

Concurso N° 99

Procurador/a Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sras. y Sres. miembros del Tribunal,

me dirijo a ustedes en mi condición de Jurista Invitada en el Concurso N° 99 convocado por Resolución PGN N° 2317/13 para proveer un cargo de Procurador/a Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en el marco del Reglamento para la Selección de Magistradas/os del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Res. PGN N° 751/13) y a fin de elevar el Dictamen no vinculante que me fuera encomendado respecto de la Prueba de Oposición ORAL rendida el día 23 de junio de 2014.

Conforme surge de la comunicación remitida por la Secretaría de Concursos con fecha 12.06.14, se estableció por sorteo público el orden de exposición de los siete (7) postulantes que por la calificación que obtuvieran en la Prueba de Oposición Escrita estaban habilitados a rendir la Prueba de Oposición Oral (art. 31 inc. B y 35 del Reglamento para la selección de Magistradas/os del M.P.F.N).

Los temas seleccionados por el Tribunal para la prueba de oposición oral -art. 32 del Reglamento para la Selección de Magistradas/dos del M.P.F.N. (Resolución PGN 751/13), fueron a) Desafíos del Ministerio Público Fiscal en su función de dictaminar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en defensa del interés general y de derechos colectivos. La opinión sobre las sentencias exhortativas y sobre el impulso de medidas para mejor dictaminar; b) Facultades concurrentes de la Nación y las provincias en materia del derecho a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas. El rol del Ministerio Público Fiscal; c) El instituto de la capacidad jurídica a la luz del nuevo modelo social de discapacidad y los estándares internacionales de derechos humanos; d) La Ley de Identidad de Género (n° 26.743). Debates en torno a la intervención médica de adecuación de género en recién nacidos/as y respecto de la inscripción registral y e) Debates sobre la constitucionalidad del principio *solve et repete* frente al derecho de acceso a la justicia.

El tiempo de exposición del tema elegido fue fijado en veinte (20) minutos para cada concursante con la advertencia

de que la disertación no podrá ser leída con excepción de alguna referencia bibliográfica (conf. art. 31, último párrafo, Reglamento de Concursos).

Los postulantes que se presentaron el día 23 de junio a las 14,30 fueron Alfredo Silveiro Gusman, (DNI 18.303.954); Victor Ernesto Abramovich Cosarin (DNI 16.554.338); María Alejandra Rosello (DNI 22.500.473); Irina Natacha Gedwillo (DNI 22.426.068); Javier Ignacio Lorenzutti (DNI 17.365.904) e Irma Adriana Garcia Netto (DNI 11.702.426).

En lo que sigue analizaré la presentación de cada uno de los concursantes según el orden en que expusieron.

1) Alfredo Silverio Gusman:

El Dr. Gusman eligió el tema 5: "Debates sobre la constitucionalidad del principio *solve et repete* frente al derecho de acceso a la justicia."

La presentación fue prolija, muy ordenada y con un manejo muy adecuado del tiempo que le permitió tratar todos los temas que propuso y completar su exposición, así como responder las preguntas que se le formularon.

El lenguaje utilizado fue claro y preciso. En el primer tramo refirió breve y concisamente al origen jurisprudencial del *solve et repete* en el siglo XIX vinculado al sistema federal.

Aludió al papel cumplido por el Tribunal Fiscal. Distinguió con cuidado los criterios generales y las situaciones de excepción.

Se detuvo en la evolución de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia con citas a fallos pertinentes para lo cual tomo dos momentos: 1984 y la década del 90 como centrales en los cambios jurisprudenciales.

Las referencias doctrinarias fueron precisas destacando las diversas posiciones de los especialistas en derecho tributario en cuanto a la constitucionalidad (Mordaglia) o inconstitucionalidad (Corti, Casás) del *solve et repete*.

La cuestión relevante, a su juicio, en un tema complejo es la tensión entre pago previo y acceso a la justicia, toda vez que

la necesidad del fisco de recaudar para disponer de fondo indispensables con un Estado social de derecho colisiona con la protección judicial efectiva.

En la materia sostuvo que a la Procuración le cabía tomar una posición activa y asumir y proponer criterios que tengan en cuenta los problemas de derechos en conflicto implicados.

Asimismo expuso su propia opinión en el sentido de que, cualquiera sea la visión general del tema es censurable que el *solve et repete* se exija en los casos de multas y otras sanciones administrativas que no constituyen recursos genuinos y habituales para el fisco. En línea con esta postura insistió en que es inadmisibles el castigo antes de la decisión sobre el fondo.

El Dr. Gusman, en síntesis ha presentado, analizado y expuesto el tema elegido de modo eficiente.

Revela conocimiento y capacidad para distinguir problemas, así como para fijar posición a esos respectos.

Calificación 45/50.

2) Victor Ernesto Abramovich Cosarin:

El Dr. Abramovich eligió como tema para la prueba oral el tema 2: "Facultades concurrentes de la Nación y las provincias en materia del derecho a la posesión y propiedad comunitaria de los pueblos indígenas. El rol del Ministerio Público Fiscal."

La exposición fue óptima en cuanto al uso del tiempo acordado y al lenguaje utilizado. Abordó todos los aspectos propuestos de modo tal que la consideración en particular de cada uno de ellos se cruzaba luego con los restantes a fin de poner en blanco y negro los nudos más difíciles de resolver.

Al mismo tiempo es destacable que pudo marcar líneas de exposición que corrían en paralelo, y al mismo tiempo que lograban configurar un cierto diseño de la actuación de la Procuración que podría caracterizarse como innovadora y proactiva.

El postulante puso de manifiesto un acertado conocimiento de los problemas de los pueblos originarios en el marco jurídico y político institucional de un estado federal donde hay concurrencia

parcial de facultades entre Nación y provincias, y una notoria ausencia de legislación a nivel federal que incrementa tanto las posibilidades de conflicto como la falta de soluciones constitucionalmente aceptables.

El postulante aportó una amplia información acerca del marco normativo federal y local, de los tratados internacionales aplicables y de jurisprudencia nacional e internacional (en particular de la justicia colombiana) y de organismos internacionales y puso en relación decisiones, principios y criterios que –aunque no siempre coinciden– permiten conformar un cuadro de cuestiones complejas que revelan la imposibilidad de trabajar desde el campo del derecho con las categorías tradicionales o (vg. La posesión y la propiedad del Código Civil) como también transpolar soluciones sin un cuidadoso estudio de campo.

Identificación de problemas. Aquí distinguió:

- a) a nivel nacional las facultades concurrentes similares entre nación y provincias que derivan de la CN, Constituciones locales y leyes nacionales y locales.
- b) La vinculación entre la conflictividad que proviene de la explotación de recursos naturales y de los desalojos o discusiones acerca de la posesión y la propiedad. Subraya que hay más legislación en materia ambiental, lo que también amplía la complejidad de las decisiones.
- c) Conflictos sociales derivados de los reclamos de los pueblos originarios, que no se agotan en la ya clásica e insuficiente distinción entre propiedad colectiva vs. propiedad privada.
- d) Ausencia de reglas claras de asignación de competencias.
- e) Problemas de ejecución de decisiones judiciales, que más allá de los derechos que gradualmente reconocen, acaban careciendo de efectividad.
- f) Los criterios restrictivos de la Corte Suprema de Justicia respecto de lo que se entiende por afectación directa en los amparos colectivos.
- g) La necesidad de fijar estándares básicos (vg. Titulación, sistemas de propiedad diferenciados de la propiedad civil y agraria tradicionalmente aceptados).

Otro aspecto que incluyó en su disertación fue todo lo relativo a la consulta como un procedimiento que implica la puesta a disposición de información que habilite la consulta específica (por ejemplo cuando la cuestión indígena se cruza con la explotación de bienes) para que conduzca a resultados realizables.

Un tramo estuvo destinado a pensar una política de actuación del MPF y en particular de la Procuración General que a través de sus dictámenes y también propuestas varias haga de la institución un interlocutor privilegiado ante otros órganos estatales (particularmente el Poder Legislativo instando a que éste asuma en la materia de que se trata el mandato a legislar que el art. 75, inc. 15 CN le otorga), sin dispensar por cierto la actuación que le cabe ante la CSJN y en las instancias inferiores.

Por último, y como cierre dedicó un apartado a destacar que los conflictos que afectan a las poblaciones indígenas exceden la referencia a la tierra, al territorio y a los recursos naturales entendidos como el derecho estatal los ha contemplado hasta no hace demasiado tiempo.

Esos aspectos deben ser leídos en consonancia con la comprensión de que hay en juego sistemas y modelos culturales distintos. Desde una visión interdisciplinaria –que ratificó al responder a alguna de las preguntas que se le hicieran– expuso el reconocimiento de la dimensión que el derecho colectivo y los sujetos colectivos tiene en las culturas originarias ressignifica toda interpretación y toda intervención estatal (y particularmente jurídica y judicial) tiene en esas comunidades. Y ello porque no se trata solo de regular acerca de los bienes, sino de advertir que los efectos que se siguen de esa interferencia pueden producir rupturas irreparables o al menos difíciles de tramitar en el plano simbólico, en los sistemas de lenguaje, en fin en los modos de vivir y de comprender el mundo de los pueblos indígenas.

Reivindicó por último el derecho a un trato diferenciado como parte del camino a recorrer para reparar la exclusión histórica que subsiste hasta hoy, más allá del reconocimiento que la Constitución Nacional consagra.

Calificación 50/50.

3) María Alejandra Cordone Rosello

El tema elegido es el n° 1: “Desafíos del Ministerio Público Fiscal en su función de dictaminar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en defensa del interés general y de derechos colectivos. La opinión sobre las sentencias exhortativas y sobre el impulso de medidas para mejor dictaminar.”

El lenguaje fue correcto y claro pero hubo cierto desajuste en el uso que hizo de los veinte minutos de los que dispuso.

La Dra. Cordone Rosello desarrolló su exposición con un mayor énfasis en los desafíos del Ministerio Público Fiscal tanto en su función de dictaminar ante la CSJN en defensa del interés general y de derechos colectivos como en lo referido a su actuación en las otras instancias, lo que limitó el tiempo que pudo destinar a las sentencias exhortativas y al impulso de medidas para mejor dictamen.

Comenzó enumerando los problemas que obstaculizan la labor del MPF y exigen cambios de diverso orden. Así mencionó el déficit cultural y de formación; los límites en la actuación de la Procuración (en el estrecho marco del recurso extraordinario y siempre que se trate de cuestiones federales) y se detuvo en las consecuencias negativas que la falta de actualización de las normas procesales (utilizó la expresión "modelo procesal decimonónico) que preceden a la reforma constitucional.

Estos obstáculos se evidencian de modo más acuciante cuando se trata de derechos de incidencia colectiva, protección de niños, mayores, adultos, derechos sociales, económicos y culturales. En este punto recordó la opinión de la CSJN en el fallo ATE y relevó la necesidad de atender al interés general, la búsqueda del bien común y de la "felicidad".

Otra línea, coherente con los señalamientos precedentes, que se advierte en la exposición de la Dra. Cordone Rosello estuvo orientada a enunciar cuales serían caminos y actividades que la Procuración podría enfatizar a fin de ampliar la incidencia de su actuación.

Citó a modo de ejemplo la experiencia que la Procuración podría aportar en casos de restitución internacional de menores como también en materia de cooperación internacional. Asimismo expuso preocupación porque en el ámbito de la justicia civil y para el dictado de medidas preventivas en causas de violencia doméstica / de género (Convención Belem do Pará; CEDAW y ley 26485) no se da intervención a los fiscales con lo que se les impide el cumplimiento de sus competencias específicas.

Sugirió que la Procuración fijara criterios de selección de casos en los que el MPF deba emitir opinión; dictara instrucciones generales que propiciaran la participación de las fiscalías de

todas las instancias en audiencias públicas; y acompañe a los fiscales desde la primera instancia, en expedientes en los que hubiera temas constitucionales involucrados.

Propuso recurrir a medidas para mejor dictaminar a fin de fortalecer la autonomía del MPF, dado que no siempre la perspectiva que sustenta coincide con la visión de los jueces que intervienen en la causa.

Destacó el efecto pedagógico de los dictámenes hacia adentro del MPF y hacia afuera (respecto de la sociedad en su conjunto y de otras autoridades). Ejemplificó aquí con el caso "Gelman".

Hizo algunas referencias no muy extensas (por la falta de tiempo que obedecía a razones ya señaladas en este dictamen) a las sentencias exhortativas, a las que reconoció solo efecto declarativo aunque al mismo tiempo revalorizó su impacto social e institucional.

Respondió a las preguntas formuladas y expuso opiniones propias en esas ocasiones y en toda su exposición. Por ejemplo distinguió diferentes tipos de audiencias y reservó la intervención fiscal para aquellas causas en las que hubiera intereses públicos involucrados. Con apoyo en el art. 33 inc. a del Reglamento sostuvo que el fiscal puede ser actor principal, dictaminar o hacerse parte. Por último, defendió la aptitud de la Procuración para pedir la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Hizo uso de una guía escrita, dio argumentos suficientes y opiniones propias para defender.

Mencionó jurisprudencia y normativa nacional e internacional más orientada a ejemplificar su propuesta que para justificarla.

Calificación 42/50.

4) Irina Natacha Gedwillo.

Elige el tema 3: "El instituto de la capacidad jurídica a la luz del nuevo modelo social de discapacidad y los estándares internacionales de derechos humanos."

No maneja adecuadamente el tiempo. La exposición no es fluida y en muchos tramos de la misma lee en lugar de

exponer. Señala que la cuestión de la discapacidad siempre fue pensada desde el derecho privado y ello conduce a la exclusión. Con la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” (ONU)/ “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad” se produce un cambio de paradigma que revela que le discriminaron no reside en los cuerpos sino en la sociedad.

Desde esta perspectiva enumera tres estándares que definen a las personas con discapacidad en sujetos: a) gozan de plena capacidad; b) la discapacidad per se no anula la capacidad jurídica; y c) no puede sustentar la discriminación.

Se extiende excesivamente en la mención (lectura) de normas del orden jurídico interno para interpretarlas a la luz de los tratados internacionales aplicables.

Cita varios casos de la Corte Interamericana y va y vuelve sobre los textos normativos, lo que conspira con la calidad de su presentación.

Afirma que el sistema del Código Civil requiere una reforma profunda y también que está derogado “ipso facto” por la preeminencia de la normativa internacional por lo que podría ser objeto de una sentencia exhortativa.

También menciona casos jurisprudenciales de la Argentina.

En síntesis la presentación es muy repetitiva, algo confusa y pobre en argumentos y justificaciones.

Calificación 30/50.

5) Javier Ignacio Lorenzutti

Elige el tema 3: “El instituto de la capacidad jurídica a la luz del nuevo modelo social de discapacidad y los estándares internacionales de derechos humanos.”

Es correcto en el manejo del lenguaje. No completa el desarrollo del tema en los veinte minutos asignados y solo alcanza a presentar la historia de los paradigmas que enuncia.

Comienza con datos estadísticos que revelan el porcentaje de personas con discapacidad en el mundo.

Continúa con la historia de la elaboración y sanción de la "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" (ONU) y de la "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad" y destaca que se consagra el derecho de los estados y de las personas a iniciar acciones ante la violación de sus disposiciones.

Distingue entre el modelo tradicional (post segunda guerra mundial) que caracteriza como asistencial: el discapacitado es un enfermo al que se medica en busca de su rehabilitación; aunque no se niega capacidad jurídica se justifica la restricción de sus derechos. Se consagra la figura del representante que lo sustituye en sus decisiones.

Modelo social: parte del principio de que el problema no está en la persona sino en la sociedad que pone barreras. Afirma que la clave son los derechos humanos.

Prefiere la expresión "discapacitado" a "persona con discapacidad" aunque no explica porque.

Postula la accesibilidad general y un ajuste razonable en la solución de casos individuales sin justificar su afirmación.

A partir de las convenciones se consagra a un sujeto pleno que no va a ser sustituido sino dotado de un sistema de apoyos.

Advierte que la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad no contiene una definición acabada y sí un par de criterios (vg. Punto 1, Art. 1°).

Agrega que la capacidad de derecho es "ínsita al ser humano" aunque no precisa en qué sentido adopta esta posición y admite que la capacidad de hecho podrá ser limitada.

Vuelve sobre el sistema del Código Civil, sus reformas, los efectos de la convención (vg. La ley de salud mental) y cita diversos fallos jurisprudenciales.

Subraya que si bien se prevé la intervención de la Defensoría en la ley de salud mental no hay igual previsión para la Procuración.

Las cuestiones generales sustantivas son tratadas de modo incompleto, con repeticiones y poca profundidad.

Calificación 30/50.

6) Irma Adriana Garcia Netto:

El tema elegido es el n° 3: "El instituto de la capacidad jurídica a la luz del nuevo modelo social de discapacidad y los estándares internacionales de derechos humanos."

El lenguaje es correcto y preciso. Manejo impecable del tiempo disponible.

Acertadamente advierte que va a organizar su exposición prescindiendo de la historia del concepto jurídico de discapacidad para poder explayarse en el nuevo modelo social que queda consagrado en los estándares internacionales de derechos humanos, con especial atención en las convenciones que específicamente se refieren al tema.

Revisa la distinción "normal/anormal" para señalar que ya el modelo médico rehabilitador -más allá de las críticas que le caben en cuanto mantiene la caracterización de anormales- implicó un avance, en tanto apostaba a la incorporación de los que así eran reconocidos.

De allí en más la Dra. Garcia Netto coloca el punto de ruptura en el derecho internacional convencional que les asigna el carácter de sujeto de derecho (art. 12, "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" ONU) con personalidad y capacidad plena para el goce de derechos.

La postulante no omite la referencia a que el Código Civil mencionaba la capacidad de hecho y de derecho con todas las restricciones conocidas para las personas con discapacidad, pero se explaya con precisión en las implicancias del nuevo paradigma aportado por los tratados internacionales. Son esos textos normativos los que constituyen una subjetividad diferente en oposición a la previa ausencia de la calidad de sujeto derivada de la manera invalidante y discriminatoria con que se aludía a la incapacidad.

En la mención y análisis del art. 12 de la "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" (ONU) en sus diferentes incisos fundamenta con suficiencia y claridad la importancia que asignara a la introducción de esta nueva perspectiva.

Vincula luego el conjunto de normas del sistema internacional y americano y su incorporación al sistema positivo argentino y desde allí extrae una serie de consecuencias que se advierten en distintos planos y cuya importancia es innegable:

- a) Remisión del concepto médico frente a una caracterización de la discapacidad que proviene de múltiples barreras sociales. La discapacidad se define como tal desde la sociedad que no puede o no quiere hacerse cargo de la presencia de individuos diferentes.
- b) El desplazamiento de un concepto unívoco de incapacidad, de una única y absoluta incapacidad -que consagraba una forma única de tratamiento jurídico y de consideración- por una multiplicidad de tipos diferenciados de discapacidades y de graduaciones diferentes en cada uno de ellas, lo que permite pensar que quien padezca alguna discapacidad puede vivir su vida en forma individual y en el máximo de plenitud posible.
- c) La desaparición de la figura del representante y su sustitución por sistemas múltiples de apoyo.
- d) El tratamiento de la materia abandonando definitivamente la distinción entre normales y anormales; como también la aceptación de que la discapacidad que afecta a un sujeto (por edad, por enfermedad física o psíquica, por lesiones invalidantes, etc.) exige determinar en cada caso cuales son las aptitudes o capacidades que puede o no puede ejercer por sí solo y preservar en ese punto su autonomía.
- e) La puesta en cuestión de largas internaciones, de la interdicción de la falta de escucha en nombre de la "discapacidad atribuida", así como también el control permanente de las rehabilitaciones, lo que exige intérpretes competentes y cumplimiento implacable de la garantía de plazo razonable para evitar que hombres, mujeres o niños sean abandonados a su suerte en instituciones en las que permanecen sin seguimiento ni controles adecuados.

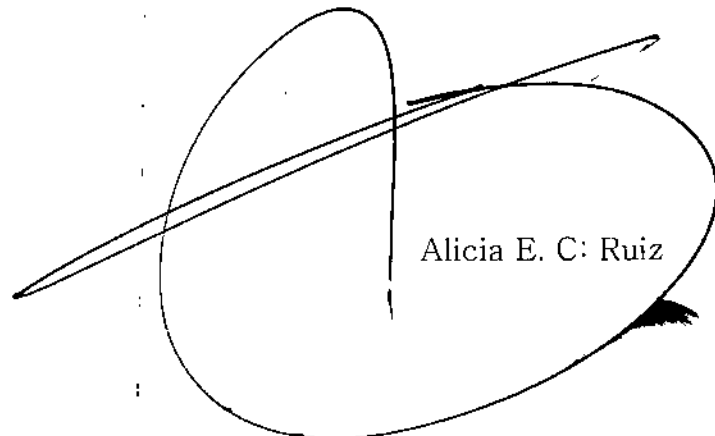
Los argumentos fundados y la toma de posición en consonancia -como fue dicho ya- con los tiempos del derecho internacional y nacional permiten a la Dra. Garcia Netto mostrar que las cuestiones vinculadas al instituto de la capacidad jurídica remiten a la

cuestión mayor del acceso a la justicia de actores vulnerables (conf. el art. 8 de la Convención Americana y Reglas de Brasilia).

A lo largo de su exposición citó jurisprudencia pertinente como también dedicó un párrafo al proyecto de reforma del código civil y criticó la subsistencia de las figuras de la tutela y co-tutela y respondió ampliamente a las preguntas que le fueron formuladas.

Se refiere a la ley de salud mental para reflexionar por un lado en la importancia de ese cuerpo legal que crea un defensor especial y rescata dictamen de la Procuración en ese sentido pero advierte que el apoyo abarcado por ese sistema normativo solo sirve para un grupo de los muchos que esperan todavía una regulación especial (vg. los ancianos) y como todos los vulnerables, la efectivización de sus derechos.

Calificación 48/50.



Alicia E. C. Ruiz

Recibido en la Secretaría Permanente de Concursos
Ministerio Público Fiscal
Hoy 4 / 7 / 14 a las 10:35 hs.



JULIETA REDIN
PROCURACION GENERAL DE LA NACION



Ricardo Alejandro Caffoz
Secretario Letrado
Procuración General de la Nación