ambientales. El procedimiento de EIA establecido en la Ley 5961, por ejemplo, aplica a toda obra o actividad, incluso a las hídricas. La transversalidad de la norma de protección ambiental responde a la impronta constitucional del derecho fundamental al ambiente. Así sucede también con el suelo, que puede ser regulado para su uso y gestión, como régimen del derecho de propiedad privada, o como bien ambiental; en este último caso se parte de considerarlo como un bien colectivo, de pertenencia comunitaria e indivisible. Es lo que sucede con la Ley de OT 8051 y la Ley 8999 que aprueba el PPOT.

4. La regulación del ordenamiento territorial en Mendoza

4.1. Amalgamar una tarea compleja

El ordenamiento territorial requiere de una perfecta coordinación de equipos multidisciplinarios, cuya tarea confluya en un resultado transdisciplinario. La tarea requiere de un lenguaje común, que inicialmente viene provisto por el glosario que la LOT y US 8051 provee, que cada científico y técnico integre su tarea en una plataforma común asequible para todos. Y, por último, requiere que este símbolo –percepción más soporte entendido y diseñado por los técnicos– sea comprendido por la comunidad y transmitido eficientemente por políticos. Así, enriquecido mediante la participación de todos¹³, los funcionarios técnicos y políticos lo concretan en las políticas públicas.

13. Participación entendida en el más amplio concepto del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Visitado 12/03/209
https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/principio_10.pdf

El ordenamiento es como un piano de concierto: en una mano están los fines y en la otra los objetivos, donde cada dedo representa una dimensión de estos: políticos, demográficos, económicos, ambientales y administrativos. El piano, como instrumento, es ejecutado por un cerebro cuyo hemisferio derecho interpreta y cuyo hemisferio izquierdo imagina. Así, en el ordenamiento territorial la misión es pensada y decidida políticamente y la estrategia es diseñada prospectivamente. El plan, como este piano, no se toca con dos dedos –solo fines y objetivos administrativos–. Reducida toda dimensión de la obra a ser ejecutada con estos dos dedos, acaecerá que los toscos compases nunca conciliarán el desarrollo económico, social y ambiental, ni se alcanzara un tono equilibrado y eficiente de ocupación territorial.

Este plan, como el piano, requiere de una orquesta; cada arpegio tiene su soporte en un acorde de otros instrumentos. El plan como estrategia para alcanzar el modelo deseado se sustenta con los programas, como instrumentos rectores de las obras y actividades determinadas en los proyectos. Este concierto necesita de un público interesado que, a su vez –si en verdad quiere perdurar a largo plazo–, ha de sentirse participe de la obra, canturrearla como propia y reconociendo a los intérpretes. En suma, que los administrados no sean súbditos obedientes y que los actores destacados tengan su espacio y sus voces e intereses incluidos en el plan. Esta sencilla alegoría nos introduce en el problema.

4.2. La planificación es el instrumento básico

El instrumento básico en la LOT y US 8051 es la planificación, como medio imprescindible para conciliar el proceso de desarrollo económico, social y ambiental, con formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial. Planificar el territorio es:

- Diseñar acciones para llevar a cabo los objetivos: se concreta en los programas definidos por el POTP Ley 8999, como principios rectores de las obras a desarrollar en los proyectos.
- Prever los principales factores en juego.
- Identificar a los actores destacados.
- Señalar los fines del ordenamiento a alcanzar.
- Fijar el tiempo y los indicadores.
- Conciliar el proceso de desarrollo económico, social y ambiental es el fin.
- Formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial son los objetivos.

4.3. Tres verdades

- El territorio se ordena por la prospectiva y la estrategia o por la naturaleza.
- Los errores del ordenamiento se pagan con recursos y calidad de vida (o vidas).
- Quien domina el territorio domina el sistema social.

4.4. Las dimensiones del ordenamiento territorial

4.4.1. El ordenamiento territorial no es solo territorial

¿Cuáles son las dimensiones de la materia prima de la planificación territorial?

- Geográfica: territorio como porción de la superficie terrestre.
- Política: provincia o municipio delimitada políticamente.
- Histórica y social: región como zona con legado histórico y social.
- Cultura: comarca territorio dentro de la región diferenciado por su cultura específica.
- Ecosistema: comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente.
- Zona: franja de terreno encuadrada por cuestiones administrativas o económicas.

La materia prima del ordenamiento territorial excede los conceptos puramente geográficos, políticos, sociales, culturales, demográficos, ambientales, administrativos y económicos.

La gestión del territorio presenta problemas y conflictos enraizados en el pasado y latentes o actuales en el presente y proyectados al futuro; riesgos, ventajas y oportunidades en el presente y con las que se construye, mejora, deteriora o se perjudica el futuro.

La sinergia entre variables impone que un equipo multidisciplinario construya una matriz FODA (fortalezas, oportunidades, debilidades, amenazas) para alcanzar una solución transdisciplinaria. La sinergia también revela lo necesario que es conocer fines políticos, administrativos, demográficos, ambientales, económicos y prospectivos.

4.4.2. *El ordenamiento territorial es multidimensional*

Los fines del ordenamiento territorial son políticos, administrativos, demográficos, económicos, ambientales y prospectivos. La meta que impone la LOT y US 8051 (art. 1) no se alcanza con mera gestión, ni con una única gestión. Se caracteriza como:

- Procedimiento político administrativo: implica decisiones sobre el gobierno estatal y asuntos públicos trascendentales, que exceden con mucho el reducido marco de la burocracia cotidiana. La administración es imprescindible para concretar las decisiones políticas, como la forma hace al contenido, siempre que no ahogue o desvirtúe la esencia.
- Política de Estado para el Gobierno provincial y municipal: el ordenamiento territorial es un conjunto de decisiones que trasciende a la alternancia republicana. Encarna con más fuerza este principio, porque la cosa pública debe ser atendida prioritariamente sobre la alternancia de gobiernos y pasaje temporal de hombres por la función estatal.
- Carácter preventivo y prospectivo: se incorpora el principio de prevención, que implica la atención prioritaria e integrada de las cuestiones ambientales a fin de evitar, mitigar, remediar o recomponer los pasivos ambientales que la actividad antrópica produce. El ordenamiento territorial se presenta como el medio eficaz para efectivizar este principio, dado que la LOT y US 8051 tiene fines y objetivos ambientales, además de las remisiones a la Ley 5691 de Ambiente de Mendoza y su Plan e Informe Ambiental. El carácter prospectivo de la LOT y US es sistémico a todo el proceso de elaboración de los planes –provincial y municipal– a lo largo del texto legal y desde su art. 1.
- La escala temporal –corto, mediano y largo plazo–: la LOT y US contiene un preciso cronograma para sus metas y sanciones contundentes al incumplimiento. Sus hitos progresivos se sujetan al principio de no regresión y al orden público ambiental.

4.4.3. *El ordenamiento territorial no es solo estatal*

Los actores del ordenamiento pueden ser entes estatales, entes para estatales y los particulares. Todas las personas jurídicas y físicas que con su actividad pueden causar un impacto territorial significativo están sujetas a las regulaciones del ordenamiento ambiental.

5. Los fines y objetivos del POTP

El POTP debe establecer como finalidad general conciliar el proceso de desarrollo económico, social y ambiental con formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial. Se traduce en objetivos para concretar una visión estratégica prospectiva consensuado en una política de Estado provincial y municipal.

La gobernabilidad, la calidad de vida y el desarrollo humano se sustentan al equilibrar el territorio provincial mediante el fortalecimiento de las ciudades y localidades menores, y con acciones concretas que dinamicen las áreas más deprimidas. La ley marco LOT y US 8051 hace foco en la necesidad de la planificación integrada el hábitat, la mitigación de riesgos naturales y antrópicas, la conectividad para la integración provincial, propiciando la movilidad sustentable, el desarrollo económico y energético, según la vocación del territorio y la gestión integrada de los recursos hídricos. Se apuesta a un modelo de ciudad compacta, evitando procesos de expansión urbana indiscriminada, consumo innecesario de recursos naturales y de suelo, fragmentación del territorio y la segregación social. En este marco, se identifican las áreas que requieren una atención especial por los servicios ambientales que prestan. Por ejemplo, el área rural¹⁴ que constituye el oasis mendocino o las zonas de vulnerabilidad ambiental, como el piedemonte, problemática compartida por diversos territorios municipales y que trasciende a las comunas.

6. La ley marco y la ley plan

6.1. Una ley para diseñar un plan

La LOT y US 8051 es una norma marco que brinda los elementos necesarios para el diseño de un plan de ordenamiento en sus dos niveles (provincial y municipal):

- Precisa los fines –visión– y los objetivos –misión– del plan (arts. 1, 2, 3).
- Establece el método prospectivo y estratégico a seguir para confeccionar el plan.

14. Gordillo, V. (2019). «Ordenamiento: seis comunas no informaron sobre el avance de sus planes». Publicado el 22/07/2019 en UNIDIVERSIDAD. Recuperado el 22/07/2019 desde http://www.unidiversidad.com.ar/ordenamiento-seis-comunas-no-informaron-sobre-el-avance-de-sus-planes?utm_campaign=Novedad&utm_term=34.

- Fija los linderos dentro de los que debe transitar la construcción del plan y su concreción: prohibición de excepciones, evaluación de impacto ambiental y territorial, evaluación ambiental estratégica, informes sectoriales y –siempre– audiencia pública.

6.2. La ley marco es de orden público

La LOT y US 8051 establece su carácter de orden público y, en los sentidos señalados de metodología, misión, visión y valores, se trata de una ley complementaria de la Ley 25675 Nacional de Presupuestos Mínimos de Ordenamiento Territorial.

La Ley 8999 POTP y las que se dicten en el futuro en los sucesivos planes no son leyes de orden público en sí. Solo adquieren este carácter en forma transitiva en la medida en que dan cumplimiento a las normas de orden público de la ley marco.

6.3. La ley plan debe cumplir con los fines y objetivos de la ley marco

La LOT y US como ley marco, y por su carácter de orden público, no puede ser modificada, alterada en su espíritu –visión, misión y valores, metodología o linderos– por la ley plan.

Es una infracción no convalidable que se desvirtúen o se incumplan los fines y objetivos que con precisión define la ley marco. Todo sujeto legitimado puede acudir ante la autoridad –administrativa o judicial– a reclamar dentro de las previsiones de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional, arts. 48 de la Constitución de la provincia de Mendoza y de los arts. 2 y 5 de la LOT y US. Esto es el legítimo ejercicio ciudadano en el Estado de Derecho Ambiental, exigiendo que los sujetos del ordenamiento ambiental se constituyan en forma legal y cumplan las funciones para que han sido instituidos.

La primera tarea de la Autoridad de Aplicación de la LOT y US 8051 es estatuir un plan que cumpla los requerimientos mínimos de la ley marco; la segunda es cumplir los plazos de dicho plan instrumentando programas que alcancen los objetivos; la tercera es proveer los medios a fin de que los agentes estatales cumplan esta función y la cuarta es rendir cuentas acorde al principio republicano. Se trata de eficiencia, efectividad y eficacia administrativa para cumplir decisiones de política de estado que exceden el tiempo de gobiernos y partidos.

La LOT y US 8051 admite desaciertos, porque siguiendo el arte prospectivo fija un ítem de sucesivas revisiones. No admite desidia, inacción o incumplimiento de los plazos y metas. En ese caso comienzan a funcionar los mecanismos sancionatorios que no existen por fallos en la implementación de políticas, siempre que estos se detecten y corrijan dentro del cronograma que la ley marco establece.

6.4. La ley plan es una decisión de política de Estado, prospectiva y estratégicamente fundada

- No tomar decisiones estratégicas es tomar una mala decisión estratégica.
- No consensuar decisiones estratégicas es confundir táctica con estrategia.
- No fomentar participación en decisiones estratégicas es construir sobre arena.

6.5. El PPOT se concretó con la Ley 8999 (agosto de 2017)

A priori, entre la Ley marco 8051 y la Ley 8999 que traza el plan hay un problema conceptual, dado que los fines y objetivos generales y específicos de la LOT y US no encajan perfectamente en los objetivos, directrices y lineamientos dados en el POTP. Profundizando, hay un problema de visión prospectiva y estratégica derivado de la falta de una clara de política de Estado. Por esto se prevén posibles conflictos interjurisdiccionales y cuestionamiento sobre constitucionales donde concurren las jurisdicciones provinciales y municipales, especialmente en lo atinente a clasificación y zonificación, sin ser esta la única ríspida en lo referente a las competencias constitucionales y legales.

No es fácil determinar si todos los fines y objetivos propuestos por la LOT y US se instrumentan adecuadamente en el POTP y su cumplimiento se refleja en los programas.

6.6. Formulación del problema

El PPOT fija un modelo territorial deseado que debería responder a una visión estratégica prospectiva, concretando una política de Estado que oriente a los Planes de Ordenamiento Territorial Municipal. Estos deben estar presentados antes de los doce meses, contados a partir de la promulgación de la Ley 8999, o sea el 31 de agosto de 2018.

Es vital, desde el principio, determinar los fines y objetivos de la LOT y US que están y cuáles no están contemplados en el POTP. Es esencial clarificar la política de Estado fijada en cumplimiento del art. 1 de la Ley 8051. Desde ese punto de partida, se puede analizar el modo en que se implementa esta visión mediante los programas propuestos y las directrices y lineamientos fijados como obligatorios u orientativos. Así será posible determinar cuáles fines y objetivos previstos en la Ley marco 8051 se contemplan, cuáles se omiten y si hay objetivos fijados por la Ley 8999 que no estén previstos en la LOT y US.

Por último, se debe establecer si las directrices y lineamientos establecidos respetan la frontera entre competencias y jurisdicciones, provincial y municipal, si se fijan métodos efectivos de coordinación interinstitucional y si los modos de implementación fijados por la Ley 8999 respetan las prioridades y modos fijados por la LOT y US.

7. El Principio de Orden Público y la Prohibición de Excepciones

La Ley 8051 establece en su art. 2 el Principio de Orden Público. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido que el orden público es *el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituida en una comunidad jurídica las cuales por afectar centralmente la organización de estos no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos... Receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica cuya existencia prima sobre los intereses individuales o sectoriales*. En armonía con lo aquí expresado, la LOT y US ha establecido en su art. 5 la Prohibición de Excepciones a la Ley. A pesar de lo hasta aquí expresado, los profesionales han resaltado, casi con regularidad, que la provincia o los municipios establecen instrumentos normativos tendientes a excepcionar determinadas obras, actividades o proyectos de las normas de ordenamiento territorial.

Nadia Rapali, vocal por el Poder Ejecutivo de la APOT, ha manifestado que los PMOT son esenciales en este sentido, ya que su cumplimiento posibilitaría terminar con las excepciones que en muchos casos aprueban los concejos deliberantes y que permite que se instalen –por ejemplo– emprendimientos inmobiliarios en un área rural¹⁵.

15. Gordillo, V. (2019). «Ordenamiento territorial: la excepción como norma. Análisis de Aldo Rodríguez Salas, especialista en derecho ambiental». Publicado el 28/06/2019 en *Unidiversidad*. Recuperado el 20/07/2019 desde <http://www.unidiversidad.com.ar/ordenamiento-territorial-la-excepcion-como-norma>.

A modo de ejemplo, hemos analizado el Digesto Normativo de la Municipalidad de Maipú en relación con las excepciones establecidas mediante ordenanzas, a las normas de zonificación o de usos del suelo dictadas en el lapso de diez años transcurridos desde 2007 a 2017 (fecha en que debería haberse aprobado el PMOT). Del análisis efectuado surgieron los siguientes datos:

El resultado indica que las normas generales de zonificación o de usos del suelo son excepcionadas en una gran magnitud. Dos consideraciones pueden realizarse al respecto: 1) la demanda social de ocupación del suelo no es atendida razonablemente por las normas generales de zonificación o de uso del suelo; 2) la administración municipal evidencia dificultades en la gestión del territorio. Ambas situaciones suelen ser concomitantes y esto no debe sorprender porque el mismo PPOT prevé su abordaje en el Subprograma 1 A: desarrollo de capacidades para la gestión territorial, a través de proyectos específicos.

Lo cierto es que, a casi dos años de cumplido el plazo para la elaboración de los PMOT, este municipio, al igual que la mayoría, se encuentra aún en pleno proceso de «elaboración». Pero cabe señalar que el caso de Maipú no es el único, algo similar ocurre con Guaymallén, el que también se encuentra conforme lo manifestado –al igual que Maipú, Junín, Santa Rosa, San Rafael, Malargüe y La Paz– en los informes de avances presentados ante la APOT en «proceso de elaboración» y donde su Honorable Concejo Deliberante (HCD) ha aprobado diversas excepciones a la normativa vigente para la realización de ciertas obras, actividades o proyectos. Algunas son preocupantes, como la excepción para loteo ubicado en Bermejo, en una zona declarada como lugar de «preservación ambiental» por una ordenanza previa (Ord. 8244/2016).

La necesidad de terminar con excepciones de todo tipo ha sido expuesta por el Dr. Aldo Rodríguez Salas, especialista en Derecho Ambiental, quien entiende que el artículo 5 de la Ley 8051 se viola en forma sistemática cada vez que se firma o se aprueba una excepción a las normas vigentes y que permiten, por ejemplo, que los concejales de los departamentos aprueben la instalación de un barrio, de un emprendimiento turístico, en un lugar donde está prohibido hacerlo. Además, explica cómo mediante este mecanismo (excepciones) es que en muchas comunas se generó un crecimiento urbano significativo sobre las mejores tierras productivas, zonas que además no contaban con servicios¹⁶.

16. Gordillo, V. (2019). «Ordenamiento: seis comunas no informaron sobre el avance de sus planes». Publicado el 22/07/2019 en *Unidiversidad*. Recuperado el 22/07/2019 desde http://www.unidiversidad.com.ar/ordenamiento-seis-comunas-no-informaron-sobre-el-avance-de-sus-planes?utm_campaign=Novedad&utm_term=34.

SEGUNDA PARTE

Capítulo I: La Ley 8999 y los PMOT

1. La LOT y US 8051: marco, sujetos e instrumentos

1.1. Los sujetos que integran la Autoridad de Aplicación. Enumeración

La Ley 8051 se erige como la ley marco para la confección, realización, aprobación, implementación, seguimiento, control, auditoría y evaluación ambiental estratégica y territorial de los planes de ordenamiento, provincial, municipal y sectoriales.

Los sujetos que deben cumplirla son provincia, mediante el PPOT; municipios, mediante los PMOT, y todos los organismos y reparticiones que en su función específica deban respetar la normativa de orden público (art. 2 LOT y US 8051) y la prohibición de excepciones (art. 5 LOT y US 8051). Todas las reparticiones y organismos provinciales, centralizados y descentralizados, y los municipios con competencia en los contenidos aprobados en los planes de ordenamiento territorial son responsables de su cumplimiento (art. 35 y 39 LOT y US 8051). La LOT y US 8051 en sí ha creado varios sujetos que coadyuvan a la implementación de las normas:

1.1.1. Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial APOT (art. 40 LOT y US 8051):

- Órgano desconcentrado con función técnica y administrativa dentro del ámbito de la Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial (SA y OT). Su misión es solucionar conflictos y conciliar intereses contrapuestos, su objetivo es aplicar y hacer aplicar la ley imponiendo su carácter de orden público y haciendo respetar la prohibición de excepciones; y en su finalidad pretende armonizar ambiente y territorio, conciliando desarrollo sustentable respetuoso del ambiente y lo social, con formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial.
- Entre sus funciones tiene la de elaborar el proyecto de PPOT y un reglamento para la elaboración de los PMOT; diseñar en acuerdo con los organismos integrantes del CPOT y poner en marcha el Sistema de Información Ambiental Territorial (SIAT). Asimismo, debe vigilar el cumplimiento de la LOT y US y demás ordenamientos de la materia. Debe informar al CPOT sobre la congruencia de los planes sectoriales y los PMOT con el PPOT, sin menoscabo de las competencias de los municipios, sugiriendo las adecuaciones necesarias. También debe procurar la

participación social y ciudadana y una participación activa de los organismos científicos y académicos en la capacitación y asesoramiento, en la formulación y evaluación de propuestas de programas y proyectos, como también en el monitoreo y control de los procesos.

1.1.2. Consejo Provincial de Ordenamiento Territorial CPOT (art. 40 LOT y US 8051):

- Órgano consultivo dentro del ámbito de la SA y OT. Es presidido por el secretario de Medio Ambiente; lo constituyen representantes idóneos de cada uno de los ministerios y secretarías del PEP, un representante DGI, un representante por cada uno de los municipios, un representante de las Organizaciones de Usuarios por Cuenca Hidrográfica, cinco representantes del Sector Científico Técnico de la provincia, cinco representantes de las universidades e instituciones académicas, cinco representantes de las organizaciones de la sociedad civil cuyos estatutos tengan relación con la materia y colegios profesionales, organizaciones de la industria, el agro, el comercio y otros organismos especializados existentes o a crearse.
- Emite dictámenes, proposiciones y aprueba informes. Así, dictamina los informes finales de los proyectos, programas o PPOT, elaborados por la APOT y los eleva a la SA y OT. Aprueba los informes de auditoría y establece las recomendaciones respectivas. Emite proposiciones identificando problemas y/o conflictos territoriales sobre los cuales se deba intervenir para mejorar la organización territorial. Emite recomendaciones anualmente al PEP, el presupuesto de gastos necesarios para la adecuada ejecución de la presente ley.
- La Autoridad de Aplicación, deberá fundamentar su apartamiento de lo aconsejado en los referidos dictámenes

1.1.3. Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial (SA y OT)

Depende directamente del PEP. Su función es la siguiente (art. 39 LOT y US 8051):

- Definir los objetivos esenciales del OT en el ámbito de su competencia.
- Perfeccionar la articulación territorial dentro de la provincia.
- Impulsar y fomentar la coordinación entre el Estado provincial y los municipios en el trazado de las políticas de desarrollo territorial.
- Garantizar la participación de los ciudadanos y de las organizaciones intermedias.
- Propiciar la solución concertada de diferencias y conflictos.

2. El fin primordial de la LOT y US 8051

El fin primordial de la ley es establecer el ordenamiento territorial como procedimiento político-administrativo del Estado en todo el territorio provincial, entendido este como política de Estado para el Gobierno provincial y de los municipios. Es de carácter preventivo y prospectivo a corto, mediano y largo plazo, utilizando la planificación como instrumento básico para conciliar el proceso de desarrollo económico, social y ambiental con formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial (art. 1).

A su vez, el art. 1 de la Ley 8051 enumera sus fines, entre los que se destacan:

- Inc. c) «Crear, desarrollar y mantener un modelo de gestión sistémico centrado en la visión integral de la provincia y los municipios adaptados a los procesos y avances tecnológicos, a los comportamientos competitivos de la economía, a la situación social, y a la valoración estratégica de los recursos y del conocimiento».
- Inc. a) «Asegurar una mejor calidad de vida para la población de Mendoza, en congruencia con los principios de equidad social y equilibrio territorial tendientes a lograr un desarrollo sostenible y sustentable».

El desarrollo sustentable como principio constitucional consagrado en el art. 41 CNA conforma la fuente de la normativa complementaria provincial. En el Anexo 3 de la ley define lo que se entiende por desarrollo sostenible: supone un modo de desarrollo con justicia social, que responde a las necesidades de todos, que garantiza el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (Anexo III pto. 8 Ley 8051). Ello en plena armonía con lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional y Principio 4 de la Declaración de Río.

3. El instrumento esencial de la LOT y US 8051: Planificación

Esta ley consagra múltiples instrumentos para alcanzar sus objetivos: a) el Plan Estratégico de Desarrollo de la provincia de Mendoza; b) el PPOT; c) los PMOT; d) el Plan Ambiental Provincial; e) el Plan de Gestión de Riesgos y Manejo de Emergencias Provincial; f) el Plan de Ordenamiento Territorial Metropolitano para el Gran Mendoza; g) los Planes de Ordenamiento Territorial de Áreas Especiales (perilagos, piedemonte, distritos industriales, parques tecnológicos, subregiones, otros); h) los

Planes Sectoriales o Intersectoriales actuales y futuros; i) el Sistema de Información Ambiental y el Sistema de información Territorial - SIAT (de la DP Catastro según Ley 26209).

Su máxima directriz política es el Plan Estratégico de Desarrollo de la provincia de Mendoza, cuyo objeto es compatibilizar los diferentes planes sectoriales, el plan ambiental y los PPOT y PMOT, bajo una estrategia integradora (art. 9). Los ejes estratégicos de este plan fueron aprobados el 25 de mayo de 2010. La máxima jerarquía normativa se asigna al PPOT, al que atribuye ser el marco de referencia sistémico y específico para la formulación y gestión de las acciones públicas y privadas (art. 21). Conforme lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 8051, una vez aprobado el PPOT, corresponde a los municipios elaborar sus PMOT, conforme las directrices y lineamientos establecidos en él.

4. El Plan Provincial de Ordenamiento Territorial - PPOT

El PPOT fue aprobado por Ley 8999, promulgada el 31 de agosto del año 2017. Contiene un conjunto de directrices y lineamientos, acciones, programas, criterios técnicos-científicos, ejes de articulación provincia-municipio e intermunicipales, instrumentos de planificación, gestión, ejecución, control y coordinación que permiten orientar y administrar el desarrollo del territorio. Además, define acciones prioritarias de la política pública a través de programas, subprogramas y proyectos estructurantes, que las autoridades provinciales, municipales, o ambas de modo concurrente, deberán cumplir y hacer cumplir en el corto, mediano y largo plazo, garantizando la interacción entre las distintas instituciones y los mecanismos de participación social. La metodología adoptada para su elaboración es sistémica y con este enfoque interpreta la estructura y dinámica del sistema territorial. Aborda la estructura y dinámica territorial de forma integral, contemplando tanto lo urbano como lo rural, lo natural, las interfaces y otras áreas destinadas a servicios especializados, actividades extractivas, exploratorias, industriales, turísticas, patrimoniales, culturales, entre otras, tratando de armonizar el interés público y privado como también las competencias entre Nación, provincia y municipio.

Capítulo II: Los planes de ordenamiento territorial: su estado

1. Estado general

Se puede informar los avances de los municipios a través del siguiente cuadro. Cabe aclarar que lo hasta aquí expuesto es sobre la base de la información disponible en los sitios web oficiales de los municipios y las entrevistas y notas periodísticas realizadas a los integrantes de la Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial.

Se resumen en el cuadro de la siguiente manera:

Municipio	Informe de Avance
GODOY CRUZ	PMOT aprobado por el H. Concejo Deliberante. Ord. 6876/18.
CAPITAL	PMOT aprobado por el H. Concejo Deliberante. Ord. 3975/19.
LUJÁN DE CUYO	PMOT aprobado por el H. Concejo Deliberante. Ord. 13495/2019.
LAS HERAS	PMOT elaborado, sin aprobación de su respectivo Concejo Deliberante. Posee Audiencia Pública.
LAVALLE	PMOT elaborado, y aprobado por el H. Concejo Deliberante.
GUAYMALLÉN	PMOT en proceso de elaboración. Avances en área de cinturón verde en cuanto los estudios y trabajos de campo necesarios para permitir el ordenamiento del cinturón verde, que es allí donde se han detectado las mayores amenazas.
JUNÍN	PMOT elaborado, con Audiencia Pública realizada el 20/12/2019.

MAIPÚ	PMOT elaborado, cuenta con Audiencia Pública realizada.
SAN RAFAEL	PMOT en proceso de elaboración.
SANTA ROSA	PMOT elaborado y presentado, sin Audiencia Pública.
MALARGÜE	PMOT elaborado y presentado, sin Audiencia Pública.
LA PAZ	PMOT en proceso de elaboración.
GENERAL ALVEAR	No ha informado a la APOT sobre su PMOT. Al requerir datos al municipio se informa que el plan continúa en proceso de elaboración y a la fecha continúan realizándose los talleres participativos.
RIVADAVIA	No ha informado a la APOT sobre su PMOT.
SAN CARLOS	No ha informado a la APOT sobre su PMOT.
SAN MARTÍN	No ha informado a la APOT sobre su PMOT.
TUNUYÁN	No ha informado a la APOT sobre su PMOT.
TUPUNGATO	No ha informado a la APOT sobre su PMOT. Ante la consulta por parte de nuestro equipo, se informa que se encuentra en proceso de elaboración, con la realización de encuestas de opinión.

En julio de 2019 la APOT comunicó el avance informado por los distintos municipios hasta ese momento y expresó que solo Godoy Cruz contaba con Ordenanza Municipal de aprobación de su Plan. Otros, como Capital, Lavalle¹⁷ y Luján de Cuyo, tenían sus planes concluidos, pero no habían infor-

17. <http://www.ambiente.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/15/2018/03/Audiencia-Publica-PMOT-Lavalle.pdf>

mado sobre la Ordenanza de aprobación. Otros municipios habían realizado o convocado a Audiencia Pública al haber finalizado la etapa de elaboración de sus planes. No obstante, existía un importante atraso en otros, debido a que algunos se encuentran en etapas de diagnóstico, realizando talleres participativos y otros ni siquiera habían informado sobre sus avances.

Conforme lo dispuesto por el tercer párrafo art. 18 de la Ley 8051, el plazo con el que contaban los municipios para elaborar sus Planes Municipales era de un año («... En cada Departamento el Ejecutivo Municipal deberá elaborar, dentro de un plazo de doce (12) meses contados a partir de la aprobación del Plan Provincial Territorial, su Plan de Ordenamiento Territorial Municipal, que deberá ser enviado al Concejo Deliberante respectivo para su aprobación»).

A la fecha todavía hay municipios que no han concluido la elaboración de sus respectivos planes, habiendo transcurrido años desde la promulgación de la Ley 8999.

Aunque si de cumplimiento de plazos se trata, cabe resaltar que el PPOT estableció importantes instrumentos dirigidos a las autoridades, provinciales y municipales, para cumplir con los fines de la LOT y US 8051 y lograr criterios uniformes establecidos para la elaboración de los Planes a desarrollar en Ley Provincial 8999, referidos a la utilización de un lenguaje común en lo atinente a la caracterización del suelo, definiciones de áreas, subáreas, tipos de uso, coeficientes, indicadores, y cartografía locales y elementos coadyuven a homogeneizar la información y su tratamiento. Entre dichos instrumentos podemos mencionar la Comisión de Análisis Normativo para analizar el contenido de las distintas normas legales, proponer la modificación o su derogación o elaborar anteproyectos que permitan la adecuación a las previsiones del PPOT.

Conforme el texto de la Ley 8999, el plazo para constituir la Comisión era de 60 días, plazo que no se cumplimentó, y que culminó con planes elaborados y aprobados sin esa importante intervención. Este dato no es menor: dentro de los principales problemas detectados en el diagnóstico del PPOT se hizo hincapié en la inercia en la gestión del territorio y, entre una de sus causas, la existencia de una importante cantidad normativa en la materia, la falta de homogeneidad en la terminología y los conceptos y la falta de aplicabilidad de algunas de ellas.

Esto impacta en los problemas detectados en la gestión territorial de los municipios, por lo que se requiere un abordaje sistémico. Quienes estudian la implementación de la norma ambiental y territorial señalan diversos problemas generales para el cumplimiento legal¹⁸. Para el caso en examen interesa destacar que la superposición de competencias e instrumentos análogos, la persistencia de la gestión departamentalizada, la difusa asignación de roles en las esferas gubernamentales, la deficiencia en la construcción de criterios comunes y consistentes, la existencia de una estructura burocrática lenta, y sin procedimientos transparentes, la inestabilidad administrativa, el deficiente conocimiento y compromiso de los decisores públicos, entre otros, dificultan el logro de los objetivos de cualquier norma.

2. Conclusiones generales provisionarias que surgen del análisis

Del análisis realizado más arriba podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- Se repite la falta de cumplimiento de los municipios para la elaboración y aprobación de sus planes, siendo que están por cumplirse dos años de la promulgación del PPOT. Las leyes 5961 y 8051 se incumplen constantemente, especialmente en lo relativo a la prohibición de excepciones que establece el art. 5 de la LOT y US.
- La falta de participación –o baja participación– resulta un fenómeno generalizado, por lo que se puede suponer que no se ha llevado adelante en forma eficaz el proceso de concientización respecto del valor de los instrumentos que provee el PMOT. Es una deuda con la información pública y educación ambiental y territorial que los municipios deben saldar en la ejecución de los planes.
- Las leyes 8051 y 8999 se han cumplido deficitariamente. No se cumplió por parte de los municipios los plazos previstos para la elaboración de sus planes y a la fecha hay municipios que aún no han remitido sus planes a sus respectivos Concejos Deliberantes.
- Igualmente, la provincia ha incurrido en graves demoras a la hora de establecer las herramientas creadas por la misma Ley 8999 para su propia eficacia y armonía con los Planes Municipales, tal es el caso de la Comisión de Análisis Normativo y la designación de equipos técnicos por concurso público de antecedentes.

18. Di Paola, María Eugenia (2002). «Hacia un programa de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina». 1ra Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, FARN, Bs. As.

- El PPOT aprobado por Ley 8999 no se ajusta a cumplir con los fines y objetivos de la Ley 8051, y en consecuencia también los Planes Municipales sufren esa falencia, siendo que la LOT y US es de orden público.
- La Ley 8999 debe cumplir con el Ordenamiento Territorial como procedimiento político-administrativo del Estado en todo el territorio provincial, entendido este como Política de Estado para el Gobierno provincial y el de los municipios; se hace necesaria una visión estratégica superadora de lo meramente departamental. No obstante, no se observa tal visión en los Planes Municipales comentados. La visión estratégica de la Ley 8999 en muy poco tiempo debió ser reacomodada por la normativa dictada respecto del piedemonte. Además, la declaración de estado de sequía permanente establecido por el DGI va a producir un impacto en la zonificación y clasificación del suelo.
- La comisión de riesgo no ha avanzado en lo absoluto y esta inacción ya se notó en los incendios en el piedemonte, en el sudoeste provincial, y la instalación de actividades potencialmente riesgosas en zonas sísmicas y volcánicas, cuyas consecuencias se hacen notar.
- Cabe preguntarse si los objetivos, programas y proyectos establecidos por los Planes Municipales serán eficientes para palear las problemáticas relevadas en la etapa diagnóstica de los Planes. Cabe preguntarse también si las instancias de participación realizadas y consideradas para determinar las problemáticas existentes han garantizado la representatividad de todos los actores involucrados.

Los municipios no tienen claro el punto de las jurisdicciones constitucionales y legales y las competencias administrativas.

- Por caso, en materia de agua y saneamiento no se incluye en los PMOT, aun en comunas que tienen plantas de tratamiento municipal, como Luján de Cuyo.

- Como punto derivado, se acomoden las metas de sus planes en cumplimiento de sus objetivos asignados por la Constitución Provincial y la LOM 1079.

- Como otro punto derivado, se cumpla el objetivo consagrado dentro de los fines administrativos de la Ley 8051, efectivizando la cooperación interinstitucional.

- Como último punto derivado, la APOT en su función de apoyo al municipio evite omisiones esenciales en los PMOT evidenciados en Audiencias públicas.

- La ausencia de equipos técnicos designados por concurso de méritos y antecedentes se hace notar y se espera que alguna vez se dé cumplimiento al Decreto 1795.

- La falta de realización de reuniones del CPOT durante el año 2019 es una muy mala señal respecto del funcionamiento institucional¹⁹.

Capítulo III: Municipio de Godoy Cruz²⁰

1. Antecedentes

El municipio cuenta con antecedentes en la confección y puesta en ejecución de planes y coherencia en los objetivos que se propuso en 2008 y el Plan actual, como se señala en la pág. 10 del PMOT GC:

... El “Plan estratégico participativo de desarrollo local”, elaborado en el año 2008, es un primer esfuerzo en este sentido al proponer la implementación de un modelo de planificación y gestión que estableciera las bases de un desarrollo de largo plazo, con objetivos intersectoriales, que permitiera orientar el futuro de la ciudad, basándose en las premisas fundamentales de igualdad de oportunidad, participación ciudadana, sustentabilidad ambiental, transformación territorial y crecimiento económico...

... En 2016 se suma a las experiencias de planificación que venía implementando el municipio el “Plan Estratégico Municipalidad de Godoy Cruz 2016-2024” y el “Plan Metas 2016-2020”, como proyecto que permita dar a conocer y medir el impacto de las políticas públicas, y realizar anual y públicamente las rendiciones de cuentas correspondientes (pág. 11)²¹.

19. <http://ambiente.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/14/2014/10/Reglamento-CPOT.pdf>

20. <https://www.godoycruz.gob.ar/este-plan-ordenamiento-territorial-godoy-cruz/>
<https://www.godoycruz.gob.ar/hcd-aprobo-plan-ordenamiento-territorial-ante-audiencia-publica-concejo-deliberante/>

21. <https://www.godoycruz.gob.ar/este-plan-ordenamiento-territorial-godoy-cruz/>

2. La participación en la construcción del Plan

El PMOT GC sostiene que

... los datos cualitativos derivan de las instancias participativas realizadas en el mes de abril de 2018, con vecinos de los diferentes distritos, como así también con estudiantes de las escuelas secundarias del departamento. Se realizaron ocho talleres de participación ciudadana, conformándose veinticuatro mesas de diálogo y validación de los preinformes diagnósticos elaborados por el equipo técnico redactor de dicho plan... Por su parte, se realizaron veintisiete talleres escolares con alumnos de cuarto y quinto año de las escuelas secundarias, tanto de establecimientos públicos como privados (pág. 15).

La información recabada en esos talleres presenta una infografía en la pág. 16, que señala la inseguridad, el problema de los transportes y el déficit de servicios a la cabeza. Es destacable que en la jerarquización de las mesas distritales aparecen con peso los «problemas ambientales». El resultado de los talleres se incorpora en cada punto del diagnóstico (págs. 16-199), aunque se indica la baja participación, como acaece en los otros Planes Municipales en desarrollo.

Por otra parte, en lo referente a diagnóstico se puede tomar como modelo en cuanto a su calidad, seguimiento de los ODS y facilidad para adquirir los datos que brinda.

3. El diagnóstico

Se desprende de un análisis global la alta concentración de población en el distrito cabecera y en menor medida en el resto del 30% del territorio (ver págs. 86 y 87); y la presión que se ejerce –y se va a intensificar– sobre el piedemonte, que representa un 70% de la superficie del departamento (ver págs. 89, 90 y 94). Este es uno de los dos problemas a enfrentar, evitando que en la presión sobre el piedemonte tomen la delantera los conjuntos residenciales y los barrios privados, de alto consumo de capital natural en cantidad y bajo desarrollo humano en calidad medida en todo el conjunto del departamento, los basurales y los asentamientos, afectando el ambiente, riesgo especialmente aluvional (ver. pág. 145) la conectividad y la equidad (ver. pág. 124 y ss.). El riesgo aluvional está directamente relacionado

con los asentamientos informales y se potencian (ver pág. 105 y ss.). Existe un censo sobre las familias en estado precario. Se señala la inexistencia de planes de contingencia adecuados ante los riesgos y la ausencia de mapas (pág. 143). Los recientes incendios (julio de 2019) ponen en evidencia estas falencias que ya se habían señalado respecto de toda la provincia en las reuniones del CPOT en el año 2014.

El PMOT de Godoy Cruz relaciona directamente el tema de educación con la capacitación para salida laboral (ver pág. 112) y la equidad de género en el acceso a la educación. Y relaciona la pobreza con la ausencia de lo anterior, indicando que solo el 3,5% de la población cualifica un NBI (ver pág. 117) e informa el 5,5% de desempleo (ver pág. 118) en el 2do trimestre de 2018.

En atención a estos datos –de origen provincial porque no tiene estadísticas propias– indica que ... permiten reconocer una tendencia a que el ingreso de las personas decrece en su rendimiento, en gran medida respondiendo a los procesos inflacionarios, depreciación de la moneda e incremento de la presión impositiva. Escenario que debe ser reconocido como de directa incidencia sobre las posibilidades efectivas de impacto de las políticas derivadas del PMOT...

Concluye que estas tendencias van a llevar a un empeoramiento de la calidad de vida.

El otro problema a resolver derivado del avance urbano y la concentración es la contaminación del aire (pág. 130), que revela un índice de calidad cercano al malo.

El Plan exhibe como fortalezas la gestión de residuos sólidos urbanos –en vías de clasificación creciente (ver pág. 138)– y la existencia de gran cantidad de espacios verdes y áreas naturales (pág. 160 y ss.) y conectividad reforzada sustentablemente por bicisendas (pág. 57). «... Sin embargo, hay una insuficiente vinculación Este-Oeste de carácter intradepartamental...». Como debilidades exhibe una red de agua y saneamiento mayoritariamente en estado regular o malo (ver pág. 42).

4. 4. Modelo territorial, clasificación y zonificación del Plan

La zonificación (pág. 88) revela que más de 3/4 del área urbana comunal es residencial, por lo que las emisiones de GEI tienen ese origen mayoritario (pág. 153). Las industrias han quedado en medio de zonas residenciales, causando problemas ambientales por los pasivos que generan (pág. 206).

La clasificación y modelo territorial que se efectúa a partir de la pág. 204 establece tres Unidades de Integración Territorial (pág. 210), divididas en áreas.

5.5. Problemas estructurantes

En Godoy Cruz se elaboró un árbol de problemas como resultado de los distintos procesos participativos llevados en los distritos. Se detectaron ciertos problemas centrales (pág. 210 y ss.), se identifican los siguientes:

1. Lenta incorporación de la innovación tecnológica en la diversificación de la matriz productiva.
2. Creciente deterioro de la infraestructura de agua y saneamiento.
3. Escasa conectividad y accesibilidad entre los distintos medios de movilidad.
4. Elevada sensación de inseguridad.
5. Lenta respuesta al acceso habitacional.
6. Insuficiente articulación entre la formación educativa y la inserción laboral.
7. Dificultad en el acceso a la atención médica especializada y de alta complejidad en el sistema público.
8. Elevados niveles de carbono en el crecimiento urbano.
9. Insuficiente cantidad de espacios verdes públicos, con respecto a los estándares internacionales (OSM).
10. Baja capacidad estadística para la generación de indicadores y el procesamiento de información.
11. Escasa apropiación de las herramientas de participación ciudadana.
12. Escaso desarrollo de herramientas de planificación y políticas públicas interinstitucionales e interdepartamentales. Dichos problemas no están jerarquizados, solo se encuentran enumerados.

En el Plan se establecen objetivos, programas y proyectos relacionados con las problemáticas que produce el crecimiento urbano del piedemonte. En tal sentido se busca dividir el área de piedemonte del departamento y establecer una zona de preservación y otra área habitable, de la que se desprenden programas y proyectos tendientes a mejorar infraestructura, servicios, conectividad y accesibilidad, entre otros, como así también la prevención de riesgos y catástrofes ambientales y aumentar la resiliencia departamental. Su PMOT se aprobó por Ordenanza en diciembre de 2018.

6. Los modelos y los ODS

El modelo tendencial no revela un abrupto crecimiento poblacional; lo preocupante es que se interna en el piedemonte hacia el oeste. Se espera un

aumento en la conectividad –sustentable, especialmente por las ciclovías– y una especialización productiva tecnológica –con los riesgos y oportunidades que conlleva–. Se detectan pocas incompatibilidades con los usos del suelo y preocupación por los vacíos urbanos industriales y residenciales.

La expansión tendencial hacia el piedemonte tiene como contrapartida la reacción en el aumento del peligro aluvional (pág. 215-216). El modelo deseado se fija un horizonte en 2045 adecuado a la LOT y US 8051 y a la planificación estratégica. «... se propone un territorio de aprendizaje e innovación. Se proyecta como ciudad creativa, dotada de infraestructura digital y tecnologías de comunicación, donde la economía esté basada en el conocimiento. Asimismo, se pretende alcanzar un elevado nivel de rendimiento de gestión y administración de la ciudad».

El modelo realizable «... integra la visión estratégica de la gestión municipal; alcanzar un modelo de gestión territorial integral bajo la innovación y la tecnología, impulsada mediante una sociedad integrada, inteligente y colaborativa, junto con la agenda urbana 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)» (pág. 224). Este modelo se grafica en la pág. 226 y se aproxima mucho al modelo deseado.

La estrategia de planificación para alcanzar el modelo posible se funda en objetivos, programas y proyectos que se describen a partir de la pág. 227.

Objetivo 1: Potenciar dinámicas de integración tecnológica en los procesos productivos locales, para el desarrollo de condiciones económicas y productivas favorables a la integración de una trama socioeconómica basada en la equidad y la inclusión. Asociado a ODS: 4, 5, 8, 9, 10 PPOT 2: promover la integración territorial potenciando nodos estructurantes y alentando nuevos polos de desarrollo. Se asocia con los respectivos programas y proyectos. NO se indican metas, indicadores y actores.

Objetivo 2: Desarrollar infraestructuras de servicios eficientes para lograr una ciudad compacta, integrada y conectada, garantizando un urbanismo sustentable y ecológico. Se asocia con los respectivos programas y proyectos. Se indican metas, indicadores y actores.

Objetivo 3: Instaurar un modelo integral de movilidad innovador y tecnológico, que garantice la accesibilidad, la equidad de género, la seguridad vial, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y el consumo de energía, con el fin de mejorar la calidad del entorno y el espacio público. Asociado a ODS 5 (5.1; 5.2; 5.9), 9 (9.1) y 11 (11.2; 11.6; 11.7).

Objetivo 4: Integrar el territorio provincial, creando y refuncionalizado redes de transporte, energía y de comunicación para permitir la conexión y la accesibilidad intrarregional e interregional. Instaurar políticas de movilidad bajo un sistema multimodal, seguro, sostenible y asequible. NO se indican metas, indicadores y actores en general; se señalan en cada proyecto.

Objetivo 5: Aportar a la reducción de la sensación de inseguridad en el ámbito urbano, promoviendo la activación de un tránsito y uso libre de los espacios públicos y aportando a la mejora de la convivencia orgánica de todas las personas que ocupan y recorren el departamento.

Objetivo 6: Promover un crecimiento urbano sostenible con asentamientos humanos planificados y regularizados, con viviendas, servicios e infraestructuras adecuadas, brindando acceso a la capacitación y el empleo como herramienta del hábitat digno.

Objetivo 7: Reducir las desigualdades e inequidades socioeconómicas derivadas de la brecha entre los procesos educativos tradicionales y las condiciones reales del mercado actual, definidas por un contexto de creciente tecnificación y especialización de conocimientos y saberes. Asociado a ODS 1, 4 y 8: PPOT: Objetivo 3: garantizar el acceso a un hábitat adecuado para disminuir las iniquidades socioterritoriales. En los proyectos derivados de este objetivo, se busca la reducción de las inequidades y las desigualdades a través del fomento de un sistema productivo que integre de forma dinámica a sus actores en un mismo proceso. Se asocia con los respectivos programas y proyectos. NO se indican metas, indicadores y actores en general; se señalan en cada proyecto.

Objetivo 8: Contribuir al acceso a la atención médica pública, eliminando las inequidades territoriales y limitaciones tecnológicas que afecten el ejercicio de ese derecho ciudadano. Asociado a ODS: PPOT: Objetivo 3: garantizar el acceso a un hábitat adecuado para disminuir las inequidades socioterritoriales. Las tendencias detectadas indican una orientación hacia dinámicas restrictivas de acceso fundamentalmente generadas por costos económicos de creciente incremento. Se asocia con los respectivos programas y proyectos. NO se indican metas, indicadores y actores en general, se indican en cada proyecto. NO se asocia a ODS.

Objetivo 9: Mitigar y adaptar la ciudad a cambio climático, con un desarrollo compacto, resiliente, innovador y tecnológico, promoviendo la eficiencia energética, para reducir los niveles de carbono en la infraestructura

urbana, en el consumo de los recursos naturales y en las prestaciones de servicios. Asociado a ODS: 7, 9, 11, 13, 15. PPOT: Objetivo 4: Mitigar el deterioro de las condiciones ambientales y los riesgos asociados a amenazas naturales y antrópicas y atender a la adaptación al cambio climático. Se asocia con los respectivos programas y proyectos. NO se indican metas, indicadores y actores en general se indican en cada proyecto.

Objetivo 10: Garantizar suficientes espacios verdes públicos, seguros e inclusivos, monitorear y controlar en forma permanente los forestales, mejorar la calidad paisajística y aplicar nuevas tecnologías en sistemas de riego eficiente, propiciando una adecuada calidad de vida adaptando y mitigando los efectos del cambio climático. Asociado a ODS 3 (3.9); 5 (5.1; 5.2; 5.9) 11 (11.6; 11.7) 13 (13.2; 13.3). PPOT: Objetivo 4: Mitigar el deterioro de condiciones ambientales y riesgos asociados a amenazas naturales y antrópicas. Adaptación al cambio climático. Conservar la biodiversidad y áreas naturales, patrimoniales, culturales y paisajísticas.

Se asocia con los respectivos programas y proyectos. NO se indican metas, indicadores y actores en general; se indican en cada proyecto.

Objetivo 11: Promover la generación de indicadores y monitoreo de información estadística para elaborar políticas públicas territoriales: ODS: 11, 16 (16.6; 16.7; 16.11). PPOT: Objetivo 1: «Formular políticas territoriales interministeriales e interinstitucionales, coordinadas entre sí, para asegurar la puesta en marcha y ejecución de los planes de OT». La implementación y puesta en marcha de un observatorio urbano permite tener un panorama de la situación actual de las ciudades y sus necesidades. A través de la información estadística e indicadores es posible el monitoreo de los principales problemas que afectan el desarrollo urbano. Se asocia con los respectivos programas y proyectos. NO se indican metas, indicadores y actores en general; se indican en cada proyecto.

Objetivo 12: Promover la apropiación y valoración de las herramientas de participación ciudadana, transparencia y acceso a la información, incorporando tecnologías para resguardar la tecnología digital. Asociado a ODS: 11, 16 (16.6; 16.7; 16.11). La gobernanza territorial es transversal a los seis objetivos propuestos en el PPOT. El objetivo busca impulsar que los ciudadanos participen en forma activa en el monitoreo y evaluación de la gestión municipal. La estrategia es potenciar el uso y apropiación de las herramientas de participación con las que ya cuenta el municipio de Godoy Cruz. Se asocia con los respectivos programas y proyectos. NO se indican metas, indicadores y actores en general; se indican en cada proyecto.

7. Entrevista al concejal Martín González (Unidad Ciudadana). Presidente de la Comisión de Medio Ambiente

Se realizó una entrevista al concejal Martín González para recabar su opinión acerca del proceso de elaboración, aprobación y puesta en marcha del PMOT del Departamento, y conocer un poco más de cerca la aplicabilidad del primer Plan que contó con ordenanza de aprobación.

Al consultarle al concejal sobre el proceso de elaboración del Plan, resaltó la escasa participación ciudadana. «Se realizaron talleres participativos en cada uno de los distritos del departamento y a la hora de llevarlos a cabo, por lo general, solo estaban los encargados de brindar los talleres, algunos funcionarios y empleados municipales y, con suerte, integrantes de las uniones vecinales donde por lo general se llevaban a cabo». En cuanto a los motivos de esa falta de participación por él percibida expresó que «pueden haber sido varios y múltiples: tal vez la forma de la convocatoria no fue la más eficaz, o fue escasa, o quizás en algunos distritos se justificaba realizar más de un taller –sea por la amplitud del distrito, la diferencia de las problemáticas existentes, etc.–; la falta de costumbre de los mendocinos en participar de estas instancias de participación. Esto ya de por sí hace que desde el mismo momento de poner en marcha el PMOT surjan una serie de conflictos que en algunos casos pueda afectar su aplicabilidad. Un claro ejemplo de ello es la obra del Metrobus, la que ha generado malestar en varios vecinos (especialmente frentistas), comercios, locales gastronómicos y hasta hospitales, los que han manifestado reiteradas veces (y públicamente) su malestar con la obra, siendo su principal enojo la falta de consulta. Si uno lee el Plan, es una obra allí prevista, realizada sobre la base de las problemáticas allí previstas y que han surgido de la participación ciudadana».

En lo relativo al proceso de votación de la Ordenanza, el PMOT fue aprobado por unanimidad en general, pero se presentaron algunos proyectos de ordenanzas para temas concretos, entre ellos, un proyecto de su autoría para crear un Consejo Social de Ordenamiento Territorial con funcionamiento permanente, que permita, por un lado, revertir esa ausencia de participación detectada desde las etapas de diagnóstico, promoviendo una participación activa en la etapa de ejecución y control del plan y, por otro lado, que permita institucionalizar las propuestas que surjan de la comunidad con mayor transparencia, equidad y realidad, fortaleciendo la relación estado-sociedad civil. En lo relativo a la ejecución del Plan, González manifestó: «Quizás sea un poco prematuro hablar de resultados. Se están preparando los informes correspondientes para remitir a la Agencia de

Ordenamiento Territorial. En cuanto a obras, se está trabajando principalmente en las programadas a corto plazo, especialmente las relacionadas con programas y proyectos tendientes a resolver o mejorar la problemática de la movilidad y la accesibilidad urbana, generar energías limpias y disminuir emisiones. A siete meses de la aprobación del Plan siguen existiendo pocas precisiones respecto de las obras, programas y proyectos tendientes a solucionar uno de los principales problemas de Godoy Cruz (y de la provincia) que es la urbanización del piedemonte, caracterizada por una inequidad total. Mi mayor preocupación (perdón la redundancia) es el alejamiento que existe entre el municipio y la sociedad, la falta de consenso social, y cómo ello influenciará en la eficacia de las obras, programas y proyectos tendientes a cumplir los objetivos del Plan. Esta es una responsabilidad conjunta, de la comunidad y la administración, pero como municipio estamos obligados a trabajar en un acercamiento que permita lograr una mejor respuesta a esta problemática (que, por cierto, también se detectó en la etapa de diagnóstico). Como mendocino y vecino de Godoy Cruz, festejo que se realicen obras modernas y se ejecuten proyectos tendientes a cuidar el medio ambiente, pero la sustentabilidad exige un equilibrio entre lo ambiental, lo social y lo económico, y esos pilares no son excluyentes, por el contrario, deben armonizarse, trabajarse en conjunto, ya que se influyen entre sí. Esto va de la mano con la idea de planificación que prevé como herramienta nuestra LOT y US, es decir, capaz de conciliar el proceso de desarrollo económico, con el social y el ambiental, estableciendo formas equilibradas y eficientes de ocupación territorial».

Por último y en respuesta a la pregunta realizada al concejal González sobre la aprobación de ordenanzas que establezcan excepciones a normas vinculadas al Ordenamiento Territorial en el último año, manifestó que se procedió únicamente a la aprobación de una ordenanza que establecía una excepción a las normas de edificación, que fue con la finalidad de proceder a la colocación de baldosas especiales en el centro para facilitar el tránsito de personas no videntes.

Capítulo IV: Municipio de Lavalle²²

En el PMOT de Lavalle, por su parte, en la etapa de diagnóstico se detectaron también diversos problemas, uno de los principales relacionado con la concentración de población, actividades y recursos en la zona irrigada del departamento, que deja al resto del territorio con presencia dispersa, aumentando los desequilibrios territoriales (cabe aclarar que Lavalle tiene el 3% de su territorio irrigado, el resto pertenece a la zona árida no irrigada la cual se encuentra en clara desventaja con el espacio ocupado por el oasis). También se resaltaron las siguientes problemáticas:

- Inequidad y segregación social, con deterioro ambiental y aumento del riesgo por amenazas naturales, antrópicas y socionaturales.
- Deficiente conectividad y accesibilidad entre el oasis lavallino y la zona árida no irrigada (situación que se replica en la conectividad de pequeñas localidades).
- Existencia de un modelo productivo único (persistencia de una estructura productiva tradicional, de baja productividad y rentabilidad, en gran porcentaje de subsistencia minifundista, desarrollada en su mayoría por productores familiares como principal o único medio de subsistencia).
- Deficiencia en la gestión integrada del recurso hídrico.
- Baja rentabilidad de las actividades agropecuarias.
- Ineficiencia en el trabajo interinstitucional.

Así, se desarrollaron programas y proyectos para cumplir con cinco objetivos principales:

- Coordinar políticas de acción interinstitucional integrada para gestionar el territorio.
- Lograr el equilibrio territorial mediante el desarrollo de potencialidades particulares de cada espacio, garantizando el acceso al hábitat adecuado, tendientes a disminuir las inequidades sociales y territoriales.
- Desarrollar y optimizar la gestión integral de los recursos naturales, considerando la mitigación de riesgos, amenazas y vulnerabilidad.
- Promover el desarrollo económico productivo sostenible y equitativo para todos los actores económicos, fortaleciendo las actividades regionales

22. <http://lavallendoza.gob.ar/public/noticias/noticia/idnota/1543/idnoticia/1577/titulo/Plan+municipal+de+Ordenamiento+Territorial+Construcci%C3%B3n+Ciudadana>
<http://despertadorlavalle.com.ar/2019/01/10/lavalle-las-claves-del-plan-de-ordenamiento-territorial/>

y ampliando nuestra matriz productiva generando una identidad local que apunte al crecimiento departamental.

- Establecer la gestión integral del recurso hídrico mediante acciones y vinculaciones de tipo social - interinstitucional para el óptimo uso del recurso en todo Lavalle.

Capítulo V: Municipio de Luján de Cuyo²³

1. Diagnóstico

Los problemas detectados en el Diagnóstico del PMOT de Luján se relacionan con un estado de desarticulación y desorden territorial generalizado, en el que se destacan:

a. Problemas físico-funcionales de dispersión territorial y desconexión interna creciente por el crecimiento del AMM y el manejo del Corredor Andino.

b. Problemas estructurales-urbanos: se han debilitado centros urbanos y pueblos tradicionales por deterioro de la imagen y falta de accesibilidad desde el resto de los distritos (ej.: Agrelo, Carrizal, Drummond, Carrodilla), lo que produce un envejecimiento general del patrimonio urbano.

c. Problemas estructurales-económicos: solo algunos grupos muy desarrollados, como las grandes bodegas, emprendimientos gastronómicos de alto nivel, etc., han logrado articularse positivamente entre sí y crecer. Pero no aparecen posibilidades de integración para una importante proporción de la economía y de las comunidades menos desarrolladas, lo que provoca el crecimiento de trabajo en negro en muchas localidades urbanas y rurales, y éxodo de población joven hacia otros departamentos en busca de trabajo y capacitación.

d. Problemas estructurales socio-ambientales: segregación social por la presencia de grupos sociales con NBI, producida por el alto costo del suelo en el mercado local. Problemas con el manejo de riesgos naturales, ambientales, tecnológicos y antrópicos.

23. <https://www.youtube.com/watch?v=qM2MPiS3-KY>
<http://www.fca.uncu.edu.ar/invitan-a-audiencia-publica-del-plan-de-ordenamiento-territorial-de-lujan-de-cuyo>
<https://lujandecuyo.gob.ar/plan-municipal-de-ordenamiento-territorial/>

En consecuencia, se propusieron objetivos acordes a esas problemáticas tendientes a:

- reorganizar la Comunidad, frenar y /o moderar el proceso de dispersión urbana;
- consolidar la integración de las comunidades que están en riesgo;
- proteger los recursos ambientales, turísticos, patrimoniales y agrícolas existentes;
- diseñar un nuevo esquema de conectividad y movilidad urbana;
- recuperar los espacios funcionales abandonados;
- construir un escenario de sostenibilidad económica.

2. Etapa de ajustes previos a la aprobación

Se hizo el seguimiento del Plan que se encuentra en fase de ajuste conforme las observaciones hechas en la audiencia pública, previa a su aprobación²⁴. Los tópicos a destacar fueron, por una parte, la generalizada crítica a la falta de tiempo para estudiar la documentación y la diversidad temática que se incorporó por los exponentes; y, por otra, la falta de gimnasia de las autoridades municipales para la audiencia pública, soslayada con la predisposición de los funcionarios a involucrarse y dar respuesta o tomar nota de las inquietudes y reclamos.

Preocupante resulta la falta de conocimiento en cuanto a jurisdicciones y competencias, la ausencia de colaboración interinstitucional derivada de esto, la falta de consideración en el Plan acerca del tema fundamental del agua y saneamiento y de la regularización dominial, punto en el cual existe legislación nacional; y se destaca el problema de la conectividad.

Lo que apareció como más acuciente fue el problema del agua potable y saneamiento. La Ley de Ordenamiento Territorial se subordina a la Constitución de Mendoza y en lo referente a agua y saneamiento es competencia de la municipalidad; máxime cuando se ha constituido en prestador del servicio mediante Aguas de Luján. Así como el municipio se hace cargo del tema de la conectividad e integra al Plan una serie de objetivos, programas y medidas concretas dirigidas a los medios de transporte, también debe

24. Video ilustrativo y recurso necesario para transmitir las explicaciones sobre el POTM, los aportes y críticas y las respuestas que dieron los funcionarios presentes: <https://www.youtube.com/watch?v=qm?MPiS3-KY&t=1391s>

integrar con mayor dedicación lo referente al servicio básico de agua y saneamiento que se encuentra dentro de su deber esencial de higiene pública. En ambos casos son deberes primarios del municipio e imprescindibles para un eficaz ordenamiento territorial. Solo que en caso del agua y saneamiento el deber comunal es directo, acorde su compromiso como prestador.

La propuesta de POTM debe contemplar programas y proyectos y los casos que corresponda intervenir para solucionar de inmediato aquellos problemas que permitan una solución con medidas sencillas. «Proveer»²⁵ significa planificar, programar, desarrollar y concretar proyectos. La única y mejor oportunidad para hacerlo es dentro del POTM. Las falencias que señalan los expositores de la UNCuyo son graves, porque revelan una falla de seguimiento y comunicación entre la APOT y los responsables del Plan Municipal.

Capítulo VI: Municipio de Guaymallén²⁶

Este municipio aún no presenta su Plan de Ordenamiento y se encuentra atrasado en su confección. Resulta provechoso analizar el SODIMAC, que genera un impacto de magnitud en el municipio y en la construcción del POTM, además de las dificultades propias de la refuncionalización del Carril Godoy Cruz y de los cambios del programa MendoTran. Este caso se analiza en cuanto a su impacto sobre la conectividad en un punto neurálgico del departamento, en el distrito de Villa Nueva. La audiencia pública, conducida con pericia por los funcionarios provinciales y con amplia información brindada por el proponente, reveló que no existe cuestionamiento respecto del emprendimiento en sí. Las objeciones –muy fundadas– se dirigían al alcance de la interpretación del art. 5 de LOT y US 8051 en orden a excepciones que el municipio hace mediante ordenanza respecto de algunos proyectos.

25. Ley 1079 Orgánica de Municipalidades. Art. 75. Corresponde al concejo en cuanto a “obras públicas”: ... proveer y reglamentar los servicios de aguas corrientes, sanitarios...».

26. https://www.youtube.com/watch?v=ZtO_JJAZWvg
https://www.youtube.com/watch?v=ZtO_JJAZWvg&feature=youtu.be
<https://losandes.com.ar/article/view?slug=la-justicia-autorizo-la-instalacion-del-hiper-sodimac>

Capítulo VII: Municipio de Capital

1. Contenido del Plan

La Ordenanza 3975/19 se publicó en el BO 15/10/2019, en cuyo anexo contiene su PMOT. Se puede valorar que se trata de un extenso producto de más de 700 páginas, consecuencia del trabajo interdisciplinario intramunicipal, con participación de ciudadanos mediante la celebración de la audiencia pública convocada al efecto, con colaboración de organismos públicos provinciales y de servicios públicos.

Asimismo, puede comprobarse la coordinación normativa de este PMOT con el PPOT contenido en la Ley 8999, dada la previsión en el primero, de ciertos tópicos ya contemplados en esta última ley.

Asimismo, se valora positivamente el producto obtenido a partir de un adecuado procedimiento administrativo, dado que respeta la regla de posibilitar el acceso a la información pública en asuntos públicos e institucionales de relevancia social, y el hecho de que el municipio en cuestión haya publicado en su página web este PMOT, así como sus anexos que contienen tanto la variada cartografía vinculada a los puntos abordados como los actos preparatorios y el desarrollo de la audiencia pública previa a la aprobación del PMOT, con transcripción de las observaciones y aportes brindados por los participantes y las respuestas dadas por el municipio en su relación.

2. Observaciones expresadas por el Dr. Guillermo Carmona

Se transcribe la síntesis de los aportes expresados por el vecino de Capital, Dr. Carmona, referente político en materia ambiental del principal partido de la oposición y como ex secretario de Ambiente provincial al momento de sancionarse la LOT y US 8051, como municipio los sintetiza. Carmona señala que, así como hay información muy valiosa, «no se alcanzan a visualizar claramente cuáles son las estrategias y líneas de acción para revertir los procesos críticos que se están dando en Ciudad de Mendoza como parte de un conglomerado urbano mayor, como parte del conglomerado en el Área Metropolitana de Mendoza», por lo que plantea que se requiere una mayor profundización y especificación del lugar al que se quiere llegar, «y eso sincera y constructivamente, quiero decir, no lo veo en este plan, me parece que hay un enorme déficit en relación con estos aspectos que tienen que ver con lo estratégico y con el cómo hacer que el modelo tendencial, el modelo deseable, el modelo realizable tenga que ver con la realidad que

tengamos en nuestra ciudad». Otro aspecto negativo que señaló fue el débil proceso de participación ciudadana en virtud de la poca o nula difusión de las instancias de participación. Por último, observa que están escasamente desarrollados los programas y líneas de acción, no están jerarquizados ni tienen plazos. Además, según Carmona, estas líneas de acción fundamentalmente no modifican las tendencias problemáticas: escaso abordaje de la cuestión del Área Metropolitana de Mendoza, el problema del tránsito, el protagonismo del mercado inmobiliario, la prohibición de excepciones por parte del Concejo Deliberante y por parte del ejecutivo municipal, etc.

A su vez, el municipio brindó su devolución a las observaciones del siguiente modo: «El PMOT de Ciudad de Mendoza se desarrolló siguiendo la misma metodología y estructura general planteados por el PPOT (Ley 8999) en concordancia con la LOT y US (Ley 8051). Según estos lineamientos se elaboraron, a partir del diagnóstico y los modelos territoriales, once ejes estructurantes para el abordaje de las problemáticas detectadas. Estos ejes, vinculados a los lineamientos y directrices del PPOT, por un lado, y a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, por el otro, se configuran como el marco general que deberá orientar y coordinar la futura elaboración de estrategias específicas para el logro de sus objetivos fundamentales. Se considera válida la sugerencia de jerarquizar e incorporar los plazos de los programas y proyectos planteados en cada eje, para plasmar de mejor modo la orientación y estrategia general de abordaje de cada problemática. A estos efectos es que resulta importante la definición del PMOT a fin de poder dar paso, a partir de ahí, a los planes estratégicos, los proyectos estratégicos como así también a “acupunturas urbanas” de menor escala, en tanto todas estas acciones pueden enmarcarse en ejes consolidados que orientan la planificación del territorio. Cabe destacar que permanecen fuera del alcance del PMOT en esta instancia aquellas estrategias, proyectos y acciones que se enmarcarán en el contexto de los planes especiales del piedemonte y metropolitano, los cuales deberán ser coordinados oportunamente por el gobierno provincial. El proceso de participación se implementó con un método mixto entre reuniones presenciales y espacios digitales. Las reuniones presenciales consistieron en instancias de menor escala convocadas para tratar temas específicos que difícilmente pueden abordarse con profundidad en los espacios digitales. Estas instancias fueron diversas jornadas, encuentros en el espacio público y otras modalidades presenciales para debatir propuestas relacionadas con temas, zonas o grupos específicos. La plataforma digital estuvo apuntada a lograr el debate e intercambio de una gran cantidad de temáticas generales relativas al ordenamiento del territorio y, a su vez, generar una apertura del proceso

participativo a la mayor cantidad de ciudadanos posible. Se abordaron en esta plataforma las dimensiones más importantes del PMOT a través de propuestas, debates y encuestas».

Capítulo VIII: Municipio de San Martín²⁷

Se entrevistó al Sr. Oscar Rozzi, Director de Ordenamiento Territorial de San Martín (representante del municipio del CEPOT), quien brindó la información sobre los avances del Plan de ese departamento.

- Ante la consulta de si se cuenta con un órgano exclusivo para la redacción del PMOT, expresó que hace tiempo hay una Dirección de OT, pero hace cuatro años empezó a abarcar más temas y se convirtió en Dirección de Planificación, Ambiente y Obras Privadas.
- En cuanto al estado de avance del Plan, se dijo que se viene trabajando en el OT del departamento desde antes de la Ley 8051y a partir de la 8999 en el plan municipal. Existe un diagnóstico, pero por una cuestión electoral, debido a las seis elecciones en la provincia, decidimos postergar la iniciación de los talleres programados para convalidar el diagnóstico. Se ha avanzado en preparación de los talleres y los modelos.
- En relación con el cambio de gestión que atraviesa San Martín, se dijo que no habría grandes implicancias, ya que es un municipio que siempre tuvo ordenamiento territorial.
- Hay muchas cuestiones que se han venido abordando, no dentro de un plan. Durante 1990 ya había una dirección que vino elaborando estadísticas, recaudando información. La misma dirección iba proponiendo cosas, y como era un órgano que tenía una visión amplia, fue formulando algunos proyectos, algunos salieron, algunos no, y han permitido que de alguna manera los problemas relacionados con el tema no sean tan grandes. Entre el 2000 y 2002 se trabajó y formuló el Plan ORDINTER (Ordenamiento Integral del Territorio). Dio como resultado cuatro o cinco ordenanzas que todavía están vigentes y que nos han permitido mantener ciertas cuestiones ordenadas, como por ejemplo la ordenanza de “Radio Urbano”, la de “Zonificación”, la de “Prolongaciones de calles”, algunas ordenanzas modificatorias de la ordenanza de “Ambiente”. Ese Plan tenía un horizonte en el 2015, muchas de esas cuestiones que surgieron de ahí hemos podido

27. <http://www.sanmartinmza.gob.ar/>

corroborar en el 2015 si se han cumplido o no, muchas sí. El diagnóstico de ahora llega a que hay cuestiones que hay que mantener y profundizar y algunas que hay que modificar, que son en función de algunas problemáticas que han surgido después. Por ejemplo, para decirte algo concreto, en 2012 se estableció la Zona Industrial, que es una franja que acompaña al Acceso, la ruta 7 de ambos lados, desde calle Míguez hasta el PASIP, 500 m a cada lado, si vos ves en esa zona no ha habido viviendas, hay industrias. Por lo que se ha logrado consolidar esa zona, por lo que el nuevo plan ¿qué va a decir? Que esa zona sigue siendo industrial.

Expresó Rozzi que hay lineamientos que han quedado muy fuertes y que hay que reforzar. Uno es la fusión San Martín-Palmira, el crecimiento debe ser juntar los dos núcleos, y que las prolongaciones de calles del lado sur se conviertan en una alternativa a la ruta 50.

Asimismo, dijo que no han querido apurar el plan, dado las cuestiones diarias que se presentan: Como ya veníamos con una estructura, la elaboración del Plan ha sido una cuestión de apuro, no es que lo tenemos que aprobar ya, más allá del tiempo que establece la ley, que de hecho la mayoría de los departamentos no ha cumplido. La idea era justamente no apurar las cosas y, por ejemplo, hacer unos talleres que no tuvieran utilidad ni nos iban a dejar nada. Porque la idea es que nos aporten algo y que podamos mejorar y establecer algunas cosas que es lo que más importa. Al tener esa base hay algunas cuestiones que ya están consolidadas.

Capítulo IX: Municipio de Las Heras

El PMOT de este departamento se encuentra en proceso de aprobación por el Honorable Concejo Deliberante de Las Heras²⁸. El modelo detallado contiene objetivos que pretenden superar los problemas detectados en el diagnóstico²⁹.

28. <https://lasheras.gob.ar/2019/02/04/plan-municipal-de-ordenamiento-territorial/>

29. <https://lasheras.gob.ar/>

Los problemas estructurantes detectados en el plan fueron:

- Inadecuada infraestructura (electricidad, redes de agua, gas natural), equipamiento social, servicios públicos de educación, salud, espacios verdes y el transporte público de pasajero (conectividad, accesibilidad y movilidad).
- Avance urbano no planificado y consecuentes desequilibrios territoriales.
- Disminución progresiva de la disponibilidad del recurso hídrico y ausencia de una gestión integrada.
- Inercia en la gestión territorial municipal.
- Pérdida de tierras productivas. En este proceso de desagrarización intervienen al menos tres fenómenos concurrentes:

1. Abandono progresivo de fincas con derechos de riego, minifundios vitícolas y frutícolas por falta de rentabilidad.

2. Avance de la industria ladrillera por la fuerte demanda urbana del Gran Mendoza.

3. Expansión urbana desordenada.

- Inequidades sociales: disminución del Producto Bruto Geográfico (PBG) per cápita respecto de la media provincial; condiciones de vida inadecuadas, acceso desigual a los servicios públicos y a las oportunidades de tener una vivienda y empleo digno, siguiendo un patrón de fragmentación territorial y segregación socio espacial.
- Contaminación y/o degradación de los recursos naturales y patrimoniales, aumento de riesgos ambientales y deficiencias en la gestión.

Sobre la base de estos problemas estructurantes detectados, se formulan objetivos estratégicos a alcanzar con el PMOT:

Objetivo 1: Desarrollar planes de mejora de las infraestructuras existentes, dotar de nuevos equipamientos educativos, de salud y espacios verdes públicos con criterios de igualdad en la distribución territorial y reestructurar el sistema de transporte público incorporando parámetros de eficiencia, conectividad, movilidad y accesibilidad.

Objetivo 2: Promover un modelo urbano sustentable que proteja las tierras fértiles o naturales promoviendo la redensificación de la trama urbana existente, la mixtura de usos, la cohesión social, la utilización de vacíos y el acceso a un hábitat adecuado.

Objetivo 3: Impulsar la gestión integrada del recurso hídrico como elemento estratégico para el ordenamiento territorial, propendiendo a la preservación del recurso, la eficiencia de su uso y la garantía de su acceso para el consumo humano y las actividades productivas. Objetivo 4: Formular políticas territoriales interministeriales e interinstitucionales, coordinadas entre sí, para asegurar la puesta en marcha y ejecución del PMOT.

Objetivo 5: Formular políticas de promoción agraria sustentables tendientes a la recuperación del capital natural y social, y a la mejora de las condiciones para el desarrollo de la actividad económica agraria, que contribuyan al arraigo de la población rural.

Objetivo 6: Mejorar las condiciones socioeconómicas y alentar polos de desarrollo que favorezcan la convergencia de los indicadores socioeconómicos departamentales con los indicadores del promedio provincial y los del Área Metropolitana Mendoza y disminuir las inequidades socioterritoriales.

Objetivo 7: Mitigar el deterioro de las condiciones ambientales y los riesgos asociados a amenazas naturales y antrópicas y atender a la adaptación al cambio climático. Conservar la biodiversidad y áreas naturales, patrimoniales, culturales y paisajísticas.

Capítulo x: Municipio de Maipú

El PMOT de Maipú se encuentra elaborado y con Audiencia Pública, en proceso de aprobación del Honorable Concejo Deliberante. Entre los problemas detectados se mencionan:

1. Insuficientes prácticas de coordinación interinstitucional entre organismos provinciales, nacionales y otros municipios con el gobierno municipal para solucionar temáticas territoriales de carácter sistémico que afectan el desarrollo sostenible.
2. Falta de cobertura en los servicios públicos suministrados por empresas privadas; necesidad de optimizar la prestación de los servicios que gestiona el municipio, y escasa conciencia por parte de la población respecto a su uso racional.
3. Conflictos derivados de la circulación vehicular (pesada, liviana, peligrosa, etc.), debilidad en la vinculación interdistrital e interdepartamental,

congestión vehicular en el estacionamiento del centro de la ciudad de Maipú y en las arterias principales.

4. Falta de conocimiento, gestión y valorización de las áreas naturales y patrimoniales e insuficiente atención integral de la prevención de riesgos y preservación del ambiente.

5. Insuficiente coordinación de áreas municipales para planificación y gestión territorial y desvalorización del rol estratégico de la información para la toma de decisiones.

Sobre la base de los problemas detallados se plantearon los siguientes objetivos:

1. Desarrollar prácticas de coordinación institucional entre organismos para solucionar temáticas territoriales que afectan las posibilidades de alcanzar el desarrollo sostenible.

2. Planificar y gestionar el territorio de modo eficiente, respetando una vocación que mejore la calidad de vida de los habitantes.

3. Optimizar la prestación de los servicios públicos que gestiona el municipio y fomentar su uso racional.

4. Contribuir a la optimización de la circulación vehicular mediante un sistema integrado multimodal, seguro, sostenible e inclusivo.

5. Atender y desarrollar una gestión integral de las áreas naturales y patrimoniales y trabajar sobre la gestión del riesgo para preservar el ambiente y contribuir a mejorar la calidad de vida de los maipucinos.

6. Institucionalizar el área municipal encargada del PMOT y el sistema de información territorial y ambiental para lograr una eficiente coordinación intramunicipal que permita la planificación y gestión territorial estratégica.

TERCERA PARTE

Capítulo I: El piedemonte mendocino

1. Las características del piedemonte mendocino

El PPOT caracterizó al piedemonte como «un ambiente frágil e inestable», debido a sus grandes pendientes, lluvias estivales violentas y concentradas, escasa y degradada vegetación, suelos no consolidados y acelerado proceso de erosión, principalmente hídrica.

Asimismo, se indicó que los niveles de erosión están disectados por torrentes temporarios, ríos secos o uadis que encauzan el escurrimiento en forma lineal y aportan caudales durante las intensas precipitaciones estivales. En relación con el área del oeste metropolitano, en las últimas décadas hubo un avance descontrolado de la urbanización.

Ello aumenta la desertificación y el riesgo aluvional al estar sometida el área a una elevada presión de uso, a lo que se suman los incendios, la extracción irracional de áridos, la presencia de basurales y actividades deportivas inadecuadas, entre otras.

2. Los servicios ecosistémicos de esta unidad territorial

A los fines de este Plan, el piedemonte es considerado una unidad territorial debido a sus características intrínsecas, como gran proveedor de servicios ambientales al ser un regulador natural de impactos aluvionales. Es un espacio singular con vistas escénicas de alto valor paisajístico y recreacional, por lo que deberán preservarse sus condiciones físicas naturales, aplicando restricciones de uso, y un modelo de ocupación adecuado, en el marco de una estrategia de planificación que minimice los impactos ambientales.

El área requiere pautas de manejo para preservar su función ambiental, minimizando los impactos negativos por actividades no planificadas, así como aguas abajo. En el POTP el manejo del piedemonte correspondiente al AMM se contempla en el Subprograma 1B, Proyecto 4 y el resto de los piedemontes en el Subprograma 2A, Proyecto 6.

3. Los antecedentes regulatorios

Previamente, es menester realizar una breve reseña del historial normativo previo a la aprobación del PPOT:

- En 1983 se sanciona la primera regulación del piedemonte de Las Heras, Capital y Godoy Cruz, con la Ley 4886, vigente hoy. No obstante, la ausencia de planificación y otros factores socioeconómicos y políticos generaron que se produzca una urbanización no controlada en algunos sectores y, en otros casos, una urbanización a demanda, sin contemplar los riesgos aluvionales, biológicos y los servicios ecosistémicos.
- En 1995 se promulga el Decreto Acuerdo 1077, el cual se desprende de la Ley 5804. Esta norma declara la importancia del piedemonte, por las características ya mencionadas. Desde entonces, los municipios y la SA y OT conforman la Comisión de piedemonte, con la finalidad de definir el código de ocupación para el área. Pero en ese entonces no existían estudios de base que permitieran conocer en su totalidad el área del piedemonte, hoy regulada por la Ley 8999 del PPOT, en términos aluvionales, por ser esta la principal amenaza natural en la zona. Hay numerosas investigaciones parciales acerca de la zona, tanto en términos de cobertura espacial como en términos temáticos. Es decir que solo se abarcaban algunos aspectos o algunas zonas específicas.
- Desde 2016, con la conformación de Municipio, se comenzaron estudios para conocer la situación de riesgo del Área Metropolitana. Esto para aportar información a los planes de ordenamiento territorial municipales. Se llegó a un documento final, llamado «Plan de Acción para el Área Metropolitana de Mendoza», primer antecedente de visión unificada sobre toda el Área Metropolitana.

4. Directrices específicas del PPOT respecto del piedemonte mendocino

En 2017, la provincia comienza a contar con un Plan de Ordenamiento Territorial que considera al piedemonte como un área «sujeta a regímenes especiales», entendida como una «unidad de integración territorial», la cual debe ser evaluada en su conjunto y, por lo tanto, así gestionada también. Entre las directrices del PPOT se destaca:

- El EPAS deberá priorizar obras de saneamiento de efluentes cloacales en áreas de fragilidad ambiental como piedemonte, zonas de recarga de acuíferos y áreas de secano.
- La Dirección General de Catastro deberá exigir, previo a la autorización de nuevos fraccionamientos o loteos, el cumplimiento de la normativa vigente (DGI, municipios, etc.) y las obras de infraestructuras básicas de agua potable y saneamiento, especialmente en territorios clasificados como interfaz, áreas rurales y piedemonte. Los condominios destinados a la construcción de viviendas deberán cumplir con los mismos requisitos.

5. Los programas específicos en el PPOT

- Programa: 4.3.1. Coordinación de políticas públicas vinculadas al territorio: SubP1 B: Gestión Integrada del AMM

Se hace necesario gestionar de manera integrada el AMM conformada por el continuo urbano de los municipios de Las Heras, Capital, Godoy Cruz, Luján de Cuyo, Maipú y Guaymallén como centro proveedor de bienes prestador de servicios de alta complejidad conforme a su potencialidad y a su posición estratégica dentro del corredor bioceánico. Se deben encontrar mecanismos que articulen y fortalezcan las políticas públicas y un espacio propicio para lograrlo es a través de UNICIPIO.

El desafío importante es controlar la expansión urbana en zonas de fragilidad ambiental (piedemonte) y áreas productivas. Deben restringirse aprobaciones de cambio de usos del suelo rurales a usos urbanos y evitar el avance indiscriminado de asentamientos optimizando la infraestructura existente, mejorar la conectividad, integrar servicios, refuncionalizar espacios y ocupar vacíos urbanos. Para ello se establece el proyecto PY4 «Manejo del piedemonte», cuyo objetivo es tratarlo como una Unidad de Integración Territorial, regulando las actividades para preservar su función ambiental.

El plan otorga para este proyecto, y los demás proyectos relativos a la gestión integrada del AMM un plazo no mayor a tres años a partir de la aprobación del PPOT, aplicando los instrumentos incorporados en el presente Plan. La ejecución de las obras que derive de ellos deberá ser planificada en el corto y mediano plazo según su prioridad.

- Programa 4.3.2. Fortalecimiento de nodos y creación de polos para el equilibrio territorial: PY6: Manejo del piedemonte.

El objetivo es considerar al piedemonte como una Unidad de Integración Territorial en la que se deben regular las actividades para preservar su función ambiental. Cabe aclarar que, a la fecha, ya han transcurrido más de dos años desde la entrada en vigencia del PPOT. Cabe preguntarse entonces cuáles son los principales avances al respecto.

6. Evaluación de riesgos

6.1. El estudio de evaluación de riesgo aluvional

En febrero de 2019 se presentó un estudio de evaluación sobre amenazas aluvionales del piedemonte. Este fue elaborado con fondos del BID por el INA bajo la dirección del ingeniero Víctor Burgos, especialista en la temática, con un equipo interdisciplinario, y el aporte de organismos, como la Dirección de Hidráulica, la APOT y los municipios, entre otros. Se trata de una evaluación que analiza un área total de 1.243 kilómetros cuadrados que incluye 22 cuencas, zona en la que habitan cerca de 10.000 familias. La finalidad es actualizar la legislación pertinente o crear una nueva en función de la no ocupación de las áreas de mayor amenaza, y elaborar el código para saber cómo construir en aquellas áreas donde sí se pueden realizar actividades.

El ingeniero Víctor Burgos explicó que «este trabajo es solo sobre amenazas, no sobre riesgos ni vulnerabilidad. Analiza la amenaza aluvional en escenarios actuales y futuros, en escenario de crecimiento inmobiliario con y sin intervenciones sustentables, con avance agrícola, con incendios y con afectación de cambio climático»³⁰.

6.2. Objetivos del Estudio de Evaluación de Amenazas

- Como objetivo estratégico se busca contribuir a la reducción de la vulnerabilidad de la provincia de Mendoza frente al cambio climático (CC) a través del aumento de la capacidad adaptativa en el sector hídrico.
- Objetivo principal: detallar la amenaza hídrica en el piedemonte del Área Metropolitana de Mendoza.
- Objetivos específicos: a) analizar el impacto y la peligrosidad hidrológica y geomorfológica, productores de riesgos socio naturales en la zona del piedemonte; b) identificar zonas críticas en cuanto a deslizamientos, zonas inundables y erosiones y c) plantear acciones de mitigación, normativas y/o pautas de urbanización.

30. Publicado en Prensa Mendoza el 12/02/2019. Consultado el 27/11/2019 desde <http://www.prensa.mendoza.gov.ar/ambiente-presento-la-evaluacion-de-amenazas-aluvionales-en-el-piedemonte-del-area-metropolitana/>

6.3. Reflexiones y conclusiones finales

Se evaluaron las amenazas aluvionales con el objetivo de aportar conocimiento a los fines del OT y GDR y en consecuencia:

- Se estimaron los impactos hidrológicos que causan los incendios, el avance urbano no planificado y el CC.
- El mapa final de amenazas aluvionales sintetiza todas las variables utilizadas para caracterizar la peligrosidad de la situación aluvional actual.
- Se proponen (en zonas aptas) pautas normativas y técnicas tendientes a una urbanización sustentable (desarrollo urbano de bajo impacto hidrológico).

6.4. Sugerencia de pautas normativas

En el estudio sugirieron distintas pautas normativas, principalmente avanzar con un reglamento único, consensuado y concurrente de ocupación y aprovechamiento del piedemonte del AMM, bajo los lineamientos del PPOT. Asimismo, las características mínimas del código de ocupación, entre las que se destacan, por ejemplo:

- La zonificación de los usos del suelo debe realizarse conforme a los criterios técnico-científicos establecidos en el Plan Provincial de Ordenamiento Territorial, independientemente de las facultades concurrentes que seguirán existiendo.
- Inclusión de directrices, pautas concretas y de cumplimiento obligatorio que permitirán revertir las problemáticas territoriales detectadas sobre la base de las pautas técnicas de este estudio y los antecedentes que se consideren.

6.5. La zonificación del piedemonte conforme a los riesgos aluvionales

Las zonas se determinan en función de la delimitación de amenazas y su graduación:

- Zonas de alta amenaza: no ocupables. Cauces aluvionales/amenazas diversas. Reducir la exposición en cercanías de zonas de rivera –mínimo de 10 m–. Establecimiento de corredores biológicos y figuras de conservación de servicios ecosistémicos.
- Zonas de amenaza media: zonas ocupables con restricciones. Mantener los criterios técnicos acorde a cada escala (parcela, barrio o emprendimiento) y consideración de obras de mitigación hidráulica para múltiples emprendimientos. Superficies condicionadas según

uso, densidades bajas de ocupación, movimiento de suelo y pendientes sugeridas. Manutención de mayores porcentajes de vegetación nativa.

• Zonas de baja amenaza: zonas ocupables con criterios mínimos. Mantener siempre porcentajes de cobertura vegetal nativa, mantener criterios mínimos de manera de no generar zonas no aptas aguas abajo (verde a rojo).

6.6. Suspensión de autorización de procedimientos de impacto ambiental

Con fundamento en este estudio, se dictó el Decreto 219/19, el cual suspende por el plazo de doce meses distintos procedimientos administrativos de EIA en el área de la Ley 8999.

Mediante Resolución 49 del 18/02/2019, se suspendió el Procedimiento de EIA bajo la modalidad de MGIA del proyecto denominado «Fraccionamiento El Caramillo», en Luján.

A través Resolución 313 del 30/07/2019, se suspendieron y paralizaron todas las obras y actividades que se estuviesen realizando en el piedemonte mendocino al haberse denunciado irregularidades e infracciones a la normativa vigente, en especial a la Ley 5961 y su reglamentación:

A principios de noviembre de 2019, la Lic. Nadia Rapali, vocal por el Ejecutivo en la APOT, en una entrevista con *Unidiversidad*, aseguró que no se podrá construir sobre el 70% del piedemonte, ya que según el estudio detallado precedentemente se trata de zonas con peligro aluvional. En el resto de las zonas se podrá realizar una urbanización con un desarrollo urbano de bajo impacto, adaptado a esta situación³¹.

31. Entrevista realizada a Nadia Rapali por *Unidiversidad* el 1 de noviembre de 2019. «No se podrá construir sobre el 70% del piedemonte mendocino». Consultado el 27 de noviembre de 2019 desde <http://www.unidiversidad.com.ar/no-se-podra-construir-sobre-el-70-del-piedemonte-mendocino>
<https://youtu.be/cjyXcHmOr2I>

Capítulo II: El cinturón verde

1. Un sector agrícola con identidad propia

El cinturón verde de la provincia de Mendoza es definido en el PPOT por su actividad. Así, se indica que, en el periurbano del Área Metropolitana de Mendoza, el oasis gestó un sector agrícola productivo específico con identidad hortícola y vitivinícola principalmente, con actividades que lo convierten en el 2do cinturón verde en importancia nacional. En los últimos cincuenta años se asienta un sistema agrícola sostenido por la existencia de una gestión hídrica particular y que ahora se ve amenazado por el avance urbano sin planificación.

El cinturón verde del AMM se ve configurado de dos formas diferentes: aquel que muestra actividades agrícolas homogéneas y que puede caracterizarse como área rural y aquel que se encuentra contiguo al área urbana recibiendo las mayores presiones de la alta demanda de inversión inmobiliaria con actividades heterogéneas propias de áreas de interfaz. En la franja que limita con el área urbana (interfaz) se experimentan procesos de competencia de usos de suelo: por un lado, la actividad agrícola y, por el otro, el avance de la actividad urbana.

El manejo integrado del cinturón verde del AMM se contempla en el Subprograma 1B, Proyecto 5. En el caso del resto de los cinturones verdes del territorio provincial se contempla su manejo en el Subprograma 2A, Proyecto 5.

2. Entrevista con la Mgter. Arq. Mariana Sammartino, vocal de la APOT

La vocal de la APOT expresó que si bien el municipio de Guaymallén no ha concluido su PMOT se encuentra avocado mayormente al ordenamiento del cinturón verde, donde se detectan las mayores amenazas. En 2018 se convocó al INTA, INTI e INA para obtener aportes y se realizaron estudios de base y distintas propuestas para contribuir al ordenamiento y gestión territorial del área rural: «Aportes para el ordenamiento territorial de las áreas rurales (cinturón verde) del municipio de Guaymallén».

Principalmente INTA tuvo la responsabilidad de llevar adelante la coordinación técnica de este proyecto. Se realizó un importante trabajo de campo que incluyó relevamiento a empresas de los sectores hortícola, florícola, cárnico, avícola, encurtidos, producción hidropónica; tomas de muestras para determinar la aptitud del suelo, así como de agua superficial

y subterránea; entrevistas a productores; talleres prospectivos con representantes de los sectores comerciales y productivos, gubernamentales y científicos. En agosto de 2019, se presentaron las conclusiones en el Centro Regional Mendoza-San Juan INTA³².

En julio de 2019 se llevó a cabo un encuentro, organizado por la SA y OT a través de Unicipio, el cual tuvo como fin recibir contribuciones técnicas para incorporar al Proyecto de Sostenibilidad del Cinturón Verde del Área Metropolitana³³. El proyecto comprende seis ejes que serán propuestos ante representantes de la FAO, el Banco Mundial y otros organismos financiadores: legislación, turismo sustentable, agua y producción, comercialización, eficiencia energética y desarrollo de pueblos originarios / Tren de las Arenas. Los ejes transversales son género y seguridad alimentaria.

32. <https://inta.gob.ar/noticias/se-presentaron-en-el-inta-las-conclusiones-de-un-proyecto-interinstitucional-para-el-ordenamiento-territorial-del-cinturon-verde-del-area-metropolitana-de-mendoza>

33. <http://www.prensa.mendoza.gov.ar/unicipio-aportes-tecnicos-al-proyecto-de-sostenibilidad-del-cinturon-verde-del-area-metropolitana/>

CUARTA PARTE

Capítulo I: Los avances normativos en legislación municipal requeridos para implementar los planes

1. Los municipios como protagonistas en la temática de ordenamiento y ambiental³⁴

El modelo de municipio ha evolucionado desde un modelo de gestión tradicional, burocrática, de carácter autárquico y clientelar, para hallarse en un punto crucial donde debe redefinir sus funciones. En los hechos, configuraba una suerte de administración de la urbe sobre el ABL (barrido, alumbrado y limpieza). La globalización a nivel mundial, la reforma de la Constitución a nivel nacional, la reforma del Estado a nivel nacional y provincial, la descentralización a nivel provincial ha colocado a los entes municipales ante responsabilidades jurídicas y situaciones de hecho para los que no están capacitados técnica, económica ni humanamente. El desafío en su organización, misiones y funciones ha sido trágico para algunas comunas y beneficioso para otras.

Algunas comunas han incrementado su autonomía. Han establecido un sólido marco organizativo y político-institucional, generando recursos económicos o plantando cara ante el poder central para obtenerlos. Se han vinculado con la comunidad mediante gestores sociales, dedicados a establecer valores colectivos y recuperar la identidad cultural. Por otra parte, las comunas menos dotadas han encarado acciones de regionalización. Mediante redes de municipios, intentan obtener recursos técnicos y aprender nuevas aptitudes y habilidades, para capacitar a sus recursos humanos.

El problema coyuntural fue y es la avalancha de responsabilidades funcionales que se ha descargado sobre los municipios. Esto debe ser enfrentado por una gran cantidad de personal, con mentalidad burocrática, jerarquizado por antigüedad, de carrera administrativa y sin preparación técnica, normalmente dotado de sensibilidad y presencia social. Además de este grupo cuantificable, existe un pequeño grupo calificado técnicamente que

34. Escobar Blanco, Luis Gabriel (2016). «LOT y US 8051 aspectos democráticos Parte Tres D». Mendoza: CEP Uncuyo. Recuperado de https://works.bepress.com/luis_escobarblanco/10/

pretende ser reconocido por meritocracia, normalmente contratado y sin lazos fuertes en la comunidad. La tensión suele suscitarse en el terreno de la gestión. Explota en cuanto la reformulación del sector público y la búsqueda de eficacia pretendan culminar en una gestión gerencial, con parámetros vigentes en el sector privado, y haga perder de vista la dimensión política del municipio.

El ejecutivo municipal se encuentra ante un desafío de alta complejidad cuando debe asumir la necesidad de preparar y ejecutar un plan de ordenamiento territorial, que torna más dificultoso gobernar ciertos municipios que la provincia. El cambio que debe encarar no revela réditos políticos inmediatos y exige recursos humanos y económicos que a veces escasean. Además, es inicialmente conflictiva la relación con las ONG y grupos vecinales de nuevo cuño, hasta que se aprende a cooperar, usar la herramienta de los foros, consultas y –la más importante– audiencia pública, disolviendo las mutuas desconfianzas. Y es problemática la compatibilización dentro del esquema de poder arcaico sostenido por la partidocracia, frente a los reclamos urgentes de una ciudadanía que clama por hacerse oír.

El nuevo desafío que trae la LOT y US 8051 es el de la creación de los Planes de Ordenamiento Territorial Municipal, dentro de un proceso de integración y coordinación, con políticas consensuadas de desarrollo territorial obtenidas con la participación ciudadana y de las organizaciones intermedias, en un marco interinstitucional y multidisciplinario. Esta armonía es la que debe encarnar el intendente como líder de un equipo mixto, técnico-político, para asegurar la mejor calidad de vida posible para su pueblo³⁵.

La Argentina, en general, y la provincia de Mendoza, en particular, asisten a un proceso de transformación jurídica a partir de la vigorosa inserción en el sistema positivo de la temática ambiental³⁶.

2. La clasificación y la zonificación

La planificación consiste en un proceso de comprensión de las necesidades humanas, de determinación y formación de la futura política pública para

35. García Delgado, Daniel (comp.) (1997). *Hacia un nuevo modelo de gestión local municipio y Sociedad Civil en Argentina* (pág. 9-10). Buenos Aires: Flacso.

36. Hernández, Víctor G. (1999). «Municipio y Régimen Jurídico Ambiental». *Revista del Foro de Cuyo*. T. 34 (p. 43-68).

atender aquellas necesidades con un máximo de efectividad³⁷. La planificación y el ordenamiento territorial abarcan distintos aspectos:

- Clasificación del territorio conforme a sus usos y aptitudes. Por ejemplo, urbano, rural, y sus respectivas interfaces o subáreas.
- Zonificación: operación que se realiza sobre un plano urbano con el fin de asignar a cada función y cada individuo su lugar adecuado (Le Corbusier).
- Planificación vial: estrategia para el diseño de la trama circulatoria interna o externa vinculadas al tránsito y al transporte.
- Loteos y fraccionamientos: a los fines de ordenar la ocupación de los suelos con fines de vivienda, con aseguramiento de habitabilidad, servicios, seguridad jurídica, espacios verdes, equipamiento, calidad de la vivienda.

3. Autonomía municipal

Los municipios poseen autonomía para elaborar y sancionar sus propios códigos de edificación urbana y, a partir de la sanción de la Ley 8051, poseen el deber de elaborar sus respectivos PMOT, a los que deberán adaptar sus códigos de edificación que posean vigencia anterior (cfr. art. 36, inc. E de la Ley 8051 s/ fallo «Guiñazú, Mariana y ot. C/Munic. Mza. S/acc. Inc.», 05.12.2017, SCJM, Sala II). Los municipios que han promulgado su ordenanza de PMOT no han avanzado en la dirección de ponerlos en ejecución en relación con la adecuación normativa, prestando atención a otros ejes.

Capítulo II: La jurisprudencia

1. La jurisprudencia relacionada con la LOT y US

Se presenta un cuadro sinóptico respecto de las sentencias que inciden directa o indirectamente en cuestiones de ordenamiento territorial y usos del suelo y ambientales. Se refieren solo las sentencias de la SCJM o de las Cámaras Civiles que han quedado firmes, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 8051 (BO 22/05/2009).

37. Rosatti, Horacio (1997). *Tratado de Derecho Municipal* (p. 107). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

	Caso/Expte.	Fecha sentencia	Tribunal	Tema
1	89.169 DG Irrigación c/ Municipalidad de Godoy Cruz s/ conflicto de competencia	04/11/09	CSJM (Sala I)	Requerimiento Estudio Impacto Ambiental en obras hidráulicas.
2	102.365 YPF SA c/ DG Irrigación s/ APA	06/05/13	CSJM (Sala I)	Sanción adm. por contaminación amb- iental por derrame de petróleo.
3	106.125 Leyes, Raúl Alberto c/ Municipalidad de Godoy Cruz s/ APA	14/03/14	CSJM (Sala I)	Legitimación sust. activa vecino para reclamar por el uso de bienes del dominio público y por la tutela del medio ambiente urbano.
4	13-02843392-6 Minera del Oeste SRL y ot. c/ Gbno de la provincia p/ Acc. Inc.	16/12/15	CSJM (Plenario)	Constitucionalidad de la Ley 7722 que pro- híbe el uso de ciertas sustancias peligrosas en la actividad minera en la provincia.
5	13-02136667-0) Unión Vecinal Mundo Nuevo c/ Municipalidad de Junín p/ APA	12/02/16	CSJM (Sala I)	Aviso de Proyecto para exceptuar proced. Declarac. Impacto Amb., relativo al fracc. terreno para ejec. pro- yecto de construcción de un barrio.
6	13-02147591-7 Derivados Vínicos SA c/ DG Irrigación s/ APA	28/07/16	CSJM (Sala I)	Sanción adm. por vuelcos contaminan- tes a cauce del Río Mendoza.

7	13-02123074-4 Integrada SA c/ Municipalidad de Rivadavia p/ APA	05/09/16	CSJM (Sala I)	Análisis legitimidad prefactibilidad para instalar una avícola. Estudio de Impacto Ambiental y Ordenam. Territorial.
8	13-03897007-5 Genco SA c/ DG Irrigación p/ AP P/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA	02/05/17	CSJM (Sala I)	Dominio público sobre ríos y zonas aledañas, extracción de áridos, competencia cobro tributo por ello. (Relación provincia, municipio y D.G.I.).
9	13-02068154-8/1 Brugnoli SA en J. 250695 / 13-02068154-8 Brugnoli SA c/ Municipalidad de Maipú p/ Acción de Amparo p/ Rec. Ext. de Inc-Cas.	07/08/17	CSJM (Sala I)	Análisis de legitimidad de una orden municipal de traslado emprendimiento avícola, con multa y orden de clausura.
10	13-02846239-9 Guiñazú, Mariana y ot. c/ Municipalidad de Mendoza p/ Acción Inc.	05/12/17	CSJM (Sala II)	Potestad municipal de elaborar, reformar y aplicar el Código Urbano y de Edificación. Deber de los municipios de la provincia de Mendoza de adecuar sus desarrollos urbanos al contenido y las exigencias de la Ley 8051y de la Ley 8999

2. Análisis específico de los fallos

2.1. «*Guiñazú, Mariana y ot. c/ Municipalidad de Mendoza p/ Acción Inc.*»

En el caso, un grupo de vecinos de la Ciudad de Mendoza cuestionaban por inconstitucionalidad una modificación, acaecida a finales de diciembre de 2009, al Código Urbano y de Edificación municipal, por entender que ello no era posible hasta tanto el Estado provincial y el propio municipio dictarán un PPOT al que el primero debía ajustarse, conforme su interpretación de la LOT y US 8051.

¿Existe la posibilidad de reglar por la provincia o municipios –en conjunto– los requisitos mínimos relativos al modo en que se deben prestar los servicios domiciliarios –en cuanto a infraestructura– en su territorio conforme a categorías de zonificación territorial estándares?

En el aspecto mencionado, el Tribunal razonó que el sistema constitucional impone la solución según la cual no es dable que las facultades comunales en materia de policía y proyección de construcciones queden paralizadas hasta que la provincia cumpla con lo que le compete. De hecho, la propia LOT y US 8051 expresa que los municipios deben «ajustar los Códigos de Edificación vigentes en su jurisdicción, conforme a la presente ley y a los planes que, en consecuencia, se dicten» (art. 36 inc. e). De esta forma, «los planes que en consecuencia se dicten» son los que determinan el origen de la obligación a cargo de la Comuna, consistente en adecuarse a ellos, por lo cual no surgía tal deber con anterioridad a que ello ocurriese. En síntesis, se advierte que el razonamiento consistió en interpretar la norma en el sentido de que existe el deber de los municipios de dictar su PMOT y, en consecuencia, adaptar sus códigos de edificación urbana a estos últimos. Ergo, el Tribunal entendió que la comuna capitalina poseía potestad para elaborar, reformar y aplicar el Código Urbano y de Edificación, con carácter previo a la confección del PPOT.

Ahora bien, dado que, si bien puede modificarse un código urbano de edificación por el municipio, que luego debería adaptarse al PPOT, la SCJM citando las leyes 8051 y 8999, advierte sobre el deber de elaborar el PMOT por parte del municipio demandado exhortando a dar cumplimiento, tanto en lo que se refiere a la elaboración de tal instrumento como a la adecuación posterior de su Código de Edificación Municipal. Agrega: «El incumplimiento del presente exhorto dentro del plazo de 12 meses contemplado en la Ley de Ordenamiento Territorial (art. 18) ha de configurar una omisión de carácter inconstitucional».

2.2. «Edemsa c /Municipalidad de Mendoza s /APA»³⁸

Se analiza la relación entre normativa –y las pertinentes potestades– provincial y municipal respecto del deber de soterrar cableado aéreo de servicios públicos de telefonía, televisión por cable y electricidad en todas las zonas urbanas del territorio provincial.

En el caso, Edemsa demandó a la Ciudad de Mendoza con el fin de anular la decisión que impuso una multa y la emplazó a reemplazar en forma subterránea el cableado aéreo conducente de energía eléctrica en una obra. El Tribunal hizo lugar a la demanda, a cuyo efecto partió por reconocer como potestad derivada de su autonomía de rango constitucional las facultades del municipio en materia de regulación y control de los servicios públicos dentro de su órbita territorial, respecto de lo cual también identificó las normas de rango legal aplicables, entre ellas, el art. 11 de la Ley 1079, Orgánica de Municipalidades, que les reconoce expresamente facultades regulatorias a los municipios mendocinos «en cuanto a los bienes de uso público municipal, como ser: plazas, calles, caminos, puentes, calzadas, paseos públicos y demás que invistan ese carácter, mientras dure el servicio público a que estén afectados, que los coloca fuera del comercio y sin perjuicio de las funciones que correspondan a otras autoridades».

Sentado lo anterior, la SCJM advirtió que la normativa que sustentaba el proceder municipal en rigor no constituía la reglamentación del deber de soterramiento de cableado aéreo tal como lo estableció la legislación provincial. Así, se valoró que «...el dictado de la Ordenanza 3746/09 no constituye la reglamentación requerida por la ley provincial que estableció la obligación de soterrar el cableado aéreo de diversos servicios públicos domiciliarios, entre ellos el relativo a la provisión de energía eléctrica. Ello así, ya que tal como surge de su atenta lectura, lo que tal norma reglamenta específicamente son los trabajos en la vía pública municipal, y la forma en que debe procederse –por “sistema de tunelera”– en los supuestos de cableados subterráneos».

A continuación, se analizó el texto de la norma provincial de aplicación que municipio pretendía haber reglamentado, y se observó que el propio

38. Se relaciona indirectamente con el OT, al igual que otro fallo de la SCJM (Sala 12.09.2017 in re Autos nro. 13-03569735-1, caratulado: «Edemsa c/ Municipalidad de Mendoza s/ APA»).

texto de la norma, al momento de su invocación, ya se encontraba modificado en virtud de la Ley 8009 (BO 22.01.2009), que supeditó la efectividad de tal exigencia –soterramiento de cableado– a su específica reglamentación –sin detallar órgano competente para ello– (art. 4), lo que a su vez se vincula a la disposición contenida en su art. 2 relativo a la elaboración a nivel provincial, de un proyecto de factibilidad para el reemplazo gradual de los tendidos de cables aéreos existentes por subterráneos, de lo que no consta que aún al día de este informe se haya realizado por las autoridades allí mencionadas.

La SCJM concluyó que en la aplicación del criterio municipal de soterramiento de cableado aéreo se adopta en el caso en forma intempestiva, dado que al momento en que EDEMSA solicitó permiso para realizar la obra necesaria a los fines de suministrar a un usuario el servicio público que presta, la normativa invocada por la demandada no existía –Ord. 3746/09– y, luego de emitida, esta no dispuso en forma general tal criterio, sino que en rigor encontraba sustento en una ley que, si bien estaba vigente, aún no era operativa dada la falta de reglamentación que estableció como condición previa para ello, y dada la falta de cumplimiento de los demás deberes de índole técnica establecidos a nivel provincial relativos al previo proyecto de factibilidad, que aún no se realiza.

El fallo es muestra de las relaciones complejas que puede implicar la temática relativa al OT, en que juegan diversos actores públicos y privados, con diferentes órdenes de poder y alcance territorial, en que se conjuga lo local –municipio– y lo general –provincia– y que pueden verse afectados los derechos de los habitantes en general, incluidas las operaciones jurídicas comerciales de empresas con legítimos intereses en sus cometidos.

2.3. «Leyes, Raúl Alberto c /Municipalidad de Godoy Cruz s /APA»

Un vecino pretendía la anulación de la decisión municipal de cerrar a la circulación del público una calle en toda la longitud correspondiente a la traza que atraviesa un denominado «barrio privado» ubicado en el territorio del municipio demandado, al que la normativa de aplicación llamó en sus comienzos «proyecto urbanístico cerrado». En primer término, la SCJM trata el punto de la legitimación: si el vecino del área aledaña al cierre de la vía pública se encontraba o no legitimado sustancialmente para interponer la acción en cuestión, para luego, en su caso, controlar la legitimidad del Decreto municipal 2396/2005 en virtud del cual Godoy Cruz confirió a los vecinos del barrio cerrado el uso especial sobre las calles, ochavas,

espacios verdes y demás espacios libres ubicados dentro de este, con la prohibición de ingreso y circulación peatonal, vehicular o a tracción a sangre de todo tercero que no sea propietario residente o no residente del barrio, cuyo control ha sido encargado al consorcio que administra tal barrio.

En el primer aspecto, relativo a la legitimación sustancial activa del vecino demandante, en el fallo en examen se valoró que es posible concebir al menos dos grandes hipótesis en las cuales, tradicionalmente, sujetos ajenos a la organización estatal (o a sus permisionarios y/o concesionarios) pueden llegar a plantear la defensa del derecho al uso general de los bienes del dominio público: a) ante la omisión de la Administración en el ejercicio de la competencia para conservar la integridad jurídico-material del dominio público, ante la agresión de terceros. b) o bien ante actividad irregular de la Administración al dictar actos o celebrar convenios incompatibles con los caracteres propios del régimen dominial. Al respecto, se observó que con el devenir de los tiempos se admitió excepcionalmente la legitimación de los colindantes («frentistas» o «ribereños») y el fundamento de esta tesis (todavía restrictiva) era que, en cuanto a su «naturaleza jurídica», el uso común en todos los casos se lo consideraba un «interés simple».

Luego de la Reforma constitucional de 1994, la doctrina paulatinamente admitió la legitimación de todo habitante para que –como titular del derecho al uso de los bienes del Estado consagrados al servicio público o a un uso general– pueda accionar *iure proprio* contra terceros agresores al dominio público, y sin distinguir si se trata o no de un usuario directo o inmediato del bien. Prosiguiendo la evolución, el Tribunal hizo referencia al caso destacado en materia de intereses colectivos, *in re* «Halabi» de la Corte Federal, y concluye que la falta de regulación del ejercicio de las acciones de clase no obsta a que se facilite el acceso a la justicia porque «la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia».

La SCJM vinculó en forma directa el derecho urbanístico actual con el derecho constitucional a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano sostenible (art. 41), confiriéndole legitimación a los vecinos para reclamar en su relación. Allí, con cita de la profesora francesa Jaqueline Morand Deviller, se dijo que el concepto jurídico de *ambiente* no se limita a la protección de la naturaleza, ni el derecho del *urbanismo* está restringido al espacio urbano. El ambiente es un todo (urbano y natural) y no se gestiona de manera fraccionada, del mismo modo que el derecho

del urbanismo no se aplica solo a las ciudades³⁹. Esto condujo a afirmar a la SCJM que los habitantes tienen derecho a un urbanismo saludable y sostenible, lo cual implica que el conjunto normativo que dicten las autoridades públicas en *materia de planificación y ordenamiento territorial*, al igual que en materia de edificación, debe respetar tanto los límites al poder de policía (razonabilidad, igualdad, legalidad, proporcionalidad) como también, de manera uniforme, las específicas exigencias de la legislación nacional y provincial en materia ambiental. El Tribunal calificó al derecho al uso general de los bienes dominiales como un «derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos» por lo cual cabía reconocer legitimación al actor para defender su alegado derecho al uso público de las calles, veredas, ochavas y demás espacios libres del barrio cerrado aledaño a su domicilio, por ser vecino, y además porque en la regulación del uso de las vías públicas se encuentra comprometido el derecho a un ambiente urbano sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sustentable, cuya tutela le cabe a todo habitante de la ciudad. Asimismo, la pretensión del vecino demandante no va dirigida a la obtención de un beneficio individual o con efectos hacia su sola persona, ni tampoco se procuran anular todos los actos relativos al loteo y urbanización del barrio privado, ni que se revierta la situación dominial del inmueble a donde asienta el barrio, sino, concretamente, la acción solo ataca de nulidad parcial al decreto 2396/2005 (y su ordenanza ratificatoria) en tanto cierra al uso general la calle Lago Argentino en la parte que atraviesa al barrio cerrado, lo cual sería contrario al destino que habitual y generalmente se da a las superficies donadas a los municipios por efecto de la ley provincial de loteo o fraccionamiento de terrenos urbanos y suburbanos.

Superado tal aspecto y admitiendo la legitimación del vecino accionante, la SCJM rechazó su demanda. Si bien la regla general del art. 11 de la LOM 1079 es que las calles, veredas, calzadas, puentes, plazas y demás paseos públicos son de uso público o general, en correlación con lo normado en el art. 2341 del Código Civil, ello por sí no obsta a que la Comuna constituya derechos de usos especiales o exclusivos sobre una parte determinada de tales bienes del dominio público municipal, y esta posibilidad en modo alguno altera el fin público de tal propiedad estatal, ni el carácter de inalienabilidad propio del régimen jurídico especial al que está sometida. Agregó

39. Morand Deviller, Jaqueline (2002). «Los “grandes principios” del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo» (p. 483). RDA, 14. Buenos Aires: Lexis-Nexis.

aquí el Tribunal a título de ejemplo, lo dispuesto en el art. 79, inc. 9, de la LOM, que le otorga facultades al Honorable Concejo para conceder el uso de los espacios libres y calzadas para la venta de diarios y revistas y pequeños artículos de consumo que no afecten al aseo de aquellos (Ley 5019).

En este caso concreto destacó el Tribunal que el otorgamiento de este permiso de uso de la calle para el consorcio de propietarios del barrio cerrado en cuestión, no estaba sujeto a taxativas limitaciones legales de orden sustancial y/o procedimental, *sino a partir de la vigencia de la ley de ordenamiento territorial (en mayo de 2009), sobre todo en cuanto este último texto incorpora como principio fundamental a la participación social en todas las etapas del ordenamiento territorial (LOT y US 8051 art. 42)*, siendo válido el permiso porque se otorgó con anterioridad a la vigencia de la LOT y US.

A lo anterior, se sumó que los permisos otorgados no aparecen como infundados, ni manifiestamente arbitrarios las razones de interés público que en su oportunidad motivaron el otorgamiento; que existe un notable desarrollo urbanístico y comercial que registra la zona del emprendimiento del barrio en cuestión; y que en definitiva ninguna de las pruebas arrojadas al proceso induce a concluir que la situación de los vecinos del Barrio Fuchs se haya agravado por el barrio cerrado, fundamentalmente porque su situación urbana no se ha visto modificada frente a la que existía con anterioridad, en lo que hace a las relaciones, usos y conexiones hacia las principales arterias viales de la zona: el Corredor del Oeste, la calle Tiburcio Benegas, la calle Joaquín V. González, y la Avda. San Martín Sur.

2.4. «Concati, Nancy y ots. c/ Mun. Guaymallén p /Acción de Amparo»

La Justicia mendocina lo decidió en 2019 con sentencia de primera y segunda instancia, sin interposición de recurso extraordinario, por lo está firme el fallo de 2da Instancia⁴⁰.

Se trata de una acción de amparo presentada contra el municipio de Guaymallén por un grupo de vecinos de tal departamento, quienes solicitaron se ordenara una medida de protección en virtud de la cual se dispusiera la no aplicación de los arts. 1 y 2 de la Ordenanza 8446/17 y, en

40. Trib. GEJU.AS. 4 de esta Ciudad en causa 13-04385040-1 «Concati, Nancy y ots. c/ Municipalidad de Guaymallén p/ Acción De Amparo», sent. del 25.03.2019. Asimismo, sent. del 14.06.2019, dictada en segunda inst. por la 1ra Cám. Civ., en expte. 13-04385040-1.

consecuencia, se impidiera la construcción de un hipermercado cuya factibilidad de construcción tal normativa autorizaba, con una superficie proyectada superior a 2.500 m, con eximición de la superficie destinada a estacionamiento vehicular, permitiendo construir fuera de la normativa vigente en materia de estacionamiento, y en violación al ordenamiento territorial que por superficie impone la actuación de órganos provinciales. Al respecto, los amparistas impugnaron la normativa mencionada por ser violatoria de las Leyes 8051 y 5961, ya que resuelve una excepción nula de nulidad absoluta y por arrogarse facultades sobre un emprendimiento comercial que por sus dimensiones sale del marco de competencia de la comuna. Aducían que la zona Residencial R-5 donde se emplazará el emprendimiento de 2.500 m es de alta densidad con viviendas y complejos residenciales, implicaría colapsar una zona ya congestionada en materia de tránsito y aparcamiento, siendo los amparistas los afectados directos del probable daño ambiental, patrimonial, urbanístico y edilicio que causará la aplicación de la Ordenanza. El municipio demandado se defendió a través de su apoderado quien explicó que, conforme surge de los expedientes administrativos, se aprobó la Ordenanza Municipal 4176 del año 1996 relativa a la factibilidad de uso y de construcción para locales comerciales, sin perjuicio de las demás exigencias, siendo ratificada por Ordenanza 4561/97 de aprobación de distribución del master plan y que en el año 2017 la propietaria del centro comercial IRSA Propiedades Comerciales SA presentó un anteproyecto (expediente 2069-I2.017) y la Municipalidad emitió la ordenanza 8446/2.017, siendo ello facultad delegada a los municipios por la Ley Orgánica de Municipalidades 1079, artículo 75, inc. 1. Asimismo, la mencionada empresa solicitó un pedido de excepción a la superficie requerida para estacionamiento que regula el Código de Edificación y Ordenamiento Territorial (CEOT), siendo autorizado por la Ordenanza 8446 por el mismo órgano que había emitido tal código, en su caso HCD de Guaymallén, surgiendo del mismo expediente el pedido de factibilidad de la empresa para la ampliación de superficie y uso de estacionamiento adjuntando un informe de Modelación de Tránsito de la Facultad de Ingeniería UNCuyo. Adujo la demandada que el ingeniero de Obras Privadas informó el espacio de cocheras que debe haber conforme al Código de Edificación Municipal, lo que fue requerido a la empresa previo al proyecto de ampliación, que cumplió presentando la factibilidad de ampliación superficie y uso, exhibiendo una nueva distribución del hipermercado para paliar el estacionamiento vehicular en las parcelas 12 y 13, con indicación de la adquisición de un nuevo inmueble destinado a convertirse en playa de maniobras, elevando de tal modo el número de cocheras. Expuso que no se trata de la aprobación al proyecto, ya que no está formulado aún, sino que se otorgó su factibilidad

sin autorización a iniciar obras, por lo que el proyecto deberá estar sujeto al cumplimiento del resto de las ordenanzas y normativas vigentes al momento de presentarlo para su aprobación. Finaliza destacando con respecto a la eximición otorgada por el HCD de 214 espacios de estacionamiento, que tal faltante se cubrirá a través de obras que se encuentran proyectadas y en ejecución por parte del municipio. A su turno, contestó IRSA, manifestando que el amparo era prematuro, puesto que se había dictado la Resolución 152 del 10/05/2018 por la que se autorizaba y disponía el inicio del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). La jueza, al resolver el amparo, decidió su rechazo por no cumplir con el requisito de ser la vía idónea, por no existir inminencia de producirse algún daño ambiental irreparable. Al respecto, la jueza tuvo especialmente en cuenta que la decisión relativa a la excepción de la superficie requerida por la normativa legal, para estacionamiento de un emprendimiento comercial, había sido impugnada, con anterioridad, en un expediente administrativo aún en trámite, relativo a la EIA, con participación de múltiples organismos públicos, en que incluso se desarrolló una audiencia pública, por lo que allí –en tal expediente– es donde deben canalizarse los planteos. Se destaca en la valoración de la jueza, su observación consistente en que «...de los términos de la ordenanza y de la forma en que ha sido redactada y lo sucedido luego, es decir durante el procedimiento de impacto ambiental, podemos concluir que la excepción al espacio requerido para cocheras, lo es con relación al mismo predio o parcela en donde se ha proyectado la construcción del emprendimiento; no obstante ello no significa que el faltante no deba o tenga que ser subsanado con alguna otra propuesta que cubra la necesidad en función del requerimiento o se le imponga a la empresa la realización de obras alternativas para mitigar este faltante...». Podría entonces suceder que no se cumplieran con las condiciones técnicas y administrativas que determinen las áreas correspondientes del Ejecutivo municipal y, en este hipotético caso, el beneficio caería o podría ser revocado. Distinto hubiera sido si luego del dictado de esta ordenanza se hubiera comenzado directamente con las obras.

La sentencia referida anteriormente fue impugnada por los amparistas en segunda instancia, mediante recurso de apelación, el que luego de su tramitación fue rechazado por el Tribunal interviniente, con fundamento en que «... el examen de la ordenanza cuestionada sobre la base de los presupuestos de la vía intentada, cuya procedencia requiere la existencia actual de un obrar censurable por su manifiesta arbitrariedad o ilegalidad en desmedro del ejercicio de derechos constitucionales, con arreglo a la cláusula superior (43 CN), permite sostener que ese supuesto de grave y patente

violación del orden jurídico no se verifica en este caso y que los agravios de los recurrentes tampoco logran demostrar». Tal aseveración de la Cámara fue sostenida sobre la base de que «la ordenanza fue dictada conforme la autonomía municipal, en el marco de la Ley Orgánica de Municipalidades y del Código de Edificación y Ordenamiento Territorial vigente». «La excepción concedida y cuestionada en el presente está siendo evaluada por el municipio y demás organismos técnicos competentes en la materia contemplando las alternativas para mitigar los aspectos adversos». «La Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial de la provincia luego de haber llevado adelante el Procedimiento de Impacto Ambiental, y de haber evaluado y analizado cada uno de los informes sectoriales y escuchado los reclamos e inquietudes de los vecinos en la audiencia pública en fecha 28 de marzo de 2019, por Resolución 114 aprobó la DIA para la instalación del nuevo emprendimiento de la empresa IRSA». Se infiere que la cuestión relativa al destino de superficie a los fines de mayor espacio para estacionamiento de vehículos que requiere el emprendimiento posee propuesta de solución por parte de la empresa inversora y se encuentra supeditada –por la autoridad municipal– su factibilidad y, por ende, su posterior aprobación para el inicio de obras a que efectivamente se solucione tal inconveniente detectado por el municipio demandado, habiendo sido aprobado varios años atrás el proyecto que incluía la construcción de tal emprendimiento, con lo cual la decisión jurisdiccional deja abierta la posibilidad de que la cuestión conflictiva pueda resolverse en sede administrativa –con posibilidad de ulterior impugnación en sede jurisdiccional– y a su vez respeta el derecho a la iniciativa privada que también debe beneficiar a la sociedad –propiedad privada y su función social vinculada al bien común–. Finalmente, alguna duda pueda surgir en relación con el cumplimiento de la prohibición de excepciones a sus previsiones que contempla el art. 5 de la Ley Provincial 8051, ya que la norma municipal impugnada, emanada del mismo órgano que dispuso la regla previa, otorgó literalmente una excepción a la superficie requerida para estacionamiento que regula el Código de Edificación y Ordenamiento Territorial del municipio, respecto de lo cual la jueza de primera instancia entendió que ello en sí no resultaba violatorio de aquella norma provincial, en tanto tal proceder se encuentra supeditado o condicionado a que deban preverse otros espacios –u obras– para destinar al estacionamiento vehicular en forma previa a aprobarse el proyecto en cuestión, con lo cual en rigor no sería una verdadera excepción, conforme se infiere de su razonamiento.

2.5. «Heras, Eugenio c/ Mun. de la Capital de Mendoza s/ APA»⁴¹

La creación y ampliación del suelo urbano no puede quedar al solo interés o conveniencia de los propietarios, pues en esas acciones está en juego la vida de la ciudad, como hecho colectivo que interesa y condiciona la vida entera de sus habitantes.

En este caso se discutía el otorgamiento de una factibilidad, condicionada a la construcción de cocheras en la edificación de oficinas en una determinada zona urbana municipal de la Ciudad de Mendoza.

2.6. «Unión Vecinal Nuevo Mundo c/ Mun. de Junín s/ APA»⁴²

El emplazamiento de un nuevo barrio –o la ampliación de los existentes– requiere por ley de un procedimiento previo de EIA, conforme lo previsto en el Anexo I, punto II.2, de la Ley Provincial 5961 de Preservación Ambiental de Mendoza. En consecuencia, tal proyecto debe obtener en forma previa la DIA expedida por la municipalidad correspondiente, las que constituyen autoridad de aplicación de la mencionada ley (v. su art. 27). Dado que el proyecto de nuevo barrio en cuestión preveía su asentamiento con naciente en una zona municipal calificada de comercial-industrial por la municipalidad, resultaba acertada la decisión de no exceptuar del trámite de EIA a tal proyecto, y el requerimiento a través de una universidad de una mayor información relativa a la futura interacción con una granja avícola preexistente, ubicada en las cercanías del terreno a fraccionarse y las actividades que se proyectaban realizar en este último, lo cual hace a la información relevante en cuanto a la prevención de daños ambientales.

2.7. «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental»⁴³

La decisión de la Corte Federal implicó revocar un fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos que había dejado sin efecto una sentencia en una acción de amparo ambiental colectivo, en que se había ordenado el cese de las obras de construcción de un proyecto inmobiliario náutico con

41. <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3273790016>

42. <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4578209852>

43. <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3273790016>

asentamiento en la zona de humedales contigua al Río Gualeguaychú, lindero al Parque Unzué, en la margen del río perteneciente al municipio Pueblo Gral. Belgrano de Entre Ríos.

Asimismo, la sentencia de primera instancia había condenado solidariamente a la empresa constructora, al municipio de Pueblo Gral. Belgrano y al Gobierno provincial a recomponer el daño ambiental ya producido –se había comenzado la ejecución de obras en forma previa a la aprobación de los EIA que fue declarada nula por el juez–.

Respecto de las normas y principios en que se fundó el fallo, la decisión de la Corte Federal se adoptó sobre la base de:

- La normativa provincial que declara al área afectada como natural protegida de humedales.
- Las normas contenidas en la Ley General del Ambiente 25675 (LGA), de orden público y aplicable en todo el territorio nacional –Argentina–, en cuanto establece que los dictámenes emitidos por organismos del Estado en sede administrativa sobre daño ambiental, agregados al proceso, tiene la fuerza probatoria de los informes periciales (art. 33).

Deducida una demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los legitimados, entre ellos el afectado –como en este caso–, no podrán interponerla los restantes titulares, sin perjuicio de su intervención como terceros (2 párr. del art. 30).

Los estudios de evaluación de impacto ambiental y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad; no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (arts. 11 y 12 de LGA, Fallos 339:201, 340:1193 y normativa local que cita). Los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (cfr. jurisprudencia allí citada). La provincia tiene a su cargo la gestión y el uso sustentable de las cuencas hídricas y los sistemas de humedales que se declaran libres de construcción de obras de infraestructura a gran escala que puedan interrumpir o degradar la libertad de sus aguas y el desarrollo natural de sus ecosistemas asociados (art. 85, Const. Prov. de Entre Ríos).

El documento titulado «Valoración económica de los humedales» emitido por la Oficina de la Convención de Ramsar de 1997 define los distintos tipos de humedales, entre los que se encuentran los fluviales. El paradigma

jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico o sistémico, ya que no tiene en cuenta solo los intereses privados o estatales, sino los del propio sistema como lo establece la LGA (Fallos 340:1695).

En la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (Art. 4° LGA). Se refiere el principio *in dubio pro natura*: «En caso de duda se debe resolver de manera tal que se favorezca la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales». No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con sus beneficios derivados (Declaración UICN de Río de Janeiro 2016).

3. 3. Conclusiones sobre las tendencias jurisprudenciales

Del análisis realizado más arriba surge claramente:

- La existencia de una problemática común que se vincula con las complejas interrelaciones entre diversos agentes involucrados en el OT: municipios, provincia, vecinos, empresas prestadoras de servicios públicos.
- La necesaria coordinación que se requiere entre los diversos agentes a fin de gestionar un OT sustentable y obtener el consenso necesario de los posibles afectados/beneficiarios.
- La necesidad de contemplar mecanismos institucionales de participación de los vecinos en la toma de decisiones públicas que puedan afectarlos, a fin de que previamente puedan expresar sus opiniones respecto de sus necesidades y/u observaciones al respecto.

Surgen también en forma preliminar ciertos interrogantes a partir de los casos analizados:

- ¿El PPOT y los PMOT que se vayan realizando en cumplimiento de lo dispuesto en la LOT y US 8051 contemplan la posibilidad de su respectiva modificación en el futuro?
- ¿Cuál es el procedimiento previsto para procesar modificaciones y/o adaptaciones a los planes originales y cuáles son las causas o casos en que procedería?

Abreviaturas

AMM - Área Metropolitana de Mendoza

APOT - Agencia Provincial de Ordenamiento Territorial

BID - Banco Interamericano de Desarrollo

CC - Código Civil

CEOT - Código de Edificación y Ordenamiento Territorial

CM - Código de Minería

CN - Constitución Nacional

CPOT - Concejo Provincial de Ordenamiento Territorial

DIA - Declaración de Impacto Ambiental

EIA - Evaluación de Impacto Ambiental

HCD - Honorable Concejo Deliberante

INA - Instituto Nacional del Agua

INTA - Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria

INTI - Instituto Nacional de Tecnología Industrial

LGA - Ley General de Ambiente

LOT y US 8051 - Ley Provincial de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo de la provincia de Mendoza 8051

ODS - Objetivos de Desarrollo Sostenibles

OT - Ordenamiento Territorial

PEP - Poder Ejecutivo Provincial

PMOT - Planes Municipales de Ordenamiento Territorial

PPOT - Plan Provincial de Ordenamiento Territorial

SAyOT - Secretaría de Ambiente y Ordenamiento Territorial

SCJM - Suprema Corte de Justicia de Mendoza

SIAT - Sistema de Información Ambiental y Territorial

Uncuyo - Universidad Nacional de Cuyo

Bibliografía

- Bustamente Alsina, Jorge (1995). *Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cafferata, Néstor (2017). «Los principios y reglas del Derecho ambiental». Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales. Panamá: PNUMA.
- Cornell Law School. «Land use law: an overview». Legal Information Institute. Visitada 12/03/2019 https://www.law.cornell.edu/wex/land_use
- Jastrow, Robert (1984). *Charles Darwin. Textos fundamentales*. Barcelona: Altaya.
- Di Paola, María Eugenia (2002). «Hacia un programa de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en América Latina». 1ra Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina, FARN, Bs. As.
- Esain, José (sep. 2015). «El ambiente como bien jurídico complejo, primera parte». *Diario Ambiental*. Nro. 85. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho - DPI Doctrina para Innovar, Buenos Aires.
- Escobar Blanco, Luis Gabriel (2016). «LOT y U 8051 aspectos democráticos Parte Tres D». Mendoza: CEP Uncuyo. Recuperado de https://works.bepress.com/luis_escobarblanco/10/
- García Delgado, Daniel (comp.) (1997). *Hacia un nuevo modelo de gestión local municipio y Sociedad Civil en Argentina* (pág. 9-10). Buenos Aires: Flacso.
- Gordillo, V. (2019). «Ordenamiento: seis comunas no informaron sobre el avance de sus planes». Publicado el 22/07/2019 en *Unidiversidad*. Recuperado el 22/07/2019 desde http://www.unidiversidad.com.ar/ordenamiento-seis-comunas-no-informaron-sobre-el-avance-de-sus-planes?utm_campaign=Novedad&utm_term=34.
- Gordillo, V. (2019). «Ordenamiento territorial: la excepción como norma. Análisis de Aldo Rodríguez Salas, especialista en derecho ambiental». Publicado el 28/06/2019 en *Unidiversidad*. Recuperado el 20/07/2019 desde <http://www.unidiversidad.com.ar/ordenamiento-territorial-la-excepcion-como-norma>.
- Hernández, Víctor G. (1999). «Municipio y Régimen Jurídico Ambiental». *Revista del Foro de Cuyo*. T. 34 (p. 43-68).

- Jastrow, Robert (1984). *Charles Darwin. Textos fundamentales*. Barcelona: Altaya.
- Massiris Cabeza, Ángel (2008). «Gestión del Ordenamiento Territorial en América Latina: Desarrollo recientes». Conferencia magistral dictada en el «IV Seminario Internacional de Ordenamiento Territorial», Encuentro Internacional Interdisciplinario; Año 4 - Vol. 1- nro. 4. Instituto CIFOT, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. NOTA: Está desactualizado, aunque sigue siendo de gran utilidad.
- Mateo, Ramón Martín (1998). *Manual de Derecho Ambiental*. Madrid: Trivium.
- Molina, Maura; Urra, Ximena; Escalona Ulloa, Miguel (nov. 2012). «Evaluación Ambiental Estratégica: Instrumento para la planificación territorial urbana». *Revista Urbano*. Vol. 15, núm. 25, pp. 17-30. Universidad del Bío Bío, Concepción, Chile. *Revista Urbano*.
- Morand Deviller, Jaqueline (2002). «Los “grandes principios” del derecho del ambiente y del derecho del urbanismo» (p. 483). *RDA*, 14. Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- Nanclares, Jorge Horacio (abril 2017). Suprema Corte de Justicia de Mendoza, voto preopinante en sentencia plenaria en la causa CUIJ: 13-02843392-6 (012174-9058901), caratulada: «Minera del Oeste SRL y ot. c/ Gbno. de la provincia p/ acción inconstitucionalidad».
- Rodríguez Salas, Aldo (2016). *El derecho ambiental y la ley general del ambiente de Mendoza*. Ley 5961, Mendoza: EdiUC.
- Rosatti, Horacio (1997). *Tratado de Derecho Municipal* (p. 107). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Valls, Mariana (1999). *Derecho ambiental: los grandes problemas ambientales que enfrenta la Argentina a fin de siglo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

DERECHO DEL CONSUMIDOR

Relaciones de consumo turísticas. Competencias, control y protección del consumidor turista. Digesto Mendoza

Palabras clave: consumidor, turismo, consumo, control, competencias

Integrantes

Director: Sergio Rocamora

Docentes investigadores: Alberto Rez Masud, Elsa Noemí Zapata

Alumnos: Exequiel Jorge Prado, Cristian Darío Pino

Índice

Resumen	225
Hipótesis de trabajo	225
1. Hipótesis principal	225
2. Hipótesis desagregadas	225
Objetivos	225
1. Objetivo general	225
2. Objetivos específicos	225
Actividades	226
1. Actividades de formación	226
2. Actividades de investigación empírica	227
Principales resultados de la investigación	227
Introducción	228
El sistema de protección de consumidores y los consumidores turistas	229
La protección del consumidor turista	232
Competencias en Derecho del Consumidor	235
Control previo y seguridad del consumidor turista	237
Control y sanción desde los órganos de consumo	238
Obligaciones formales de Defensa del Consumidor en agencias o locales vinculados a Turismo Estudiantil	243
Agencias de Turismo	244
La prueba de la información recibida por el consumidor turista	250
Trato digno al consumidor turista	252
Algunas conclusiones	253
Anexo Digesto vigente para Mendoza	254
1. Leyes nacionales	254
2. Decretos nacionales	257
3. Resoluciones nacionales	258
4. Disposiciones nacionales	262
5. Leyes provinciales	262
6. Decretos provinciales - Mendoza	263
7. Resoluciones provinciales - Mendoza	263
8. Aclaración. Derogadas	264
Bibliografía	266

Resumen

Las relaciones de consumo turísticas son una problemática de alto impacto económico que se ha convertido en una consolidada fuente de recursos del sector privado y público del país y su dinámica en una genuina política estatal. En esta perspectiva la protección del consumidor turístico es un aspecto jurídico central.

Hipótesis de trabajo

1. Hipótesis principal

Las competencias, autoridades y formas de control en materia de consumo turístico se encuentran desorganizadas y desarticuladas.

2. Hipótesis desagregadas

- La desorganización en materia de consumo turístico impacta en la calidad de la protección de los consumidores.
- Falta de un digesto como colección de las normas vigentes, compiladas, sistematizadas y ordenadas en la materia asistente y que coadyuva en la desorganización existente.

Objetivos

1. Objetivo general

Estructurar una propuesta jurídica de organización jurídica de las competencias, autoridades y formas de control en materia de consumo turístico.

2. Objetivos específicos

- Detectar y recopilar las normas vigentes del Derecho del Consumidor y del Derecho del Turismo, de Derecho Público y de Derecho Privado, vinculadas a las relaciones de consumo turístico, compilarlas, sistematizarlas y ordenadas posibilitando un digesto para Mendoza.
- Analizar las competencias, órganos y formas de control, nacional, provincial y municipal en materia de relaciones de consumo turísticas.
- Deslindar las competencias y las formas de control de las relaciones de consumo turísticas.

Actividades

1. Actividades de formación

- Actividades de formación y capacitación de alumnos integrados en las actividades de investigación y en el conocimiento del Derecho del Consumidor.
- Actividades de campo en búsqueda y recopilación normativa en forma personal y en línea.
- Entrevista a actores del sistema institucional de turismo público provincial por parte de alumnos.
- Se completó uno de los objetivos iniciales de detectar y recopilar las normas vigentes del Derecho del Consumidor y del Derecho del Turismo, vinculadas a las relaciones de consumo turístico a fin de compilarlas, sistematizarlas y ordenadas posibilitando un digesto.
- Se realizaron consultas personales y en línea con el Boletín Oficial y el Ente de Turismo en busca de confirmar que existían normas vigentes no publicadas en el Boletín Oficial.
- Se examinaron y buscaron todas las normativas pertinentes publicadas y no publicadas en el Boletín Oficial de la provincia en los últimos años (2016, 2017, 2018 y 2109), y se verificó la publicación de las nuevas leyes, entre otras Ley 8409 (Ente Regional Cuyo Turismo), Ley 8417 (Turismo Accesible), Ley 8481 (Fiesta de la Cereza), Ley 8580 (Interés la Obra de Don Bosco de Rodeo del Medio) y Ley 8593 (Día del Malbec). Se destaca la Ley 8845 de creación del EMETUR (Ente de Turismo Mendoza) que reemplaza a la Ley 5349.
- La Ley 9099 (Código Contravencional) regula tipos punitivos sancionatorios de figuras relacionadas con la temática de consumo turístico: art. 61: alojamiento turístico clandestino, art. 88: irregularidades en la realización de eventos, art. 89: exhibición de reproducciones digitales o videos en bares, confiterías, restaurantes, art. 94: prohibición de consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, art. 72: estado de intoxicación en espectáculos públicos.
- La Ley 9086 (Movilidad Provincial) deroga la anterior Ley 6082, que fue modificada por la Ley 7480, que introdujo modificaciones en el transporte turístico. Regula el servicio de consumo contratado general, turístico y por comitente determinado (art. 69/70), del servicio contratado turístico (art. 71/72), estableciendo que el EMETUR, en coordinación con la Dirección de Transporte, llevará un registro de las empresas habilitadas a prestar servicios de transporte contratado turístico.

- A partir de enero de 2017, se comenzó a verificar resoluciones y decretos provinciales vinculados al Ente, y refieren sobre estos tópicos: planta de personal, actividades de promoción turística, subsidios y mayor dedicación; no hay mayores relevancias en materia de consumo y de reglamentación de la nueva ley de movilidad.
- Se ha verificado que, en esta nueva etapa con el Ente de Turismo, las funciones de sanción y resguardo de los derechos de los consumidores y de los servicios turísticos ofrecidos encuentran sustento en virtud de lo preceptuado por los arts. 2 inc. j), 4 inc. x), 9, 10 y concordantes de la Ley Provincial 8845 y del Decreto Provincial 747/16¹. Ello es parte del análisis jurídico de competencias y atribuciones en materia de consumidores y potestad sancionatoria.
- Se verificó la vigencia de toda la normativa del Derecho al Consumo y de Turismo nacional y provincial aplicable en Mendoza.

2. Actividades de investigación empírica

- Entrevistas realizadas por alumnos a operadores del sistema de turismo institucional provincial respecto de la vigencia de normativa no publicada y su aplicación a la resolución de casos administrativos de turismo.
- Criterios jurídicos administrativos aplicables en materia de consumo turístico.

Principales resultados de la investigación

Dada la hipótesis del trabajo de la investigación, se confirma lo siguiente:

La desorganización en materia de consumo turístico impacta en la calidad de la protección de los consumidores.

La primera hipótesis se encuentra verificada en la investigación por cuanto acredita que en ámbitos de decisión en materia de turismo se aplican normas que están derogadas al resolver conflictos legales en la materia y se publicitan actualmente en su página web.

Ello viene a confirmar la segunda hipótesis de trabajo:

1. Véase Resolución EMETUR 325/2018 (09/08/2018).

Falta de un digesto como colección de las normas vigentes, compiladas, sistematizadas y ordenadas en la materia asistente y que coadyuva en la desorganización existente

Esa falta de digesto en la materia produce ese desvío legal señalado y limita el Derecho del Turismo a ser interpretado separado del Derecho del Consumidor y sin estar integrado a él para resolver conflictos.

Introducción

Las relaciones de consumo turísticas son una problemática de alto impacto económico que se ha convertido en una consolidada fuente de recursos del sector privado y público del país y su dinámica en una genuina política estatal. Desde esta perspectiva, la protección estatal del consumidor turístico, nacional y extranjero, es un aspecto jurídico central.

Las relaciones de consumo turísticas se encuentran reguladas de base por diversas normas. Entre ellas y sin pretender abarcarlas a todas, a título de ejemplo, confluyen en el ámbito de estudio las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación: Ley Nacional 24240, Ley 26991, Ley 26992, Ley 26993, Ley 22802, Ley 25065, Ley 25997; Código Aeronáutico: Ley Nacional 19918, Ley Nacional 18829, Ley Provincial 6647, 5349, 7871 y sus decretos reglamentarios y reguladores nacionales y provinciales, así como numerosas resoluciones y disposiciones administrativas nacionales y provinciales de consumo, comercio, turismo, transporte y regulaciones municipales.

Esta profusión normativa en todos los niveles del Estado y en distintos derechos que crean diversas competencias, autoridades y controles sobre las relaciones de consumo turístico genera una importante viscosidad al momento de intervenir en la temática y promulgar una protección adecuada y eficiente de los consumidores turísticos.

Esta investigación nos ha permitido ratificar lo que afirmamos como partida respecto de que la realidad de las relaciones de consumo turísticos importa un campo de confluencia de distintas autoridades, normativas y formas de control de los distintos niveles nacionales, provinciales y municipales y pertenecientes tanto al Derecho Público como al Derecho Privado. Esta confluencia produce confusión normativa en el tratamiento de las relaciones de consumo turístico y contraste entre las autoridades y sus diversas formas de control.

Este fenómeno jurídico en materia de derechos del consumidor turista limita y degrada la calidad de la protección de esos derechos.

Nos hemos propuesto avanzar en este proyecto de investigación de carácter exploratorio a fin de demostrar la necesidad de conformar un área de estudio e investigación permanente dentro de nuestra Universidad que permita plantear e investigar el problema del Derecho del Consumo y del Consumidor con todas las implicancias que ello conlleva.

Nos propusimos una búsqueda de material documental normativo sobre el Derecho del Consumo y el Derecho del Turismo, primariamente toda la normativa aplicable en la provincia de Mendoza, estableciendo claramente la que se encuentra vigente y ordenarla con preferencia en el ámbito de las relaciones de consumo turísticas.

Revisamos la normativa nacional aplicable en Derecho del Consumidor y Turismo.

Han sido de importancia las prácticas de investigación en forma de entrevistas realizadas por los alumnos universitarios a operadores del sistema de turismo institucional provincial respecto de la vigencia de normativa no publicada y su aplicación a la resolución de casos administrativos de turismo y los criterios jurídicos administrativos aplicables en materia de consumo turístico.

El sistema de protección de consumidores y los consumidores turistas

El turista es habitualmente un consumidor en la definición y requisitos del art. 1 de la Ley 24240.

Esto es por la propia definición de turista, con la cual referimos a una persona que ingresa necesariamente en una relación de consumo vinculada con un proveedor o con múltiples proveedores que se interconectan en una relación de consumo con contratos conexos (ej.: agencias de turismo, transportistas, alojamiento, etc.).

El avance de los órganos de defensa del consumidor en materia administrativa sobre las materias propias del turismo se viene produciendo desde hace algunos años.

Desde la irrupción del Derecho del Consumidor en nuestro ordenamiento jurídico nacional en 1994 con la Ley Nacional 24240, y a nivel provincial en 1992 con la Ley 5547 en Mendoza, las relaciones turísticas (al igual que el resto de las relaciones jurídicas) se vieron trastocadas, en el sentido de alternadas y transformadas, por el alcance de los derechos que poseen las personas humanas.

La práctica turística estaba regida básicamente por el Derecho Administrativo en cuanto la regulación de las organizaciones económicas que lucraban con los consumidores. Y por el Derecho Civil y Comercial en cuanto a la contratación de los servicios turísticos, pero con una regulación normativa que fue estructurada cuando el concepto «turismo» era nulo o sumamente selectivo.

El Derecho del Consumidor apoyado en la reforma constitucional de 1994 (art. 42) y el reconocimiento y jerarquización que realiza de aquel logró filtrarse en todas las estructuras jurídicas tradicionales.

La estructura jurídica del Derecho del Consumidor crea a nivel nacional y local distintos órganos de control administrativo en defensa del consumidor a fin de aplicar y hacer efectivas esas normas protectivas.

En materia de turismo, los órganos de control administrativo, tanto federal como provincial, reparten competencias de control y de organización normativa conforme los artículos 75, inc. 13, y 121 de la Constitución Nacional.

Conforme la cláusula de reserva (art. 121 CN), las provincias conservan todo el poder no delegado en el Gobierno nacional y, al mismo tiempo, existe en la temática regulación con facultades concurrentes (art. 125 CN).

Por ello, en materia de turismo, se han dictado leyes y reglamentaciones, de aplicación en sus ámbitos territoriales, y que tienen por objeto la regulación de las empresas, actividades y profesiones turísticas que allí se desarrollen. «Entre ellas podemos enunciar: leyes provinciales de turismo, de alojamiento turístico, de turismo rural, de turismo de aventura, de turismo

termal, de turismo religioso, de profesionales en turismo, de guías, etc.»². La competencia de las provincias en materia de turismo es sumamente amplia. «... puede advertirse que la mayor parte de las provincias argentinas ha hecho mención a la actividad turística en sus textos constitucionales, atribuyendo competencias para su regulación en los respectivos territorios, y en otros casos destacando el papel relevante del turismo como actividad económica y social»³.

En materia de turismo las autoridades administrativas de control pueden ser nacionales o provinciales y se encuentran con una organización federal con competencias y facultades cruzadas, pero con regulaciones de los contratos turísticos privados por el Congreso Nacional mediante el Código Civil y Comercial de la Nación.

En materia de consumo, el control administrativo está fuertemente signado por la normativa nacional en cabeza de la Ley Nacional 24240, que dispone un plexo jurídico protectorio y competencias nacionales y provinciales en los órganos de control administrativo. Muchas provincias directamente han adherido a la Ley 24240. Mendoza es de las pocas provincias que ha sabido generar una ley que regule derechos en materia de sustancias y procedimientos especiales locales a cargo de las autoridades de control locales. Ciertamente cabe acotar que Mendoza tiene la primera legislación en materia de protección de consumidores dictada en el país, aun antes que la nacional.

Está claro que en materia judicial la organización es más clara y eficiente y la normativa constitucional y nacional, que es de orden público, ha ordenado muy bien los distintos aspectos. No obstante, queda la discusión planteada en el ámbito de CABA respecto del nuevo foro de consumo, pero propio de la complejidad de deslinde de competencias y jurisdicciones en ese ámbito territorial.

En la provincia de Mendoza vemos que el conflicto se presenta en cómo opera la autoridad administrativa de control respecto de los consumidores

2. Del Busto Eugenio (2018). «La distribución de competencias en materia turística en la República Argentina: especial mención a destinos turísticos de reciente desarrollo». *Revista Internacional de Derecho del Turismo. RIDETUR*, Año 2018, Vol. 2, Número 1, pág. 1-21. <http://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/ridetur/article/view/11014/10135>

3. Del Busto, ob. cit.

turistas, quienes al mismo tiempo deben ser tutelados por los órganos de control administrativos de turismo. Ello puede verse claramente respecto a las regulaciones que generan ambos órganos. Es el caso particular de los Libros de Queja o Reclamos que regulan y disponen tanto la Dirección de Defensa del Consumidor, por un lado, como el Ente de Turismo, por otro. El Libro de Defensa del Consumidor aplica a todos los consumidores, el de Turismo obviamente solo para consumidores turistas. Así, Turismo le exige a un restaurante (ej.: McDonald's) la exigencia de un libro que no puede ser el mismo Libro de Defensa del Consumidor.

Otro tema aparte merece el comentario del control múltiple (turismo - consumo - municipal) sobre servicios gastronómicos y alojamientos.

Esta es la confusión normativa y de competencias que vemos superpuesta innecesariamente en la defensa de los consumidores; pero que entendemos empieza con las regulaciones turísticas cruzadas entre Nación y Provincia. Nación habilita a agencias de turismo que debe controlar la provincia, sin poder establecer los requisitos, aunque posee el poder de controlar activamente el legajo de habilitación de las agencias.

La protección del consumidor turista

El control turístico tiene un doble comando evidente. Nación posee y exige un mayor control conforme la legislación nacional, y en la práctica se visualiza ello con ciertos resortes de control prominente (ej.: agencias de turismo). El reconocimiento oficial es solo nacional (Ley 18829 - Agentes de viajes), y su control y fiscalización solo delegable en las autoridades provinciales. Los municipios, excluidos del control.

La normativa de origen en el Derecho de Turismo respecto a la protección del consumidor turista es bien escasa y en todo caso de resorte nacional. Está claro que la pretendida «naturaleza» del derecho del turismo es más un resorte nacional que local. Esto puede entenderse en la historia con la Ley 19918 (Adhesión al Convenio Internacional sobre Contratos de Viajes, Bruselas, 23 de abril de 1970), vigente a la fecha, al ser un fenómeno económico desconocido en el reparto de competencias entre provincias y nación. Pero, a todas luces, ese esquema ha ido quedando insuficiente para la protección de un sector de los consumidores que poseen problemáticas muy específicas y puntuales, en el sentido de que las normas nacionales se advierten fundamentalmente reguladoras o promotoras de la actividad

económica del turismo y con la mínima regulación necesaria para que esa actividad eminentemente privada tenga el mínimo control público. De allí que advertimos cierta renuencia del Derecho del Turismo respecto de los principios jurídicos impuestos por el Derecho del Consumidor. Las normativas provinciales, ciertamente escasas y algo desordenadas, continúan esa línea. En los convenios existentes entre la Nación y las provincias puede verse esta impronta jurídica.

El límite ha estado en que las asociaciones de consumidores y los organismos administrativos de control de las normas de defensa del Consumidor se han ido involucrando en forma creciente ante la inacción desde el ámbito turístico. De esta forma, abruptamente el Derecho del Consumidor ha invadido sin más el ámbito del Derecho del Turismo. Circunstancia que le ha ocurrido a numerosos derechos, como Derecho Financiero y Bancario, Salud, Ambiente, Administrativo (servicios públicos, comunicaciones, etc.), y obviamente el más receptivo, el Civil y Comercial, cuyas normas tardaron en aceptarse desde la sanción de la Ley 24240 en 1992. Recién estamos comenzando, aunque no parezca.

El Derecho del Consumidor es un derecho transversal que corta tangencialmente todos los ordenamientos jurídicos, sin discriminar normas públicas y privadas, produciendo un giro copernicano en el esquema de valoración y análisis de los derechos en juego.

La ley de turismo, todavía vigente, Ley 18829, data del año 1970, rige hasta la actualidad, se dedicó a regular las agencias de turismo y su impronta es clara en cuanto a la potestad del Estado nacional. En su artículo 9 expresa qué organismo nacional de aplicación de la norma tiene la facultad de «inspeccionar y verificar en todo el territorio de la República, por intermedio de sus funcionarios debidamente acreditados, el cumplimiento de las leyes, reglamentaciones y resoluciones que rigen la actividad turística».

El organismo público nacional está facultado por ley para «inspeccionar los libros y documentos de los responsables, levantar actas de comprobación de las infracciones, efectuar intimaciones, promover investigaciones, solicitar el envío de toda documentación que se considere necesaria, promover acciones judiciales, solicitar órdenes de allanamiento y requerir el auxilio de la fuerza pública». Y se prevé que esas funciones se podrán «delegar» en las «autoridades provinciales».

Esa potestad nacional en la materia de turismo se visualiza claramente también en Turismo receptivo, Turismo estudiantil y Tiempo compartido.

La Ley Nacional de Turismo 25997 del año 2005 no es muy distinta en su impronta. Da marco a la conformación del sector: Comité Interministerial de Facilitación Turística, Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación, Consejo Federal de Turismo, Instituto Nacional de Promoción Turística, Régimen Financiero, Fondo Nacional de Turismo, incentivos de fomento turístico, programa nacional de inversiones turísticas, turismo social, infracciones y sanciones y disposiciones complementarias.

La protección al turista en la Ley 25997 está reservada en un solo artículo y solo a procedimientos. Establece un precepto delegativo en la autoridad de aplicación de la norma para «instrumentar normativas de procedimientos eficaces tendientes a la protección de los derechos del turista y a la prevención y solución de conflictos en los ámbitos mencionados». Muy limitado. De protección, poco y nada. Y en la realidad no ha existido una labor consecuente de esa autoridad de aplicación en la protección del consumidor turista. Increíble pensar que las normas de turismo no pueden visualizar que no protegen la fuente misma de la existencia del turismo en Argentina: los turistas. Triste.

La Ley 25997 en eminentemente económica, lo que le interesa es fortalecer la actividad turística como «prioritaria» dentro de las políticas de Estado, «estratégica y esencial para el desarrollo del país».

La norma más preocupada en el lineamiento productivista y de explotación económica acentúa la importancia de la «actividad de exportación no tradicional para la generación de divisas, resultando la actividad privada una aliada estratégica del Estado».

El objetivo que define la ley es el «fomento, el desarrollo, la promoción y la regulación de la actividad turística y del recurso turismo», la «creación, conservación, protección y aprovechamiento de los recursos y atractivos turísticos nacionales, resguardando el desarrollo sostenible y sustentable y la optimización de la calidad, estableciendo los mecanismos de participación y concertación de los sectores público y privado en la actividad».

Total ausencia de reconocimiento de los derechos del consumidor turista y de mecanismos ciertos y reales de protección del consumidor turista. Y por ende falta profundizar una regulación y control serio y responsable,

con rasgo preventivo, de los actores turísticos que explotan la actividad económica al parecer solo en su beneficio.

Se advierte una falta al menos de reenvío a las normas de consumidores (Ley 24240).

Lo dicho es a efectos de demostrar que las facultades provinciales de los órganos de turismo son delegadas por esas normas. De todas maneras, podría buscarse sustento de control en las facultades municipales de control de higiene y seguridad, códigos de edificación y construcción, y las provinciales de ordenamiento territorial, tributarias y consumo.

Competencias en Derecho del Consumidor

La competencia en materia de consumo es concurrente entre Nación y provincia. Vale la aclaración.

Las normas más tradicionales, como lealtad comercial, han previsto su aplicación fundamentalmente en organismos locales provinciales conforme el artículo 13 de la Ley 22802.

Las normativas del núcleo integrado de Derecho del Consumo –Derecho del Consumidor y Usuario en sentido estricto (Ley 24240, Ley Provincial Mendoza 5547)– encuentran su integración normativa necesaria por imperativo constitucional (art. 42 CN) y legal de orden público (art. 3 Ley 24240). Estas son Lealtad Comercial (Ley 22802), Abastecimiento (Ley 20680), integrada con la Ley 26991 (Nueva regulación de las relaciones de producción y consumo), modificatoria de la anterior, pero con nuevos aspectos de importancia regulatorios diferenciados. Ley 26993 (Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo) y Ley 26992 (Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios), la importante Ley 25068 (Tarjetas de crédito), Ley 25380 (indicaciones de procedencia y denominación), entre otras.

La Ley 24240 tiene un sistema de competencias separadas y concurrentes. Esto es que las autoridades locales ejercen las facultades de control y sancionatorias para el cumplimiento de la normativa nacional de orden público, sin necesaria delegación de la Nación, pero la Nación se reserva esa concurrencia posible, no necesaria, en los ejidos locales. El tema de la jurisdicción de CABA es todo un tema de superposición de competencias

que no permite analizarlo en este punto y en este momento. En el caso de la provincia de Mendoza existe la Ley 5547 (BOMza 20/09/1990), primera normativa de Derecho del Consumidor dictada en toda Argentina, que prevé aspectos sustanciales regulatorios de avanzada que no poseen otras normas provinciales. Es más, la mayoría de las normas provinciales son meramente procesales, regulando aspectos formales.

Las leyes 20680 (Abastecimiento) y 26991 (Nueva regulación de las relaciones de producción y consumo) son básicamente leyes de potestad del Gobierno Federal en su concepción. La Ley 26991 morigeró ese aspecto de la Ley 20680 en artículo 3, previendo que solo respeta establecer temporalmente «precios máximos y las pertinentes medidas complementarias» y, entretanto, el Poder Ejecutivo Nacional o el organismo nacional de aplicación no los establecieron y dando cuenta de inmediato a este último, las autoridades máximas locales (gobernadores, jefe CABA) podrán fijar en sus jurisdicciones.

El artículo 15 de la norma comentada destaca esta preeminencia de la Nación en cuanto a la regulación de las relaciones económicas y los mercados y su afectación sobre los derechos e intereses de los nacionales. Establece las sanciones de clausura e inhabilitación especial para ejercer el comercio o la función pública que serán impuestas, en CABA por el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal y en las provincias por el juez federal correspondiente. Todo a petición de la autoridad de aplicación que designa el Ejecutivo Nacional quien aplica además sanciones.

Esta estructura es similar a las normas de turismo, aunque el punto es que en turismo tienden más a exhibir normas mínimamente regulatorias de la actividad de turismo. Se visualiza en esas normas una especial consideración del aspecto económico del turismo y la necesidad de su fomento, más que de la protección de los turistas.

Ciertamente destaca como norma más protectora la de Turismo Estudiantil y la de Tiempo Compartido (Ley 26356 - Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido y reglamentaciones), regulada hoy principalmente en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN Libro Cuarto Derechos Reales, Título VI Conjuntos inmobiliarios, Capítulo 2: Tiempo compartido, artículos 2087/2112). La regulación del CCyCN deja en claro su vinculación e integración con el Derecho del Consumidor en su artículo 2100: «Relación de consumo. La relación entre el propietario, emprendedor,

comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales».

Las normas turísticas son básicamente regulatorias de una actividad económica, descansando alguna de ellas en su faz protectora del consumidor en las normas propias de nuestro ecosistema legal de consumo.

Control previo y seguridad del consumidor turista

Ahora, ¿los órganos administrativos nacional y local de control de turismo tienen solo facultades regulatorias de la actividad de turismo? ¿Desentendiéndose de las facultades del contralor y sanción por el daño al turista? Al parecer queda en el ánimo de la norma un decante ante el perjuicio al turista por los reclamos particulares que se realicen judicialmente por vía civil y comercial. Vemos que así se ha desarrollado el sistema normativo de turismo, poca seguridad preventiva para el consumidor turista.

Por ello las asociaciones de defensa del consumidor y los órganos de control administrativo de la Ley 24240 han debido avanzar en los últimos años, asumiendo el control y sanción de las problemáticas más puntuales del turismo: agencias de turismo, sus idóneos y turismo estudiantil.

Las normas del CCyCN, como sabemos, en materia de consumo han venido a plasmar los desarrollos jurídicos de la Ley 24240 en lo que hace a las relaciones jurídicas entre privados. Y en parte a limitarla con alguna de sus reformas discutibles como la del art. 1371 segunda parte, 1372, 1373 CCyCN, que reducen legalmente la responsabilidad del hotelero frente al consumidor turista, y ciertamente por la reforma de la figura del «consumidor expuesto» del anterior art. 1 de la Ley 24.240 reformada, en cuanto entendemos que esas reformas afectan el principio de progresividad constitucionalidad y convencional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, art. 26 Convención Americana DH). Queda mucho en ello para analizar, pero este no es el lugar. Igualmente, no debemos nunca olvidar que la recepción en el Código Civil de los derechos de los consumidores lo es en función de las relaciones de consumo privadas. Hay todo un ámbito de derecho público regulado por el Derecho del Consumidor (Ley 24240 y demás normas integradas como vimos) que escapa al control del CCyCN. El control de las agencias de turismo, sus idóneos y su responsabilidad administrativa y respecto de la seguridad de los consumidores. Lo mismo ocurre en materia de

transporte de pasajeros turístico, obviamente el turismo estudiantil como un consumidor altamente vulnerable.

El entramado del Derecho del Consumidor y del Usuario en materia turística es ciertamente muy complejo e involucra normas de derecho público y privado.

Es necesaria una mayor complementación en el control administrativo nacional, provincial y municipal tanto en órganos y competencias de turismo, consumidor y municipalidades, sin descontar aspectos centrales como transporte, con la complejidad local y federal que posee su organización para proteger integralmente a los consumidores turísticos.

El conflicto se presenta por cuanto el control previo sobre las agencias de turismo es básicamente competencia de los órganos administrativos nacionales y provinciales de turismo. Los órganos de Defensa del Consumidor pueden controlar preventivamente, pero para una labor más eficiente requieren coordinar con turismo. Ante la falta habitual de ello, les queda solo reaccionar ante una denuncia.

Control y sanción desde los órganos de consumo

Para comprender la problemática. Un caso puntual bajo análisis:

En la provincia de Mendoza tal situación fue planteada y surge clara de la Resolución 90 (28 de mayo de 2015 – BOMza 17,18,19/2/2016) de la Dirección de Defensa del Consumidor (Expediente 184-D-2015-00112, y sus acumulados Expedientes 709-D-2015-00112, 1036-D-2015-00112, 1037-D-2015-00112, 1039-D-2015-00112, 1299-D-2015-00112 y 320-D-2015-00112) donde se tramitaron distintas infracciones administrativas contra la empresa Arcos Mendocinos S.A. (McDonald`s).

Conforme el artículo 48 de la Ley Provincial de Defensa del Consumidor 5547 y la Ley Nacional 24240, esa dirección es competente para entender en la resolución de ese procedimiento administrativo.

La competencia de la dirección está dada para entender en toda infracción que vulnere las normas protectoras del consumidor o usuario, con facultades suficientes para conocer y decidir, en sede administrativa, de oficio o por denuncias de consumidores o usuarios sobre las infracciones que

afecten los derechos individuales o colectivos de consumidores o usuarios, reconocidos en otras normas distintas a las normas troncales indicadas.

En esas actuaciones se tramitaron distintas infracciones de distintos locales de Arcos Mendocinos (titular y administradora de los locales de comidas rápidas MacDonal`d`s), a saber: 1) la no exhibición al público del libro de quejas debido a que no existe dicho libro en el local; 2) el libro de quejas no rubricado recién se exhibió ante el requerimiento de los inspectores de esta Dirección; 3) en otro caso se limita a exhibir un libro de actas, no rubricado, e informa que el libro de quejas se encontraba en la administración; 4) falta de exhibición del Decálogo del Consumidor (artículo 44 bis de la Ley 5547); 5) no figura en el ticket de compra el teléfono 0800 de la Dirección de Defensa del Consumidor conforme imperativo legal de la Ley 5547; 6) falta de exhibición de los medios de pago especificados en la Resolución 133/2014 de la Dirección de Defensa del Consumidor; 7) falta de exhibición e información de medios de pago en el local.

Respecto del punto que nos convoca en su descargo la accionada señaló «... que la acumulación resulta procedente por cuanto en dichas actuaciones, ante el requerimiento del libro de quejas, se exhibió el libro de quejas rubricado por ante la Subsecretaría de Turismo, lo que fue rechazado por los inspectores de la Dirección de Defensa del Consumidor».

Arcos Dorados solicitó que la dirección se expida sobre la validez del libro de quejas rubricado y habilitado por la Subsecretaría de Turismo y, en su caso, si debe contar con ambos libros o si puede suprimir uno de ellos. Considerando que, más allá de lo que se resuelva, las imputaciones no pueden derivar en infracción alguna. Y solicita la acumulación de actuaciones iniciadas con el labrado de otra acta de inspección 115 con el expediente que se inició a raíz del acta de inspección Serie C 225. Indica que la acumulación es procedente en razón de que, ante el requerimiento del Libro de Quejas, se exhibió en ambos locales el libro de quejas rubricado por la Subsecretaría de Turismo, lo que fue rechazado por los inspectores.

Considera que la duplicación de libros, con un mismo objeto, requeridos por dos organismos dependientes funcional y jerárquicamente de un mismo poder, determina un accionar de la Administración que genera en la infraccionada una razonable incertidumbre y, más grave aún, la colocan en un estado de presunta infracción.

Solicita que la Dirección se expida sobre la validez del libro de quejas rubricado y habilitado por la Subsecretaría de Turismo y, en su caso, si debe contar con ambos libros o si puede suprimir uno de ellos.

La resolución que resuelve el entuerto planteado respecto del posible conflicto de competencias administrativas sancionatorias analiza primero la normativa de aplicación al caso.

La normativa primigenia que regulaba la exigencia de un Libro de Quejas surgía del artículo 1 de la Resolución 158/2013 de la Dirección de Defensa del Consumidor (BOMza 17/10/2013); señalaba: «Las empresas prestadoras de servicios y comercios en general, comprendidos en la Ley Provincial 5547, deberán habilitar un libro de registro de quejas en donde consumidores y usuarios podrán asentar sus reclamos».

El artículo 2 disponía: «El libro de registro de quejas deberá ser habilitado anualmente por la autoridad de aplicación de la Ley Provincial 5547, mediante la foliatura de sus hojas, las cuales serán cien, y la rúbrica del director de dicha autoridad de aplicación, en la primera y última hoja del mismo con indicación de la fecha, todo previo pago del canon correspondiente fijado por la Ley Impositiva del año en curso, la nueva homologación, corresponderá una vez, agotadas todas las hojas del libro de registro de quejas o de su vencimiento anual, lo primera, que acontezca. Los proveedores comprendidos en el artículo 1 de la presente resolución deberán archivar los libros de registro de quejas ya no vigentes por el período de tres años».

Al haber sido publicada en el Boletín Oficial en fecha 17/10/2013, se tornó exigible, a partir de dicha fecha, siendo que la sumariada debió contar con un Libro de Quejas debidamente rubricado por esa Dirección.

Las actas de infracción han sido confeccionadas por los inspectores en los meses de septiembre, noviembre y diciembre del año 2014 y en los meses de enero y febrero de 2015, por cuanto se pondera en la resolución que el plazo transcurrido para que la firma infraccionada se adecuara a la normativa ha sido más que razonable.

Posteriormente la Resolución 13/2014, dictada por la Dirección de Defensa del Consumidor (BOMza 15/10/2014), renovó, actualizó y perfeccionó la exigencia, confirmando la obligación que imponía la Resolución 158/2013.

El artículo 5 de esa Resolución DDC 13/14 consagra que «los obligados, comprendidos en el artículo I, deberán habilitar un Libro de Quejas, Defensa del Consumidor, en donde consumidores y usuarios podrán asentar sus reclamos».

Por su parte, el artículo 7 de la resolución mencionada dispone que «el Libro de Quejas deberá ser habilitado anualmente, por esta Autoridad de Aplicación, mediante la verificación de la foliatura de sus hojas y la rúbrica del director de esta Autoridad de Aplicación en la primera y última hoja del mismo, con indicación de la fecha, todo, previo pago del canon correspondiente fijado por la Ley Impositiva del año en curso».

También es importante remarcar la obligación de exhibición que impone el artículo 8 de la Resolución referida al disponer que «el Libro de Quejas, Defensa del Consumidor, deberá encontrarse siempre en lugar visible para el público en general en el sector de Atención al Cliente, en caso de ausencia por espacio del sector específico, siempre sobre el mostrador de atención y debidamente señalizado dentro del local comercial».

La norma se encuentra vigente con una breve modificación por la Resolución 5/2019, que básicamente transcribe nuevamente la anterior redacción de la Resolución DDC 13/14, modificándola para ampliar el decálogo sancionatorio en favor de los proveedores infraccionados. Ello al prever un sistema amplio de multa (sin una gravedad y monto mínimo asignado por a la resolución), permitiendo multas menores a la existente y hasta aplicar el apercibimiento. La resolución 13/14 especificaba al respecto: «Artículo XIII. El incumplimiento formal de alguna de las obligaciones establecidas en la presente Resolución, por parte de los obligados, comprendidos en el Artículo I, se sancionará con multa (art. 57, inc. b, de la Ley Provincial 5547) mínima de pesos siete mil (\$ 7.000) sin perjuicio de los agravantes y graduación de la sanción conforme la Ley Provincial 5547 y Ley Nacional 24240. Se aplicará sanción de multa por cada incumplimiento formal que se detecte».

La modificación permite un régimen sancionatorio más benigno para los proveedores con un mayor margen discrecional. Así la reforma expresa: «Artículo 13. El incumplimiento formal de alguna de las obligaciones establecidas en la presente Resolución, por parte de los obligados comprendidos en el Artículo 1, se sancionará con alguna de las penas previstas en el

art. 57 de la Ley Provincial 5547, sin perjuicio de contemplar los atenuantes y agravantes correspondientes, previstos en la Ley Provincial 5547 y en la Ley Nacional 24240, a efectos de graduar la sanción a aplicar».

Sin perjuicio de ello, la resolución ponderaba que la sumariada planteaba, en sus descargos, que la duplicación de libros determina un accionar de la Administración que genera una razonable incertidumbre y, más grave aún, la colocan en un estado de presunta infracción. Y solicitaba que la autoridad administrativa (Dirección) se expidiera sobre la validez del libro de quejas rubricado y habilitado por la Subsecretaría de Turismo y, en su caso, si debe contar con ambos libros o si puede suprimir uno de ellos.

La resolución comentada recordaba para resolver el entuerto que resulta importante citar lo dispuesto por el artículo 9 de la Resolución 13/14 de la DDC, que permanece en la Res. 5/2019. Este artículo señala, en su parte pertinente, que «... la existencia de otras formas o procedimientos de reclamos, denuncias o quejas dispuesto por partes de otros organismos públicos, sean reguladores, nacionales, provinciales o municipales o por procedimientos internos de la empresa o de los obligados por mecanismos de responsabilidad social empresaria o por la actividad regulatoria a la que están sometidos, nunca podrán ser justificativos que puedan usarse como fundamento para no cumplir con la presente reglamentación. El incumplimiento del presente por parte del obligado acarreará sanción».

Es decir que la exigencia formulada por el Ministerio de Turismo respecto de que el comercio cuente con Libros de Queja no puede constituir una excusa válida que exima a la firma Arcos Mendocinos S.A. de contar con el Libro de Quejas, debidamente rubricado por la Dirección de Defensa del Consumidor, en la sede de cada uno de sus locales comerciales

De ninguna manera compete a la Dirección de Defensa del Consumidor pronunciarse sobre la validez del Libro de Quejas que exige el Ministerio de Turismo de la provincia. Su validez o no, en su caso, deberá ser planteada por la sumariada por la vía judicial correspondiente.

Igualmente, cualquier proveedor que desarrolle sus actividades dentro de la provincia de Mendoza se ve alcanzado por esa exigencia legal administrativa de la Resolución 13/2014.

Por lo expuesto, la sumariada debe contar con el Libro de Quejas que primeramente exigió la Resolución 158/2013 y que luego confirma la Resolución 13/2014 de esta Dirección, actual 5/2019.

El caso puntual bajo análisis es en definitiva que existen dos órganos administrativos que poseen competencias concurrentes sobre cierto círculo de consumidores.

Así en el Convenio con Mendoza de fecha 27/03/1982, que la Nación ha publicado como vigente, que es similar a los demás con otras provincias, surge en su cláusula tercera que se compromete (sic) no se obliga a: a) Remitir copia del certificado de habilitación de los Agentes de Viajes que se autoricen dentro de su territorio, la cual en un plazo no mayor a dos días (2) hábiles lo pondrán en conocimiento de los interesados; b) Comunicar toda modificación que indique una alteración a la declaración original por la que se otorgó la licencia habilitante a un Agente de Viajes y cualquier otro acto que involucre la sustitución de los agentes responsables; c) «Requerir» a la autoridad provincial, en todos los casos de presentación de solicitudes de habilitación de locales o de mostradores de venta por parte de los Agentes de Viajes, certificación sobre la adaptación de los mismos a las exigencias de la Ley 18829; d) Prestar asistencia técnica en la capacitación del personal que desempeñe las funciones de fiscalización e instrucción sumarial; e) Efectuar inspecciones periódicas de «supervisión y contralor» (sic) de las funciones asumidas por la provincia con el objeto de mantener permanentemente un criterio uniforme sobre la aplicación de la Ley 18829.

El análisis producido nos lleva a insistir en la necesidad de controles concurrentes entre organismos públicos de turismo y defensa del consumidor, en todos los niveles.

Obligaciones formales de Defensa del Consumidor en agencias o locales vinculados a Turismo Estudiantil

Un caso es el resuelto contra la firma Travel Rock, de Turismo Estudiantil, por incumplimiento de obligaciones formales originadas en normas protectoras del Consumidor.

La resolución 139 (04/08/2015) fue publicada en el BOMza 03/03/2016 (Expte. 710-D 2015-00112 caratulado «Dirección de Defensa del Consumidor contra Travel Rock S.A.»), sancionada por el incumplimiento del Libro de Quejas rubricado por la Dirección de Defensa del Consumidor (Resolución 13/2014) y falta de la impresión del número de teléfono 0800 de Defensa del Consumidor en el ticket (artículo 44, Ley 5547 y Ley 7538).

La resolución señala que los artículos 1 y 2 de la Ley Provincial 7538 determinan que en las facturas y tickets a consumidor final emitidos en la provincia de Mendoza deberá estar impreso en forma legible y destacada el número de teléfono gratuito de la Dirección de Fiscalización, Control y Defensa del Consumidor. La impresión deberá consignar el siguiente texto: «Defensa del Consumidor Mza. 0800 222 6678». La Resolución 27/14 DDC establece en su artículo 1 la forma de impresión de dicha leyenda.

Las infracciones en materia de consumo son de carácter formal, prescindiendo para su configuración del elemento subjetivo como la culpa o el dolo, y que la firma accionada haya corregido su accionar, subsanado la impresión de su facturación con la información requerida, no obsta a que la infracción haya quedado configurada al momento del acta.

Asimismo, señala que, respecto de la exigencia de Libros de Quejas en el turismo, resulta de aplicación el artículo 5 de la Resolución 13/14, que establece que toda persona, física o jurídica, de naturaleza pública o privada, inclusive todas las relacionadas al turismo, conforme a los alcances de la Ley Provincial 5547, y la Ley Nacional 24240, están obligadas a habilitar un Libro de Quejas, Defensa del Consumidor, en donde consumidores y usuarios podrán asentar sus reclamos.

El artículo 7 de la Resolución mencionada dispone: «El Libro de Quejas deberá ser habilitado anualmente por esta Autoridad de Aplicación», y la obligación de exhibición al público turista que impone el artículo 8 de la Resolución.

No prevén la actuación local, solo la Nación posee esas potestades y marginalmente prevén algún supuesto muy complejo de aplicar.

Agencias de Turismo

Otro antecedente de la jurisprudencia administrativa lo vemos en Mendoza en los casos «Caldenia Viajes y Turismo» y «Segallini Tours», los cuales fueron hechos resonantes en los medios locales⁴. Hechos que demostraban la desprotección de los turistas ante la falta de control eficiente y oportuno y la intervención adecuada de los organismos de turismo.

4. <https://www.mendozapost.com/nota/14316-como-contratar-un-viaje-y-no-ser-estafado-en-el-intento/>

El caso «Segallini Tours» tuvo dos resoluciones iniciales de la autoridad administrativa de consumo de junio y agosto de 2015.

La Resolución 100 (04/06/2015) fue publicada en el BOMza 26/02/2016 (Expediente 928-D-2015-00112 y sus acumulados expedientes 928-D-2015-00112, 930-D-2015-00112, 931-D-2015-00112, 932-D-2015-00112, 933-D-2015-00112, 934-D-2015-00112 y 935-D-2015-00112, contra la firma Segallini Tours, empresa de viajes y turismo, Leg. 11397, de propiedad de la Sra. Silvia Carmen Perviú). En ellos encontramos una pluralidad de acciones (denuncias administrativas de consumidores turistas) en contra de la firma Segallini Tours, por haber incurrido en una mala prestación de servicios turísticos, con una serie de incumplimientos en los que incurre la firma Segallini Tours, empresa de viajes y turismo, habilitada con el Legajo nacional 11397. Todos los denunciados fueron afectados por la empresa denunciada por incumplimiento de los paquetes turísticos adquiridos.

La autoridad de Defensa del Consumidor analiza su competencia y alcance protectorio señalando que la actividad turística es hoy comercializada por el agente que organiza y vende los denominados «paquetes turísticos o viajes combinados» que se ofrecen a cambio de un precio global y que incluye un conjunto de prestaciones: transporte, alojamiento y otros servicios complementarios que en general son prestados por terceras empresas vinculadas al agente (tercerización de servicios por medio de contratos conexos).

Resulta de aplicación la Ley 18829 y su Decreto reglamentario 2182/72, que regulan la actuación de los agentes de viajes; y en su relación con los usuarios las leyes 24240, 24999 y 26361, como así también la Ley Provincial 5547. Argentina ha adherido mediante Ley 19918 al Convenio Internacional sobre Contratos de Viaje, celebrado en Bruselas en 1970, de aplicación obligatoria, sin perjuicio de las legislaciones especiales que establezcan disposiciones más favorables para los viajeros.

Entiende el organismo que siempre el objetivo ha sido el de asegurar al turista o viajero una protección jurídica, mínima, mediante el establecimiento de reglas uniformes.

En lo que concierne a la Ley de Defensa del Consumidor, se advierte que ella resulta una herramienta de importancia en la protección del usuario en aspectos tales como la información (artículo 46, Ley 24240), la integración publicitaria del contrato (artículo 8 de la Ley 24.240), la nulidad de las cláusulas abusivas (artículo 37 de la Ley 24240), el trato digno y evitar

prácticas abusivas (artículo 8 bis de la Ley 26361), etc. Incluidos en la protección al consumo: las relaciones de consumo del servicio turístico (artículo 42 CN, y artículo 1 de la Ley 26361) para viaje personal o familiar, es decir, las realizadas fuera del marco de la actividad empresarial. (Gherzi, Carlos Alberto, *Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo*, Buenos Aires: La Ley 2009, pág. 655 y 656).

Surge que las relaciones que han vinculado a la sumariada en la resolución analizada con los distintos denunciados han sido típicas relaciones de consumo, lo que justifica la competencia de la Dirección de Defensa del Consumidor de la provincia de Mendoza para fiscalizar la legalidad de las situaciones denunciadas.

Las pruebas valoradas por la autoridad administrativa ponderan las distintas relaciones de consumo conforme cada denunciado.

Así en el denunciado Melian se señala que el problema con la agencia de turismo comenzó desde un principio ya que originariamente habían realizado la reserva de turismo nacional con un paquete a Mar del Plata, con dos meses de antelación para su salida, y que arbitrariamente la agencia le cambió la fecha de salida y unos días antes de dicha fecha impuesta por la agencia se la volvieron a cambiar.

Luego detalla los inconvenientes en la ejecución de la prestación de consumo: en Mar del Plata la agencia no efectúa los depósitos correspondientes en el hotel contratado, por lo que estuvieron más de tres horas en el colectivo a la espera de ser ubicados en otro hotel. Que se los aloja en un hotel de menor categoría con graves deficiencias y que no les fueron entregados los vouchers de la cena en tiempo y forma. El precio se encontraba abonado.

En esa causa la autoridad le labró acta de infracción 1303 en la que se le imputa por violación del artículo 20 de la Ley provincial 5547 por la presunta mala prestación de los servicios turísticos convenidos, y del artículo 36 de la Ley 5547 concordante con el artículo 7 de la Ley 24240 por el incumplimiento de la oferta.

En el caso de Arrieta, se denuncia que el pactado viaje a Mar del Plata sufre reprogramaciones arbitrarias de la agencia. El ómnibus nunca retiró a los denunciados y otros pasajeros. Se encontraba abonando el precio pactado. Se imputa por violación del artículo 20 de la Ley 5547, por la presunta mala prestación de los servicios turísticos convenidos, y del artículo 36 de

la Ley 5547, concordante con el artículo 7 de la Ley 24240, por el incumplimiento de la oferta. Tejada denuncia lo mismo que denunció Arrieta. Existe copia de la solicitud de reserva en la que puede verificarse que el viaje a Mar del Plata estaba previsto para el día 18/02/2015 y el regreso para el día 27/02/2015. También allí se indica que cada pasaje tenía un costo de \$ 2.990 y que viajaban seis (6) pasajeros. Asimismo, se observa que el monto total del viaje ascendía a la suma de \$ 17.940 y que se abonaron \$ 15.990, restando por pagar la suma de \$ 1.950. Se imputa violación del artículo 20 de la Ley 5547 por la presunta mala interpretación de los servicios turísticos convenidos, y del artículo 36 de la Ley 5547, concordante con el artículo 7 de la Ley 24.240, por el incumplimiento de la oferta.

En el resto de los casos las circunstancias son las mismas, paquetes de viajes de turismo a Mar del Plata, con alojamiento y comidas, abonados en su totalidad o con pagos parciales al día, conforme contratación.

La resolución verifica que el incumplimiento del viaje se realiza, y afecta a más de sesenta (60) personas.

En la totalidad de los expedientes analizados se confeccionaron actas de infracción por medio de las cuales se le imputó a la agencia de turismo Segallini Tours la violación del artículo 20 de la Ley 5547 en razón de que habría incurrido en una mala prestación de servicios turísticos, y la presunta violación del artículo 36 de la Ley 5547, concordante con el artículo 7 de la Ley 24240, por el posible incumplimiento de oferta.

El artículo 20 de la Ley 5547 prescribe: «Quienes presten servicios de cualquier naturaleza a usuarios según el criterio del artículo 2 de la presente ley están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hubieren ofrecido, publicitado o convenido con el usuario la prestación del mismo».

Se encuentra acreditada la violación al artículo 20 de la Ley 5547 ya que la circunstancia de no haber cumplido con los paquetes turísticos contratados en las fechas estipuladas demuestra, por sí sola, la mala prestación de servicios imputada.

La imputación de haber violado el artículo 36 de la Ley 5547, concordante con el artículo 7 de la Ley 24240, merece una conclusión diferente a la anterior. Se debe tener presente que el artículo 36 de la Ley 5547 dispone que: «La oferta, promoción y publicidad de bienes o servicios se ajustarán

a su naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad. Las características objetivas del bien o del servicio y las condiciones de garantía ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado en el documento o comprobante recibido». Por su parte, el artículo 7 de la Ley 24240 consagra que: «La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones».

El órgano protectorio analiza en su resolución: «... aquí lo que se discute no es un problema de oferta sino un tema de incumplimiento contractual que queda subsumido en la figura de la mala prestación de servicios regulada en el artículo 20 de la Ley 5547. Que dicha norma imponía la obligación al proveedor de respetar los términos, plazos, condiciones modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hubieren ofrecido, publicitado o convenido con el usuario la prestación del mismo». «Es claro que la fecha de partida, los hoteles contratados, el transporte a utilizar, los restaurantes, etc., son todas condiciones y modalidades que se convinieron libremente entre la sumariada y cada uno de los denunciantes».

Entendiendo con ello que la «imputación de violación al artículo 36 de la Ley 5547, concordante con el artículo 7 de la Ley 24240 queda subsumida dentro de la infracción al artículo 20 de la Ley 5547».

El controlador analiza que el artículo 57 de la Ley 5547 dispone que: «Las infracciones a la presente ley serán reprimidas con las siguientes penas: a) clausura temporal o definitiva, dispuesta por la autoridad de aplicación, en los casos y conforme a las disposiciones legales vigentes; b) las multas que fije, anualmente, la Ley Impositiva Provincial; c) decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción; d) suspensión del servicio afectado por un plazo de treinta (30) días; e) caducidad de la concesión del servicio o revocación de la autorización para la utilización de bienes o del espacio aéreo del estado provincial o municipal; f) inhabilitación de hasta cinco (5) años para el ejercicio de la actividad; g) suspensión de hasta cinco (5) años en el registro de proveedores del Estado; h) publicación de la resolución sancionatoria a costa del infractor; i) apercibimiento».

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 24240 señala que: «Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente,

según resulte de las circunstancias del caso: a) Apercibimiento. b) Multa de Pesos cien (\$ 100) a Pesos cinco millones (\$ 5.000.000). c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción. d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días. e) Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado. f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare...».

A efectos de graduar la sanción por aplicar, el artículo 49 de la Ley 24240 consagra que: «En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho...».

Nos detenemos en ello porque esta es la primera sanción de Defensa del Consumidor en materia de turismo que impone no solo la clausura del local de la agencia de turismo, sino que, en conjunto, aplica una sanción de habilitación a su titular para la actividad, ya que que el artículo 47 de la Ley 24240 dispone que las sanciones puedan ser aplicadas conjuntamente y, en el caso que nos ocupa, dicha decisión se justifica por la magnitud de la infracción cometida por la sumariada.

El juzgador administrativo entiende que a ello lo lleva la conducta y antecedentes del encausado, por cuanto existe reiteración de conducta perjudicial a los consumidores.

Se encuentra acreditado el perjuicio económico sufrido por los denunciados al no haberse realizado los viajes contratados. Dicho perjuicio es equivalente al indebido beneficio económico obtenido por la denunciada, ya que se ha enriquecido sin causa debido a que no se brindaron los servicios contratados. El monto referido no contempla los daños sufridos por alojamientos en un hotel de menor jerarquía y por haber tenido problemas con los vouchers para poder cenar en los restaurantes contratados, perjuicio sufrido (caso Burruto) a quien se le cancela arbitrariamente el viaje a Europa contratado.

La autoridad de consumo considera probado, debido a la cantidad de consumidores perjudicados, que el incumplimiento en el que ha incurrido la

sumariada es de una extrema gravedad, puesto que ha tenido una repercusión generalizada. Y la «actitud vergonzosa que ha tenido la sumariada ya que no ha dado ninguna explicación a los consumidores perjudicados, lo que se traduce en un trato indigno para con ellos».

Por ello la autoridad protectora de consumo conviene en aplicar una «sanción de clausura a fin de eliminar la posibilidad de que las prácticas comerciales abusivas y de mala fe realizadas por el comercio denunciado perjudiquen a una mayor cantidad de consumidores y que la Sra. Silvia Carmen Perviú no tiene idoneidad suficiente para ejercer la actividad turística, por los fundamentos explicados anteriormente [...] con una sanción de inhabilitación para ejercer el comercio, de conformidad con lo prescripto en el artículo 57, inc. f), de la Ley 5547, por la violación del artículo 20 de la Ley 5547 en función de las consideraciones realizadas precedentemente».

La prueba de la información recibida por el consumidor turista

La Resolución DDC 36-02681 (30/04/2016 - Expediente 2681-D-2014-00112, caratulado «Sanfilippo Graciela Paula c/TTS Viajes – Iberia», Agencia de Viajes y Turismo TTS Viajes) se articula por falta de información adecuada relativa a la adquisición de dos pasajes con destino a Catania - Italia.

En la denuncia los consumidores informan que se les niega el embarque en el sector de Ezeiza para tomar el vuelo internacional por no haber concurrido con las tres horas antelación debida, circunstancia que la agencia de viaje TTS Viajes no informa a las pasajeras, razón por la cual debieron adquirir nuevos pasajes para continuar la ruta aérea.

Niega TTS Viajes que hubiera omitido informar a las denunciadas que debían presentarse para viajar a Madrid tres horas antes de la partida, niega que sea responsabilidad de TTS Viajes que las denunciadas se presentaran para embarcar el vuelo a Madrid sin la debida antelación. TTS Viajes entiende que brindó a las denunciadas la información detallada y suficiente sobre el viaje Ezeiza - Madrid: informando oportunamente las Condiciones Generales y en especial haber informado la antelación que debían presentarse a embarcar el vuelo hacia Madrid y asistiéndolas en los web check-in que le permitían embarcar hasta 55 minutos antes de la partida.

La agencia proveedora entiende que el hecho decisivo es que se ha omitido maliciosamente por las denunciadas que ellas recibieron impreso el web check-in. Del cual surge indudablemente que podrían presentarse a entregar equipaje hasta 55 minutos antes de la salida del vuelo adjuntando. Entendiendo que el reclamo de las denunciadas debería ser dirigido exclusivamente contra Iberia al haber informado al consumidor en su check-in con la empresa que podían presentarse hasta 55 minutos antes de la salida del vuelo.

En ello la resolución de Defensa del Consumidor se plantea que existen dos situaciones puntuales a resolver: 1) si la sumariada da cumplimiento o no con su deber de información determinado en el artículo 40 de la Ley 5547 y artículo 4 de la Ley 24240 y 2) el actuar de la empresa Iberia, atento a las dichas de las denunciadas en cuanto al horario de presentación para el embarque.

En relación con la obligación de información, la agencia de turismo expone en su descargo que dio cabal cumplimiento con el deber de información para con las consumidoras, toda vez que estas reconocieran haber recibido las condiciones generales y en especial la antelación con la que debían presentarse a embarcar.

Por su parte las consumidoras denunciadas exponen haber recibido las condiciones generales, pero no haber sido informadas sobre el horario en el cual presentarse en el aeropuerto previo a la salida de su vuelo.

De las condiciones generales aludidas obrantes no surge el plazo de antelación con el cual deben presentarse en el aeropuerto previo a la partida de su vuelo.

La Ley 24240 marca como deber del proveedor del servicio dar cumplimiento de este deber de información y por lo tanto es quien debe acreditar en autos tal extremo, más aún por la negativa expuesta por las denunciadas, quienes de haber reconocido haber sido informadas al respecto, eximirían de prueba a la sumariada, pero no es el caso.

No consta que la agencia hubiera realizado el web check-in de las denunciadas e informado el horario de presentación o que sea el documento ofrecido en autos el que la agencia hubiera entregado a las denunciadas. No es información proveída por la agencia de viajes, es de la empresa aérea; no obstante, sería un atenuante en el caso que el web check-in efectivamente lo hubiera realizado la agencia de viajes y provea ese documento al pasajero.

El deber de informar la antelación previa de presentación en aeropuertos corresponde para todos los vuelos que la agencia comercialice y en el caso concreto querría demostrar que le habían advertido mediante la entrega del documento emanado del web check-in a estas pasajeras. Pero, ¿qué ocurriría si no se opta por el servicio de web check-in? Se entiende que no surgiría por escrito que se informa el horario de presentación, debido a que las condiciones generales no hacen referencia alguna.

La reseña «55 minutos antes de la salida del vuelo cierran los mostradores de recogida de equipaje» no es suficientemente determinante e instructiva en cuanto al horario en el cual debería presentarse el pasajero en el aeropuerto. Solo se indica el plazo máximo de recogida de equipaje, el cual puede llegar a tener relación con el de presentación, pero no de modo determinante.

La Ley Provincial 5547 como la Ley Nacional 24240 determinan que la información sobre el servicio tiene que ser cierta, eficaz clara, detallada, veraz y suficiente.

El juzgador administrativo de consumo entiende que ello no sucede en el caso en estudio, inclusive con la reseña aludida, a diferencia por ejemplo de la información de vuelo obrante sobre los viajes que debieron adquirir las denunciantes para solucionar la pérdida del vuelo en El Corte Inglés. En ella se indica expresamente horario de presentación en mostrador («... y presentarse en el mostrador de facturación para obtener la tarjeta de embarque con la antelación mínima exigida por la compañía aérea –generalmente una hora antes en vuelos nacionales y dos horas en los internacionales–»). Por lo tanto, lo que se endilga a la agencia de viajes proveedora y sumariada es que no surge en autos haber cumplido con su deber de informar de acuerdo a lo prescripto legalmente.

Se recuerda que la aplicación de la sanción de multa debe tener una finalidad coactiva, disuasiva y convincente, a fin de que el infractor desista y enmiende su conducta de vulneración de los derechos de los consumidores.

Trato digno al consumidor turista

Resolución 59 (14/04/2015 - Expediente 537-D-2015-00112 y sus acumulados Expedientes 652-D-2015-00112, 755-D-2015-00112, contra la agencia Caldenia Viajes y Turismo). BOMza 17/07/2015).

La resolución de referencia sienta el criterio de violación del trato digno del consumidor conforme el artículo 8 bis de la Ley 24240 de la circunstancia de cerrar el local y dejar en la más absoluta incertidumbre al denunciante representa un trato indigno para con este.

La conducta de la agencia de viaje importó un incumplimiento generalizado con los consumidores con los cuales había contratado. Las denuncias se formalizaron en turismo y en la Dirección de Defensa del Consumidor ante la falta de respuestas y siendo que las contrataciones eran sobre paquetes de viajes al exterior.

De las constancias del expediente surge que el Ministro de Turismo de la provincia de Mendoza, Lic. Javier Roberto Espina, interpuso una denuncia penal en contra de la titular de la agencia de viajes basándose en el carácter que ostenta de responsable técnico y titular de la agencia de viajes «Caldenia Viajes». Turismo realizó la denuncia penal, pero no activó mecanismos administrativos de intervención.

La Agencia de Viajes ha cerrado sus puertas y no contesta correos electrónicos ni llamadas telefónicas.

Los incumplimientos reiterados y generalizados, la falta de respuestas a los consumidores, la percepción del precio de los paquetes turísticos sin las prestaciones debidas ni devoluciones y la ausencia de los responsables de la agencia implicaron que la Dirección dispusiera la clausura de la agencia de viajes y sin perjuicio de la multa sobre la titular.

Algunas conclusiones

Existen otros casos que son posibles analizar en función del control y sanción administrativa de los proveedores del sector turístico en función de los derechos de los consumidores.

Por ejemplo, Resolución 183/17 (Expte. 3943-D-2016-00112 «Gravitours empresa de viajes y turismo» BOMza 17/01/2018), Resolución 184/2017 (Expediente 3944-D-2016-00112, en el cual obran las actuaciones sumariales contra la firma «Gravitours» - BOMza 26-12-2017) y Resolución 46/2018 («Gravitours» expediente 3786-D-2016-00112, BOMza 25/02/2018).

Resolución 182/2017 (Expediente 5442-M-2011-60204 «Aguas Termales

Viajes y Turismo» - BOMza 26/01/2018); Resolución 295/15 (BOMza 26/01/2018 - Carlos Perez Viajes y turismo SRL); Resolución 14/2018 (Expediente 3831-d-2016-00112 caratulado «Macfam viajes y turismo de María Gabriela» - BOMza 17/01/2018); Resolución 53/2018 (Expediente EX-2017-00098182-GDEMZA-MESAYAS#MGTYJ caratulado «Sun Travel» - BOMza 13/08/2018); Resolución 105/2018 (Empresa de Viajes y Turismo Freedom Travel Expediente Pieza Principal 2829-Z-2013-00112 y sus acumulados expte. 3598-T-2013-00112; 3364-P-2013-00112; 2171-D-2014-00112; 477-D-2014-00112; 2052-D-2014-00112; 2061-D-2014-00112; 2060-D-2014-00112; 2059-D-2014-00112; 2055-D-2014-00112; 2058-D-2014-00112; 542-D-2014-00112; 2168-D-2014-00112; 785-D-2014-00112; 714-D-2014-00112; 713-D-2014-00112; 471-D-2014-00112; 2053-D-2014-00112; 2169-D-2014-00112; 195-D-2014-00112; 1411-D-2014-00112; 2154-D-2014-00112; 68-D-2015-00112; 1289-D-2014-00112; 2155-D-2014-00112, - BOMza 27/07/2018). Todas denuncias del año 2013.

Se advierte lo expresado en el sentido de que los órganos administrativos de Consumo reaccionan a las denuncias de consumidores, asumiendo plena competencia sancionatoria sobre las agencias de turismo. Frente a un repliegue de las funciones de prevención y contralor de los proveedores turísticos. La ausencia de prácticas preventivas que provean a la seguridad de los consumidores es una deuda en la temática.

Anexo Digesto vigente para Mendoza

Aquí se ubica el producto directo de la investigación con el Digesto desarrollado en el marco de la investigación en materia de Derecho del Consumidor Turista vigente para la provincia de Mendoza.

1. Leyes nacionales

Decreto-Ley 18828. Hotelería. Reglamentación. Los establecimientos comerciales en zonas turísticas o comprendidas en planes nacionales de promoción del turismo y los que por sus características el órgano de aplicación declare de interés para el turista, que ofrezcan normalmente hospedaje o alojamiento en habitaciones amuebladas, por periodos no menores al de una pernoctación, a personas que no constituyan su domicilio permanente en ellos, quedan sujetos a la presente ley y a las normas que se dicten en su consecuencia, sin perjuicio de las reglamentaciones locales en cuanto no se les opongán. BON 19/11/1970.

Decreto-Ley 18829 - Agentes de viajes - Reglamentación de sus actividades. Modificación del art. 28 de la Ley 14574 de creación de la Dirección Nacional del Turismo. BO 19/11/1970.

Decreto-Ley 19918 - Adhesión Convenio Internacional sobre Contrato de Viaje - Sanción 31/10/1972 (BO 08/06/1972) - Extinción: 16/12/2009. Conforme publicación Ley 24080 - BO 18/06/92 (fuente: Infoleg).

Ley 22545 - Actualización de la Ley 18829 2602/1982 - Sanción 26/02/1982 - Agentes de Viajes - Ley 18829 - Modificación actualización de montos y sustitución de los artículos 8 y 13 de la ley 18829 - (BO 03/03/1982).

Ley 22802 - Lealtad Comercial. Publicidad - Comercialización - Envasado. Se derogan las leyes 17016, 17088 y 19982; los decretos que reglamentan las leyes citadas continuarán en vigor. Nuevo régimen. Nota: abrogada por el artículo 72 del Decreto 274/2019, BO 22/04/2019, página 3 (sin tratamiento en el Congreso). No obstante, se continuará tramitando las causas que estuvieran abiertas bajo la Ley 22802 y sus modificatorias a la fecha de entrada en vigencia del decreto citado precedentemente, bajo dicha norma (fuente: Infoleg). BON 11/05/1983.

Ley 24240 y modificatorias - Defensa del Consumidor. Régimen legal. Orden público. Normas de protección y defensa de los consumidores - Ámbito de aplicación - Autoridad de aplicación procedimientos y sanciones - Disposiciones finales. Promulgada y vetada parcialmente por Dec. 2089 del 13/10/93 - BON 15/10/1993.

Ley 24.314 - Sistema de protección integral de los discapacitados - Accesibilidad de personas con movilidad reducida. Modificación de la ley 22431. Promulgada de hecho el 8/4/94.

Ley 25065 - Normas que regulan diversos aspectos vinculados con el sistema de tarjetas de crédito, compra y débito. Relaciones entre el emisor y titular o usuario y entre el emisor y proveedor. Disposiciones Comunes. BON DEL 24/9/99.

Ley 25503. Actividad turística. Condición ante el IVA. BON 29/11/2001.

Ley 25997 Nacional de Turismo - Objeto y principios. Conformación del sector. Comité interministerial de facilitación turística. Secretaría de Turismo de la Presidencia de la Nación. Consejo federal de turismo. Instituto

nacional de promoción turística. Régimen financiero. Fondo nacional de turismo. Incentivos de fomento turístico. Programa nacional de inversiones turísticas. Protección al turista. Turismo social. Infracciones y sanciones. Disposiciones complementarias. Abrogación de las leyes 14574 y 25198, sus reglamentaciones y toda otra norma que se le oponga. BON 07/01/2005.

Ley 25599 - Agencias de viajes turísticos - Turismo Estudiantil - Modificación de la Ley 18345 - BON 11/01/2005.

Ley 25643 - Sistema de Protección Integral de las Personas con Discapacidad - Ley 24314 -Accesibilidad de personas con movilidad reducida. Determinase que las prestaciones de servicios turísticos deberán adecuarse a los criterios universales establecidos en la Ley 24314 y el Decreto reglamentario 914/97. Agencias de viajes. Obligatoriedad de información. BON 12/09/2002.

Ley 25651 - Texto a incluir en tickets o vouchers por incumplimiento - BO 03/10/2002.

Ley 26208 - Agencias de viajes Turísticos - Ley 25599 – Modificación - Turismo Estudiantil. Modificación de la Ley 25599. BON 17/01/2007.

Ley 26356- Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido - Sistemas Turísticos de tiempo compartido - Disposiciones generales - Medida que regula los sistemas turísticos de tiempo compartido. Disposiciones generales. Ámbito de aplicación. BON 25/03/2008.

Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994 (publicada en suplemento de BON. Vigencia: 1 de agosto de 2015, texto según Ley 27077 - BON 19/12/2014, fe de erratas: BON 10/10/2014, página 10).

-Contratos de consumo - Artículos 1092 a 1122.

-Tiempo de la locación - Artículo 1199.

-Tiempo compartido - Artículos 2087 a 2102.

-Depósito necesario - Artículos 1368/1375.

Ley 26991 - Nueva regulación de las relaciones de producción y consumo - Nueva regulación de las relaciones de producción y consumo - Ley 20680 - modificación - BON 19/09/2014.

Ley 26992 - Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios. Creación - BON 19/09/2014.

Ley 26993 - Servicio de conciliación previa en las relaciones de consumo (COPREC). Modificación de las leyes 24240 de defensa del consumidor; 22802 de lealtad comercial, 25156 de defensa de la competencia, 26853, 26589 de mediación y conciliación, ley de ministerios y decreto/ley 1285/58 - BON 19/09/2014.

Ley 27442. Ley de Defensa de la Competencia - BON 15/05/2018.

2. Decretos nacionales

Decreto Reglamentario 1798/1994. Defensa del Consumidor. Reglamentación. Apruébese la reglamentación de la Ley 24240. Se crea el registro nacional de asociaciones de consumidores. BON 18/10/1994.

Decreto 276/1998. Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. Creación del sistema nacional de arbitraje de consumo. Objeto. Tribunales arbitrales. Procedimiento. Oferta pública de arbitraje. Disposiciones complementarias. BON 13/03/1998.

Decreto 1013/2002 - Ley 25599 - Promulgación parcial. Obsérvate parcialmente el proyecto de ley 25599; en el resto, promúlguese - BO 14/06/2002.

Decreto 1297/2006. Reglamentación Ley Nacional de Turismo 25997 - BO 29/06/2006.

Decreto 760/2014. Reglamentación Ley 26356 - Designación - Autoridad de aplicación Ley 26875 - BO 21/05/2014.

Decreto DNU 274/2019. Lealtad Comercial. Productos y servicios comercializados en la República Argentina - Títulos I, II, III, IV, V, VI y VII del presente decreto tienen por objeto asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en la República Argentina a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado. A los fines de este decreto, se entiende por «mercado» al ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una (1) o más transacciones comerciales. Derogase la Ley 22802 y sus modificatorias. Derogase la Ley 22802 y sus modificatorias - BON 17/04/2019 - (Sin ratificación ni rechazo del Congreso).

3. Resoluciones nacionales

Resolución 141/82 - Secretaría de Turismo - Estructura Funcional y Modificaciones. Se derogan las normas vigentes a la fecha establecidas por las resoluciones 914/74, 217/75, 223/75, 327/76, 23/77, 1/78 y 444/78, respectivamente. Se fijan normas destinadas a facilitar el acceso y desenvolvimiento comercial de los agentes de viajes - BO 12/03/1982.

Resolución 1021/82 - Secretaría de Turismo - Constitución de Garantías - Normalizase distintos aspectos que tienen vinculación con la constitución de las garantías que deben cumplimentar los agentes de viajes. BO 13/10/1982.

Resolución 570/83 - Secretaría de Turismo - Fianza AAAYT - Determinase que la asociación argentina de agencias de viajes y turismo podrá constituirse en fiadora y principal pagadora de sus asociados en cumplimiento de las obligaciones establecidas por el artículo 6 de la Ley 18829 modificada por los artículos 3 y 7 de la Ley 22545 - BO 21/09/1983.

Resolución 763/92 - Secretaría de Turismo - Creación del Registro de idóneos - Adoptase medidas relacionadas con empresas que requieren el otorgamiento de licencia para actuar como agencias de viajes en el registro nacional por la Ley 18829.

Resolución 750/94 - Secretaría de Turismo - Mostradores de venta transitorios - Medidas en relación con la instalación de locales o mostradores de venta en lugares donde se realicen congresos, convenciones o manifestaciones de similar naturaleza - BO 18/10/1994.

Resolución 751/94 - Secretaría de Turismo - Actualización montos de garantía - Agentes de viajes. Fondo de garantía determinase el monto del fondo de garantía exigido por el artículo 6 de la Ley 18829, modificada por la Ley 22545. BO 29/09/1994.

Resolución 752/94 - Secretaría de Turismo - Responsabilidades del Idóneo. Funcionamiento de las agencias de viajes - BO 29/09/1994-

Resolución 50/95 - Secretaría de Turismo - Reempadronamiento de Agencias - Reempadronamiento general y obligatorio de los agentes de viajes y entidades sin fines de lucro inscriptos en el registro instituido por la Ley 18829, y adecuese los requisitos a exigirse para el otorgamiento de futuras licencias o autorizaciones - BO 07/09/1995.

Resolución 89/96 - Establece garantía para las E.S.F.L. - Constituir un fondo de garantía las entidades sin fines de lucro, en idénticas condiciones a las que poseen los agentes de viajes reconocidos - BO 23/02/1996.

Resolución 212/1998 - Secretaría de Industria, Comercio y Minería - Sistema Nacional de Arbitraje de consumo. Reglamentación - Reglamentación del Decreto 276/98: Sistema nacional de arbitraje. Objeto. Funciones. Registros. Árbitros. Opción. Rechazo sin límite. Proveedores no adheridos a la oferta pública. Presentación. Arbitraje de amigables componedores. Procedimiento. Arbitraje de derecho. Procedimiento. Procedimiento especial. Recursos. Oferta pública de adhesión al sistema nacional de arbitraje de consumo. Acuerdo arbitral. Control del sistema. BON 31/03/1998.

Resolución 906/1998. Secretaría de Industria, Comercio y Minería. Defensa del consumidor. Contratos escritos de consumo. Normas para su redacción. Textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generen derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, en los términos de la Ley 24240, y las informaciones que brinden por escrito los proveedores a los consumidores. Reglamenta el modo de informar el derecho de revocación según el artículo 34 de la Ley 24240. BON 07/01/1999.

Resolución 274/99 - Secretaría de Turismo - Régimen de Habilitaciones comunes y excepcionales - Normas sobre habilitación funcional de las agencias de turismo en locales o sitios donde desplieguen sus actividades - BO 29/07/1999.

Resolución 422/99 - Secretaría de Turismo - Caducidad por falta de Estructura Funcional - Procedimiento expeditivo de caducidad de la autorización administrativa, cuando se verifiquen cambios de domicilio o cesación de actividades de la agencia de viajes, sin la correspondiente intervención del registro oficial. BO 10/11/1999 - Observaciones: abrogada por resolución 816/2001, art. 6, Boletín Oficial 27/9/2001, pág. 11. se restablece su vigencia por Resolución 156/20003, art. 2, BO 3/11/2003, pág. 4.

Resolución 462/99 - Secretaría de Turismo - Dejase sin efecto el punto a) del art. 1 de Res. 173/95 - Déjese sin efecto el punto a) del art. 1 de la resolución nro. 173/95, que dispuso la constitución de una garantía operativa por parte de los organizadores de viajes usualmente denominados «todo incluido», «todo comprendido» o «chárter aeronáutico». BO 17/12/1999.

Resolución 256/2000 - Secretaría de Turismo - Modelo de Contrato - Aprobar el modelo de condiciones generales de contratación de servicios turísticos - BO 06/07/2000.

Resolución 257/2000 - Secretaría de Turismo - Venta y/o promoción vía internet - Declarase comprendida dentro de las actividades previstas por la Ley 18829 la comercialización de servicios turísticos que se produzca por medios informáticos - BO 05/07/2000.

Resolución 7/2002. Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor - Precios - Sistemas de información - Establécese el perfeccionamiento de los mecanismos que garantizan el derecho de los consumidores a recibir la más completa información acerca de los precios de los bienes y servicios que les son ofrecidos. Principios generales. Precios a exhibir. Financiación. Forma de la exhibición del precio. Bienes muebles. Servicios. Publicidad. Responsables de la financiación. Sistemas de ahorro previo. Excepciones. Casos particulares. Derógase las resoluciones 434/94 ex-sci, nro. 149/98 - sicym y nro. 224/2000 ex-sdcyc. BON 06/06/2002 - Modificada por Resolución 50/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor BO 13/11/2002; Resolución 85/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica BO 7/11/2003; Resolución 2/2005 de la Secretaría de Coordinación Técnica BO 12/12/2005;

Resolución 3/2006 de la Secretaría de Coordinación Técnica, BO 8/5/2006; Resolución 51/2017 de la Secretaría de Comercio BO 25/1/2017; Resolución 240/2017 de la Secretaría de Comercio BO 28/3/2017. Resolución 915/2017 de la Secretaría de Comercio BO 4/12/2017.

Resolución 53/2003 - Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del consumidor. Contratos de consumo. Cláusulas Abusivas. No podrán ser incluidas en los contratos de consumo, por ser opuestas a los criterios establecidos en el artículo 37 de la Ley 24240 y su reglamentación. BON 24/04/2003 - Modificada por Disposición 3/2003 Subsecretaría de Defensa de la Competencia y Defensa del Consumidor y por la Resolución 26/2003 Secretaría de Coordinación Técnica de Defensa del Consumidor. disp. nro. 3/2003 -derogación - res. nro.53/2003 mod.

Resolución 774/2003 - Secretaría de Turismo - AAVyT - Aplicación Resolución 763/92 - Requisito ineludible para ejercer la idoneidad técnica en turismo, la condición de profesionalidad obtenida en carreras específicas de turismo de nivel terciario o universitario, oficiales o privadas - BO 14/10/2003

Resolución 156/2003 - Secretaría de Turismo - Caducidad por falta de Estructura Funcional - Deja sin efecto la Resolución nro. 816/2001 y restablece en todos sus términos la vigencia de la resolución nro. 422/99, referida a la caducidad de licencias. BO 03/11/2003.

Resolución 263/2003 - Secretaría de Turismo - Incorporación etapa Presumarial - Incorporase una etapa pre-sumarial, como sistema de método alternativo a la solución de controversias entre turistas y agencias de turismo, derivadas de contratos turísticos celebrados entre las partes. BO 11/12/2003 - Aclaratoria -BO 18/03/2004, pág. 9. (Fuente: Infoleg).

Resolución 264/2003 - Secretaría de Turismo - Registro de infractores ley 18.829 - creación. Crease en el ámbito de la dirección nacional de modernización y competitividad un registro de los infractores al artículo 1 de la Ley 18829. BO 12/12/2003 - Aclaratoria - BO 18/03/2004 - pág. 9. (Fuente: Infoleg).

Resolución 23/2005 - Secretaría de Turismo - Establécese la implementación de un procedimiento sumarísimo de aplicación a los infractores al artículo 1 de la Ley 18829. BO 08/02/2005.

Resolución 166/2005 - Secretaría de Turismo - Caducidad de la licencia otorgada a aquellas agencias de viajes que registraren el descubierto total del fondo de garantía exigido por el artículo 6 de la Ley 18829 y el artículo 6 del Decreto reglamentario nro. 2182/72. (No se relaciona con sus antecedentes resoluciones 492/92 - 337/01 y 164/02 porque no se habrían publicado en el boletín oficial). BO 18/02/2005. (Fuente: Infoleg).

Resolución 102/2014 Secretaría de Turismo - Registro de agencias franquiciantes autorizadas (RAFA) - Agencia de Viajes - Turismo receptivo con viajeros del exterior. Créase en el ámbito del registro de agentes de viajes a cargo de esta Secretaría de Turismo de la Presidencia - BO 16/09/2005.

Resolución 23/2014. Reglamento de Turismo Estudiantil - Apruébese el «Reglamento de turismo estudiantil». Derogase las resoluciones nros. 237 del 15 de marzo de 2007, 61 del 6 de febrero de 2008 y 435 del 19 de junio de 2008, todas ellas de la ex Secretaría de Turismo entonces dependiente de Presidencia de la Nación, 271 del 21 de abril de 2009 de la entonces Secretaría de turismo del ex ministerio de producción y 143 del 6 de junio de 2012 del ministerio de turismo.

Resolución 23/2014. Ministerio de Turismo - Reglamento de Turismo Estudiantil - «Registro de agencias franquiciantes autorizadas (rafa)» - Creación. Crease en el ámbito de la Dirección de registro de agencias de viajes, dependiente de la Dirección nacional de calidad BO 26/06/2014.

Resolución 438/2015. Ministerio de Turismo - Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido - Registro de prestadores y establecimientos vacacionales afectados al sttc. Póngase en funcionamiento en el ámbito de la Dirección de registro de agencias de viajes, dependiente de la Dirección Nacional. BO 04/01/2016.

Resolución E 51/2017. Secretaría de Comercio. Ministerio de Producción. Diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta - prohibición. La prohibición de efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta, establecida en el inciso c) del artículo 37 de la Ley 25065, refiere a operaciones que se realizan en un único pago. en consecuencia, quienes comercialicen productos y/o servicios no podrán efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado o efectivo, o en un solo pago con tarjeta de débito, de compra, de crédito u otros medios electrónicos de pago. Sustituyese el artículo 4 de la Resolución 7 de fecha 3 de junio de 2002 de la ex Secretaría de la competencia, la Desregulación y defensa del consumidor del ex ministerio de economía - BON 25/01/2017.

4. Disposiciones nacionales

Disposición 3/2003 -derogación- res. Nro.53/2003 mod. Derogase la disposición nro. 3/2003 de la subsecretaría de defensa de la competencia y defensa del consumidor y modifícase la resolución de la ex Secretaría de la competencia, la desregulación y la defensa del consumidor nro. 53/2003, prorrogando el plazo establecido en el artículo 2º de la misma y definiendo las cláusulas consideradas abusivas en los contratos suscriptos por los consumidores y usuarios de bienes y servicios. BON 14/08/2003.

Disposición 663/2019 - Dirección Nacional de Defensa del Consumidor. Ministerio de Producción y Trabajo - Ventanilla Federal Única de Reclamos de Defensa del Consumidor. En el ámbito de la dirección nacional de defensa del consumidor de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo. BO 27/08/2019.

5. Leyes provinciales

Ley 5547 - Ley de Defensa del Consumidor Provincia de Mendoza. Régimen provincial - BOM 20/09/1990-

Ley 5497 - Profesionales de Turismo Mendoza (21 de diciembre de 1990) (ley general vigente) BO 5/01/1990.

Ley 7363 - Creación tribunales arbitrales consumo competencia reclamos consumidores ley nacional 24240 Protección Defensa procesos arbitrales -xi- justicia. BOM 24/05/2005.

Ley 7538 - Protección del consumidor Facturas y tickets a consumidor final emitidos en la Provincia de Mendoza deberá estar impreso en forma legible y destacada el número de teléfono gratuito. Derogase la Ley 7472 y sus modificatorias. BOM 30/06 2006.

Ley 8335- BOM 14/09/2011- Obligación de exhibir a la vista del consumidor en las instalaciones el texto de la Ley 5547 o ley que la sustituya.

Ley 8417 – Turismo Accesible - BOM 19/06/2012.

Ley 8845 - Creación ente Mendoza turismo EMETUR. BOM 07/04/2016.

Ley 9086 - Movilidad provincial transporte público, uber, pasajero, cargas, Secretaría servicios públicos - BOM 03/08/18.

6. Decretos provinciales - Mendoza

Decreto 3492/91 Reglamentario Ley 5547 Defensa del Consumidor - BOM 20/12/91.

7. Resoluciones provinciales - Mendoza

Resolución 401/94 Subsecretaría de Turismo - Conforme Ley 5349/88 y Decreto Reglamentario 3220/89 BOM 26/08/94.

Resolución 208/06 Subsecretaría de Turismo - Turismo Rural - conforme Ley 5349/89 y su Decreto Reglamentario 3220/90 - BOM 06/09/06.

Resolución 568/07 Subsecretaría de Turismo - Alojamiento turístico - modificada por la resolución 292/17 - BOM 18/12/07-

Resolución 523/12 Ministerio de Turismo - Enoturismo - solicita la modificación de la Resolución 187/08 - Conforme Ley 5349/88 y Decreto Reglamentario 3220/89 - BOM 11/10/12.

Resolución DDC 26/2014 - Defensa del Consumidor. Consultas y reclamos. Creación Call Center de Defensa del Consumidor a fin de dar cabal cumplimiento y eficacia a lo dispuesto por la Ley 7538. BOM 14-10-2014.

Resolución DDC 133/2014 - Defensa del Consumidor - Obligación de exhibición de Formas de pago. BOM 05-01-2015.

Resolución DDC 26/2015 - Defensa del Consumidor. Derechos de consumidores. Obligaciones de proveedores de servicios de guarda y/o custodia de vehículos en forma gratuita u onerosa. Estacionamientos. Playas de estacionamiento. BOM 04-05-2015.

Resolución DDC 102/2015 - Atención y Trato Indigno del Consumidor y del Usuario. Tiempo de espera para la atención al público BOM 23/06/2015.

Resolución DDC 120/15 - Defensa del Consumidor. Provincia de Mendoza. Servicio Administrativo de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC Mendoza). Su creación. BOM 20/07/2015.

Resolución 292/17 EMETUR (Ente Mendoza Turismo) - Modificación Resolución 568/07 - Alojamiento Petito Hotel – Modalidad Lodge - BOM 19/09/17.

Resolución 5/2019 Defensa del Consumidor - Quejas, Denuncias y Reclamos. Reglamenta Libros de Quejas de Defensa del Consumidor. Encargado de la Atención de Quejas, Denuncias y Reclamos de Consumidores y Usuarios. Deja sin efecto la Resolución 13/2014 de la Dirección de Defensa del Consumidor - BOM 11/01/2019.

Resolución 292/19 EMETUR (Ente Mendoza Turismo). Reglamenta los Medios de Transporte de Personas por Cable en los Centros de Esquí y Parques de Nieve - BOM 27/05/19.

Resolución 413/19. EMETUR (Ente Mendoza Turismo) Ley 9086, sistema de gestión de lista de pasajeros on line, donde se registrará la Planilla Única de Pasajeros de las Agencias de Viajes y Turismo y de las Empresas de Viajes y Turismo - BOM 21/08/19.

Resolución 293/19 EMETUR (Ente Mendoza Turismo). Incorporación de la actividad «Canopy o Tirolesa», al Turismo de Aventura, vigente, promulgada 23/05/2019 - BOM 27/05/2019.

8. Aclaración. Derogadas

Como resultado propio de esta investigación se indican no solo las normas vigentes, sino que como aporte para resolver problemas de aplicación

normativa de los operadores jurídicos –que hemos detectado. Se indican a continuación las normas derogadas que pueden dar a confusión en su aplicación conforme se ha verificado en esta investigación.

Ley 5349 - Regulación actividad turística (crea Subsecretaría de Turismo).

Ley 7480 - Servicio de Transporte Turístico - Modifica Ley 6082 derogada por Ley 9086 (art. 91) de Movilidad (está en página web <http://www.turismo.mendoza.gov.ar/normativa-legal/> 29.09.2019) ley derogada por la Ley 9086 en su art. 91 - BOM 30/01/2006.

Resolución 41/93 - Servicios de alojamientos turísticos (mencionada por Resolución 568/07) BOM 23/02/93 - Derogada por la Resolución 568/07.

Resolución 042/93 - BOM 23/02/93 - Reglamenta la actividad de los servicios de alimentación. Turismo. Derogada por la resolución 401/94 BO 26/08/94.

Resolución 492/96 - Turismo Aventura - Reglamenta las actividades de turismo de aventura y/o no convencional - Conforme Ley 5349/88 y Decreto Reglamentario 3220/89 - Derogada por la res 293/19. Informada en página web oficial <http://www.turismo.mendoza.gov.ar/normativa-legal/29.09.2019>

Resolución 478/98 - Servicios de alojamientos turísticos (mencionada x Resolución 568/07) - no vigente derogada por la res 568/07.

Resolución 479/98 - Servicios de alojamientos turísticos (mencionada x Resolución 568/07) - Derogada por la Res 568/07.

Resolución 569/07 Turismo - Registro de propiedades de alquiler temporario - BOM 19/12/07. Derogada por Ley 7863.

Resolución 282/12 (26 de junio de 2012) - Reglamentación para Centros de Esquí y Parques de Nieve de los Medios de Transporte de Personas por Cable - Ministerio de Turismo - Derogada por la Resolución 293/19.

Nota aclaratoria: no se incluyen las normas de transportes vinculadas al consumo turístico por cuanto importan una problemática específica muy particular, de agudo debate actual en el Derecho del Consumidor, vinculada al transporte aéreo conforme la redacción del actual art. 63 de la Ley

24240. Preferimos desglosar toda la temática del transporte de consumo turístico (aéreo, terrestre, ferroviario, marítimo) para focalizarla en una ulterior etapa y separada.

Bibliografía

- Agoglia, María Martha (2007). «Responsabilidad en el turismo». Derecho del Turismo. <http://derechodelturismo.net/ver/157/turismo-y-responsabilidad> [10.05.19 on line].
- AA.VV. (Barreiro, Karina coord.) (2008). *Protección legal del turista en el derecho comparado*. Colección Derecho del Turismo. Buenos Aires: Ladevi.
- Barreiro, Karina (2006). «El derecho del consumidor y las agencias de viaje. Perspectivas y Previsiones frente al cambio». Derecho del Turismo. <http://derechodelturismo.net/ver/30/el-derecho-del-consumidor-y-las-agencias-de-viajes-> [10.05.19 on line].
- Benítez, Diego (coord.) (2010). *Derecho del turismo iberoamericano*. Libros en Red. www.librosenred.com [10.05.19 on line].
- Canteros, Mónica A. (s/f) «Empresas de Turismo y Derecho del Consumidor». Universidad Nacional del Nordeste. <http://eco.unne.edu.ar/revista/03/01.pdf> [10.05.19 on line].
- Casanova Ferro, Gonzalo (2007). *Derecho y Turismo*. Buenos Aires: Ediciones Turísticas.
- Corchero, Miguel (2008). *Derecho del Turismo. Conceptos fundamentales*. Madrid: Iustel.
- De Borja Solé, Luis; Casanovas Pla, Josep Andreu; Bosch Camprubí, Ramón (2002). *El consumidor turístico*. Madrid: ESIC.
- Farina, Juan (2004). *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires: Astrea.
- Farina, Juan (1994). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández, Gustavo Néstor (2017). «La responsabilidad del hotelero por el servicio de cajas de seguridad y objetos dejados en custodia». Turismo y derecho. <https://www.turismoyderecho.com.ar/la-responsabilidad-del-hotelero-por-el-servicio-de-cajas-de-seguridad-y-objetos-dejados-en-custodia-por-gustavo-nestor-fernandez/> [21.04.20 on line].

- Fernández, Gustavo Néstor (s/f). «El contrato de hospedaje en la legislación argentina». Turismo y derecho. https://www.turismoyderecho.com.ar/wp-content/uploads/2018/03/Capitulo_Tratado.pdf [10.03.2019 on line].
- Fernández, Gustavo Néstor (2003). *Manual de Derecho Hotelero y Turístico*. Vol. I y II. Santa Fe: Quorum.
- Ferández Rodríguez, Carmen (2010). *Derecho Administrativo del Turismo*. Barcelona: Editorial Marcial Pons.
- Folchi, Mario O (1999). *Política turística argentina, turismo y transporte aéreo*. Buenos Aires: Ladevi.
- Garrido Cordobera, Lidia (s/f). «La protección del consumidor turista en Argentina: sus derechos a la luz del ordenamiento vigente». Derecho UBA. www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/garrido-cordobera-la-proteccion-del-consumidor-turista-en-argentina-sus-derechos-a-la-luz-del-ordenamiento-vigente.pdf [10.03.2019 on line].
- Kemelmajer de Carlucci, Aída; Benítez, Diego y otros (2003). *Turismo, Derecho y Economía Regional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (1993). «El contrato de turismo», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 3. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, Ricardo Luis; Schotz, Gustavo Juan (coords.) (2003). *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Ábaco.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (2009). *Consumidores*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier Hernán (2008). *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Martínez, Claudia Madrid (2012). «Servicios, turismo y la protección del consumidor: una mirada desde el derecho internacional privado interamericano» En *Derecho internacional, mundialización y gobernanza* (pp. 353-38). Jornadas de la ASADIP, Lima, noviembre de 2012. CIAC, ASADIP, CEDEP.
- Melgosa Arcos, Francisco (coord.) (2004). *Derecho y Turismo*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Molinari, Cecilia (2019). «Responsabilidad de las agencias de viajes». Turismo y derecho. <https://www.turismoyderecho.com.ar/>

- responsabilidad-de-las-agencias-de-viajes-por-cecilia-molinari/
[10.03.2019 on line].
- Paniza Fullana, Antonia (2017). *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Ruiz-Rico Ruiz, José M. (2011). *Introducción al derecho turístico*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Rusconi, Dante (coordi.) (2009). *Manual de derecho del consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Silvestre, Norma; Echevesti, Carlos (2006). *Responsabilidad civil de las agencias de viajes*. Buenos Aires: La Ley.
- Schulter, Regina; Winter, Gabriel (1994). *La Agencia de Viajes y Turismo*. Buenos Aires: Fundación Universidad Hernandarias.
- Stiglitz, Gabriel A. (septiembre 1991). *Derecho del consumidor 1*. Rosario: Juris.
- Stiglitz, Gabriel A. (abril 1992). *Derecho del consumidor 2*. Rosario: Juris.
- Stiglitz, Gabriel A. (enero 1993). *Derecho del consumidor 3*. Rosario: Juris.
- Stiglitz, Gabriel A. (marzo 1994). *Derecho del consumidor 4*. Rosario: Juris.
- Stiglitz, Gabriel A. (noviembre 1994). *Derecho del consumidor 5*. Rosario: Juris.
- Stiglitz, Gabriel A. (febrero 1994). *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca.
- Stiglitz, Gabriel A.; Stiglitz, Rubén (febrero 1994). *Derechos y defensa de los consumidores*. Buenos Aires: La Rocca.
- Stiglitz, Gabriel (septiembre 1997). *Reglas para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Rosario: Juris.
- Vázquez Ferreira, Roberto (octubre 1994). *Protección y Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Depalma.
- Weingarten, Cecilia; Ghersi, Carlos (2000). *Contrato de Turismo. Derechos y obligaciones de la empresa de turismo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Wallingre, Noemí (2003). *Transporte aéreo en Turismo*. Buenos Aires: Ediciones Turísticas.

ENSEÑANZA ACTUAL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Palabras clave: derecho y economía, enseñanza AED, guías de clase, de jurisprudencia, de casos Prácticos y de lecturas.

Integrantes

Director: María Josefina Tavano
Docentes investigadores: María José Aredes,
María Elena Bombasaro, Carolina Martina
Alumna: Rocío Moyano

Índice

Resumen	3
Hipótesis del problema	3
Hipótesis de trabajo	4
Objetivos	4
1. Objetivo general	4
2. Objetivos específicos	4
Realización y evaluación de actividades	4
1. Primer trimestre	4
2. Segundo trimestre	6
3. Tercer trimestre	6
4. Cuarto trimestre	7
Autoevaluación	8
Transferencia de los resultados	9
Utilización de los recursos	9
Principales resultados de la investigación	9
Otros resultados	9

Resumen

La asignatura Análisis Económico del Derecho (AED) comenzó su dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Congreso en el año 2004, siendo la primera cátedra del interior del país y la segunda en la formación de grado del país, junto con la Universidad Di Tella.

La investigación pretende facilitar la enseñanza de grado de la asignatura AED, de la cual la UC ha sido pionera. En lo teórico, se apoya en el desarrollo de material para el estudio del programa de AED: tres monografías. En lo práctico, consta de ocho guías de clases, un cuadernillo de jurisprudencia de casos en los que es evidente la aplicación del AED y otro de casos cotidianos publicados (por distintos medios) para aplicar soluciones de AED. Se agregó un tercer cuadernillo, no programado, destinado a mejorar la comprensión lectora. Finalmente, se habilitó un aula virtual para la enseñanza de AED en un 30% de la asignatura, con la intención de poder desarrollar, eventualmente, un curso a distancia en el futuro.

Hipótesis del problema

La enseñanza del AED presenta distintas dificultades, tal vez la principal sea la falta de material adecuado, debidamente mediado para la enseñanza y el estudio de la asignatura. Por otra parte, gran parte del material disponible se encuentra en idioma inglés, o está disponible sin mediación alguna.

La enseñanza hasta ahora se ha realizado con el material publicado en distintos medios por la directora del proyecto, y con la selección de textos coordinados de otros autores.

El problema actual es que el material publicado, y aplicado al derecho argentino, no cubre toda la asignatura, y parte del existente se encuentra desactualizado luego de la sanción del CCCNac. Por tanto, es necesario completar y actualizar tal material, agregándole el desarrollo de aplicaciones prácticas que ya existen y se hacen cada día más notorias. Por otra parte, existe la posibilidad técnica de desarrollar en la facultad un aula virtual para la enseñanza, con la intención futura de desarrollar un programa de enseñanza del AED útil para aplicar a otras sedes de la Universidad de Congreso.

Hipótesis de trabajo

El desarrollo de material de aplicación práctica facilitará el estudio de la asignatura de AED, especialmente si se utiliza material teórico completo, debidamente actualizado.

Objetivos

1. Objetivo general

Mejorar la enseñanza y el aprendizaje de la asignatura AED.

2. Objetivos específicos

- Incrementar el interés de los alumnos.
- Desarrollar la capacidad para aplicar conocimientos teóricos a la realidad circundante.
- Facilitar la capacidad para resolver conflictos o problemas.
- Desarrollar métodos de enseñanza virtuales.

Realización y evaluación de actividades

1. Primer trimestre

Tal cual lo planificado se proyectaron dos tipos de encuestas: una cualitativa y otra cuantitativa. Ambas se volcaron en datos, cantidades y gráficos.

Las encuestas fueron tomadas a alumnos vía mail y en la última mesa de exámenes a los alumnos que rindieron y a los que estuvieron presentes en dicho momento. Se volcaron todas las manifestaciones de los alumnos encuestados tal cual las expresaron. Sería deseable poder realizar a los próximos alumnos las encuestas a fin de evaluar el resultado del material elaborado.

Las encuestas fueron anónimas, salvo las que se recibieron por mail, pero fueron recibidas por la asistente, a fin de mantener dicho anonimato, con la intención de que los alumnos expusieran todos sus puntos de vista sin reserva alguna.

La muestra fue de veinticinco alumnos, y tal como se dijo se espera poder ampliarla.

Los datos fueron procesados por el equipo. De lo esencial, es de destacar que, en la encuesta cualitativa, el 30% indica que lo que más le gustó de la materia fue razonar de otra manera, mientras que el 37% indicó que fueron los temas específicos de la materia. Por tanto, los temas y el modo de razonamiento fue lo que gustó al 67% de los alumnos, lo que demuestra que la temática es de su interés.

Pero, entre lo que menos les gustó, el 33% manifestó que fue el material de estudio. Con lo cual confirmamos nuestra hipótesis de trabajo de la dificultad del material disponible para el estudio.

Cuando se los interrogó respecto de lo que le faltó a la materia, la crítica fue para los profesores y para la claridad del material, lo que sumó un 30%. Finalmente, el 36% manifestó que nada le sobró a la materia, mientras que el 16% entendió que le sobró textos del cuadernillo del que disponen actualmente para estudiar. Ello indica que los alumnos no leen todo el material disponible, a pesar de que no cubre todo el programa. Esto nos alertó sobre el problema en la comprensión de textos, que suponemos no solo son de los correspondientes a la asignatura sino a los textos en general.

En la encuesta cuantitativa cabe destacar que el 87% expresó que el material de estudio no fue claro, y el 43% que estudió por el cuadernillo estructurado por la cátedra; mientras que el 52% ha estudiado por apuntes, suyos o prestados. El gran motivo nuevamente es la falta de claridad (32%) y la falta de sistematización (30%). Es de destacar que el cuadernillo de la cátedra contiene trabajos de doctrina de distintos autores. Se seleccionaron los más sencillos y más completos; no obstante, no son entendidos ni leídos en su totalidad.

La dificultad al momento de estudiar la materia vuelve a recaer en el material de estudio; pues un 42% lo considera de difícil comprensión.

Como conclusión puede decirse que tanto la encuesta cualitativa como la cuantitativa revelan la enorme dificultad en el material de estudio de la asignatura. Finalmente, el 90% considera que le resultaría de utilidad un manual específico de AED, y el 70 % manifiesta que debería actualizarse el material con el nuevo Código Civil y Comercial.

Se abrió al aula virtual de AED.

2. Segundo trimestre

Se siguió trabajando sobre el aula virtual de AED en la plataforma Moodle de la Universidad. Fue la primera aula virtual de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Apenas iniciada, incluso estaba como parte de la Facultad de Medicina; sin embargo, en forma inmediata, a pedido de la Cátedra, quedó separada y ubicada en la Facultad de Ciencias Jurídicas.

A fin de facilitar el acceso al material existente, se comenzaron a elaborar «Guías de Clases». Así se presentaron las primeras cinco guías de clase. Con ellas se pretende facilitar la lectura previa a la clase, a fin de trabajar con las guías en la clase y trabajar los puntos que resultan de difícil comprensión. Son también un instrumento para inducir a la discusión crítica de los textos.

Para la Unidad I, se prepararon dos guías, y se presentaron también en este informe las de las Unidades III y IV.

Asimismo, se comenzó a recolectar casos a los que se puede aplicar los conceptos aprendidos en AED. Se adjuntaron también dos trabajos publicados por la Dra. Tavano: uno que renueva algunos conceptos sobre AED y otro en el que se demuestra que el CCCNac aplica concretamente metodología de AED para regular ciertos institutos en nuestro derecho.

La página del aula virtual se puso a disposición de los alumnos, y desde EE. UU. se subió un video del Profesor Guido Calabresi especialmente dedicado a nuestros alumnos y en respuesta a un mensaje que ellos le enviaron.

3. Tercer trimestre

Se terminaron las «Guías de Clases» faltantes, correspondientes a las unidades II, V, y VII. Se trata, como ya se dijo, de guías sobre trabajos que son de lectura obligatoria para los alumnos. Con ellas se pretende facilitar la lectura previa a la clase, a fin de trabajar con las guías en las clases y facilitar la comprensión de los temas que resultan más complejos. Son también un instrumento para inducir a la discusión crítica de los textos.

Las unidades II y VII son las que, según las encuestas, presentan mayores dificultades para los alumnos. Asimismo, se trabajó para obtener la bibliografía sobre fallos jurisprudenciales que pueden ser analizados conforme al instrumental propio del AED.

La página del aula virtual se siguió actualizando.

4. Cuarto trimestre

Durante este último trimestre se eligieron los fallos y casos que pueden ser trabajados durante el desarrollo de un semestre lectivo de AED.

Se ha elaborado un cuadernillo de jurisprudencia, un cuadernillo de casos y un cuadernillo de lectura, con sus respectivas guías. Se trata de guías para aprender a leer fallos, artículos periodísticos y doctrinales en general y para leer y trabajar artículos específicos de AED.

Cabe destacar que las guías de lecturas mencionadas no estaban planificadas en el proyecto de investigación original; pero nos pareció que eran apropiadas y que serían muy útiles para los alumnos.

Uno de los cuadernillos, el de trabajos específicos de AED, se encuentra compuesto por tres trabajos muy recientes, dos de ellos publicados. El tercero, aún sin publicar, fue especialmente escrito para los alumnos para la comprensión del Teorema de Coase a través de su aplicación a un hecho histórico como es el testamento de la madre de Juan Manuel de Rosas.

Todos ellos serán trabajos prácticos para los alumnos, desde los cuadernillos y también utilizando el aula virtual. Por ejemplo, uno de ellos, el que corresponde al azar en el derecho, vinculado con la racionalidad, está precedido por un cuento de Borges sobre el azar, a modo de disparador del tema, y con la intención de hacer material mediado, interdisciplinario incluso con la literatura.

En cuanto al aula virtual se encuentra actualizada.

Durante el segundo trimestre de la investigación, la Dra. Tavano y la abogada María José Aredes estuvieron en una estancia de perfeccionamiento docente de tres semanas en la Universidad de Columbia en EE. UU.

Allí asistieron a diversos cursos y seminarios de temas relacionados con el AED, con Derecho de Familia, Derecho de los Contratos, etc. Cabe destacar que esta estancia permitió el acopio bibliográfico de material de AED.

Previamente, estuvieron dos semanas en la Universidad de Yale, en una visita al Dr. Guido Calabresi, uno de los padres del AED, con quien se convino la traducción de algunos de sus trabajos.

Ya en Mendoza, la Dra. Tavano realizó un Diplomado en Neurociencias aplicadas a la Gestión, durante los meses de septiembre a noviembre, en los que se trataron, entre otros temas, Neuroeconomía, indispensable para una actualización del AED.

La abogada María José Aredes hizo además cursos de su área, el Derecho de Familia:

«Diplomatura de Posgrado en el Nuevo Código procesal Civil Comercial y Tributario de Mza» y «Diplomatura de Posgrado en Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Sistema de Protección y Abogado del niño», ambos organizados por la UNCuyo.

Además, presentó la ponencia «La importancia de la interdisciplina en los casos en que intervienen niños, niñas y adolescentes» en las Jornadas «A 30 años de la Convención sobre los Derechos del niño: la niñez y la adolescencia en tiempos de la globalización», organizada por la UNCuyo.

Autoveluación

Los objetivos planteados se cumplieron totalmente, y se pudo incluso cumplir con un cuadernillo más y guías de lectura no programadas para esta investigación. Sin embargo, es de destacar la necesidad de continuar con esta investigación, pues sería positivo poder evaluar el impacto del nuevo material.

Asimismo, sería deseable poder continuar con la elaboración de otras monografías de diversos temas: nuevas y actualización de algunas existentes, con la intención de la publicación de un manual de AED, tal como lo solicitaron los alumnos.

El trabajo en equipo resultó satisfactorio, si no fuera por la baja de dos de los integrantes del grupo sufridas por cuestiones personales. En cuanto a la participación de la alumna en el proyecto, fue muy importante, pues permitió darnos información acerca de la visión de los alumnos y nos facilitó la comunicación con alumnos que ya habían rendido la asignatura.

Transferencia de los resultados

Mantenemos una constante relación con economía para abogados I y II, a través de la vinculación con el profesor Vargas, que todos los años da al menos una clase en nuestra asignatura sobre algún tema específico de economía que consideramos necesario para nuestra asignatura.

Esperamos poder cumplir con la traducción y eventual publicación de algunos trabajos del Dr. Guido Calabresi.

Utilización de los recursos

Se ha formado una base de artículos y libros del viaje realizado a EE. UU.

En cuanto a la participación en congresos, jornadas, etc., ya se hizo referencia más arriba.

Principales resultados de la investigación

Tal como se ha expresado antes, se confirmaron las hipótesis planteadas y se elaboró el material que posibilitaría la mejora; pero esta investigación requiere de un seguimiento de al menos dos años.

Otros resultados

Se elaboró otro cuadernillo que no estaba previsto, pero en razón de las hipótesis que se manejaban inicialmente.