



“ 2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.”

Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e
Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

“BENDUR, Héctor Pablo; SENA, Elisa Magdalena y otros s/ Iniciativa Popular”

Expte. N° 1172/2016 - Juzgado Electoral.-

SR. JUEZ ELECTORAL:

I.- Objeto

Vienen para emitir dictamen las presentes actuaciones de conformidad con lo previsto por el art. 64, inc. a), b) y f) de la Ley 110, y art. 6° de la Ley Nacional 24.747, a los fines de verificar el contenido del Proyecto de Ley cuya iniciativa se formula.

II.- Normativa aplicable

Tal como ya ha señalado el suscripto en anteriores intervenciones, la presente acción, debe enmarcarse dentro de las disposiciones de la Ley Nacional 24.747 (dict Fiscalía en autos. “Sindicato de Obreros y Empleados de Ushuaia s/ Iniciativa Popular”, Expte. N° 1161/2016, Juzgado Electoral).

En tal oportunidad destacamos que entre las formas de participación democrática semidirecta que reconoce a la ciudadanía la Constitución Nacional, se encuentra prevista la iniciativa popular (art. 39) cuya operatividad se encuentra reglamentada por la Ley Nacional en mención. Y, en lo que respecta a nuestra jurisdicción, la Constitución Provincial reconoce en su art. 207 similar herramienta participativa, en los siguientes términos: “*Se reconoce el derecho a la iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley, cuando sean avalados por un número de ciudadanos no menor al diez por ciento de la cantidad de votos efectivamente emitidos en la última elección provincial, en la forma y del modo que determine la ley. Los proyectos presentados en la Legislatura, de conformidad con lo establecido en el párrafo precedente, estarán sujetos a trámite parlamentario preferencial...*”.

Ahora bien, no obstante este último mandato, nuestra Provincia aún no cuenta con la una ley que reglamente esa iniciativa. Por tal motivo, frente a tal ausencia, la

Cámara de Apelaciones de la Provincia, Sala Civil, en autos caratulados: “LUCIANI, WALTER RENE Y OTRA c/ PODER LEGISLATIVO s/ AMPARO” (Expte. N° 4289/2006) se expidió a favor de la aplicación analógica de la Ley Nacional 24.747. Lo dijo en los siguientes términos: *“La iniciativa popular descripta en el artículo 207 de nuestra Constitución, si bien podría decirse es una norma programática porque indica al Poder legislativo que deberá hacer la norma infraconstitucional, es de las llamadas imperativas, de cumplimiento obligatorio, ya que no da al legislador ninguna opción para efectivizarla; explícitamente se le indica el deber de realizar su labor legislativa. Esta calificación -norma programática de cumplimiento obligatorio o imperativa- nos permitirá considerar la calidad del derecho vulnerado por la omisión legislativa y determinar cómo asegurarlo a través del remedio judicial”*. Continúa señalando el Tribunal que: *“como la norma es clara, definida y concreta al estatuir ya el derecho a la iniciativa popular, cabe pensar entonces en habilitar a los accionantes a disponer de la reglamentación del art. 39 de la Constitución Nacional, prevista en la ley N° 24.747, cuya aplicación analógica será en todo aquello que sea compatible con la jurisdicción y el marco señalado por el propio art. 207 de la Carta local para usufructuar la iniciativa popular.”* (del voto del Dr. Justo de la Torre).

Analizado ese pronunciamiento, el Poder Legislativo provincial, decidió dejar firme lo decidido por la Cámara de Apelaciones, resolviendo en su momento que *“la falta de reglamentación queda superada por la aplicación analógica de la ley nacional en todos aquellos aspectos que sean compatibles con la jurisdicción el marco señalado por el propio art. 207 de la Constitución Provincial”* (conf. Resolución de la Comisión de Labor Parlamentaria de la Legislatura, 23/septiembre/2009, en las actuaciones caratuladas “As.Particulares N° 029/09”).

III.- Intervención de la Fiscalía

Habiéndose fijado el marco normativo aplicable, cabe analizar la intervención de este Ministerio Público Fiscal. Como bien lo destaca el Sr. Juez en el resolutorio de fs. 4, no existe a nivel local la Defensoría del Pueblo, organismo llamado a intervenir en esta materia -en el orden nacional- por la ley 24.747.



“ 2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.”

*Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e
Islas del Atlántico Sur
República Argentina*

PODER JUDICIAL

De acuerdo a lo que prescribe la Constitución Nacional en su art. 86, el Defensor del Pueblo es un órgano independiente, instituido en el ámbito del Congreso de la Nación y tiene como misión la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados la Constitución Nacional y las leyes nacionales. Funciones estas bien diferenciadas de las que posee el Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN).

Sin embargo, al no existir un ente con similares funciones a las del Defensor del Pueblo a nivel local, entiendo que la intervención que le puede caber a esta Fiscalía viene dada por el art. 64 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 110, en los incisos ya referenciados más arriba.

IV.- Procedencia en orden a la materia

En lo tocante a la compatibilidad de la norma reglamentaria con nuestro ordenamiento supremo provincial debo señalar, en resguardo del orden público sustantivo, que no todos los artículos que integran la Ley Nacional N° 24.747 resultan de aplicación lisa y llana al mecanismo de participación semidirecta previsto localmente.

Este Ministerio Público Fiscal, en anterior presentación, ha dejado establecida su postura en lo atinente a las materias que pueden ser objeto de reforma mediante la iniciativa popular, **destacando que conforme el texto de la Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego A.e I.A.S., la iniciativa popular no reconoce las limitaciones previstas en el art. 3 de la Ley 24.747.**

En efecto, según dicha norma nacional, no podrían ser objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. Pero, contrariamente, el art. 191 de la Carta Magna Provincial habilita, inclusive, la reforma de la misma de la Constitución de Tierra del Fuego, a partir de la utilización del mecanismo de participación semidirecta bajo análisis (requiriendo eso sí, un mayor porcentaje de ciudadanos peticionantes como lo es un número no menor del veinticinco por ciento de la cantidad de votos efectivamente emitidos en la última elección provincial).

Por tal motivo, debe concluirse que nuestra jurisdicción reconoce mayores derechos a la ciudadanía en razón de la materia sobre la que se pretende legislar.

V.- Sobre el fondo de la cuestión.

Ahora bien, analizada la cuestión formal relativa a la normativa aplicable, la intervención del suscripto y la procedencia en razón a la materia, entiendo oportuno analizar el objeto de la pretensión articulada.

1.- Del Objeto de la petición

Del escrito de fs. 3 surge que quienes suscriben la iniciativa solicitan el tratamiento de un **proyecto de ley cuyo objeto es la declaración de servicio esencial a la educación en la Provincia de Tierra del Fuego.**

Destacan entre sus argumentos que “el derecho a la educación está contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño, como también se encuentra explícitamente consagrada en la Constitución Nacional y Provincial. Incluso sobre estas ideas centrales, los constituyentes de Tierra del Fuego establecieron que la educación es un cometido esencial, prioritario e indeclinable del Estado, considerado como un deber de la Familia y de la Sociedad”.

Igualmente señalan que “el espíritu en torno a la educación debe ser entendido como un “servicio público esencial” en función de evitar que los niños, niñas y adolescentes sean damnificados en su derecho a la educación y que se produzcan daños irreparables en momentos centrales de su desarrollo”.

Indican finalmente que “el funcionamiento de los establecimientos educativos trascienden a los objetivos formativos, sino que allí se desarrollan múltiples actividades sociales, comunitarias y otras imprescindibles para el desarrollo integral de la comunidad”.



“ 2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.”

Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e
Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

2.- De los servicios esenciales en sentido estricto

No escapa al conocimiento del suscripto que el trance que involucra a las partes de un conflicto en el sector educativo (como ocurre en Tierra del Fuego al momento de emitir este dictamen) afecta de manera directa y sustancial a los usuarios del servicio, esencialmente, a niños, niñas y adolescentes, al igual que a los padres frente a sus responsabilidades laborales. Difícilmente pueda adherirse a una postura que vaya en desmedro de ese interés; que por otra parte se trata -la educación- de uno de los derechos humanos fundamentales.¹

Pero, indudablemente, la declaración de la educación como un “servicio público esencial”, **traería aparejada en sus efectos una prohibición o restricción sustancial de otro derecho constitucional como lo es el derecho de huelga** (artículo 14 bis de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional)² y artículo 16, apartado 10 de la Constitución Provincial.

Sabemos que esta cuestión ha sido abordada en diversas jurisdicciones del país donde se han suscitado conflictos similares, como así también en nuestra provincia, sin que se llegue a resolver el tema en uno u otro sentido.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) ha delimitado el concepto de **servicio público esencial** señalando que se trata de aquellos definidos como prestaciones vitales para la comunidad “*cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*” (servicios esenciales en sentido estricto del término)³ Se trata de una definición que toma en cuenta derechos de terceros cuya intensidad jurídica lleva a postergar la tutela colectiva que se

1 Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional por el que se incorpora la Convención de los Derechos del Niño, que en sus artículos 28 y 29 pone en cabeza del Estado la obligación de asegurar el derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes.

2 Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional por el que se incorpora, igualmente, al derecho interno el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Convenio n° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que participa también de la mayor jerarquía constitucional. Ello, porque ambos pactos mencionados, en sus arts. 8.3 y 22.3 respectivamente, contienen un reenvío expreso a este Convenio internacional del trabajo que tutela el derecho de huelga como libertad sindical de acción y el PIDESC, en particular, enuncia en el artículo 8°, inciso d, la garantía de ese derecho conforme a la legislación nacional.

3 Gernigon-Odero-Guido, “Principios de la OIT sobre el derecho de Huelga”; Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2000, pág 31-32)

expresa en la huelga. El concepto no fue fácil de delimitar, sino que fue el producto de sucesivas discusiones, dictámenes y precisiones por parte de los órganos de control de la OIT.

Puede observarse que partir de esa definición de **servicio esencial en sentido estricto del término**, tanto la educación como otros tantos servicios de importancia (v.gr. servicio de transporte metropolitano, servicio de correos, bancos), quedan fuera de ese rango y **así ha sido considerado tradicionalmente por el organismo internacional** (ob cit pág. 21). El argumento principal ha sido que las huelgas educativas no tienen el potencial de generar daños significativos en la población.

Sin perjuicio de ello, en la región, podemos citar algunos ejemplos en donde se ha avanzado en la materia pese a aquellos reparos. Es el caso de Uruguay, país que el 24 de agosto 2015 declaró la esencialidad del servicio de educación por un plazo de 30 días (haciéndolo mediante simple resolución ministerial y en medio de un conflicto lo que al parecer poco contribuyó a su solución). O el de Perú que la declaró servicio esencial por Ley N° 28.988 reglamentando luego por Decreto presidencial las actividades orientadas a asegurar la continuidad de la prestación del servicio educativo, tal como aquí lo postulan los representantes de esta iniciativa popular.⁴

Ignoramos si, por el poco tiempo transcurrido desde su declaración, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha formulado observaciones a la República Oriental del Uruguay. Pero en lo que concierne al Estado Peruano, su legislación mereció el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical (CLS) en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, luego de la presentación efectuada por el Sindicato Unico de Trabajadores de la Educación de Perú (SUTEP), la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) y la Federación Nacional de Trabajadores Administrativos del Sector Educación (FENTASE).

El Comité se expidió en dicha oportunidad, señalando que **la educación básica no es un servicio esencial en el sentido estricto del término. Sin embargo admitió que para el caso de huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación**

4 Decreto Supremo N° 017-2007-ED, pub. en <http://www.minedu.gob.pe/normatividad/decretos/DS-017-2007-ED.php>



“ 2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional.”

Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e
Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población puedan estar en peligro, es posible establecer un servicio mínimo. Este servicio mínimo debe limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población, posibilitando, en lo que refiere a su determinación, la participación de las organizaciones de trabajadores, así como de los empleadores y de las autoridades públicas. El Comité de Libertad Sindical ha señalado por ejemplo que en casos de larga duración en el sector de la educación pueden establecerse servicios mínimos en consulta plena con los interlocutores sociales.⁵

Esta interpretación, guarda estrecha relación con lo que se expondrá en el punto siguiente.

3.- Otros servicios: los denominados de utilidad pública o de importancia trascendental

Muchas veces la noción de servicios esenciales se utiliza para designar los servicios en que no se prohíbe el derecho de huelga pero sí puede imponerse un servicio mínimo de funcionamiento. Pero, debemos insistir, para los órganos de control de la OIT, el significado de la expresión “servicios esenciales” se vincula exclusivamente con aquellos servicios que justifican la prohibición de la huelga (o su fuerte limitación). De allí la definición restringida del término que vimos en el apartado anterior.

Ahora bien, a la par de los servicios esenciales, considerados estos en sentido estricto, existen otros servicios que, aún no siéndolos en su origen, se transforman en esenciales al plantearse determinadas situaciones, como por ejemplo un conflicto muy prolongado, como ocurre actualmente en nuestra provincia con el servicio educativo. En estos casos el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que aún cuando no corresponda su encuadre como servicio esencial, **existe otra categoría conceptual o intermedia** que admite

5 Disponible en el sitio oficial de la Organización Internacional del Trabajo, Casos sobre Libertad Sindical, Informe definitivo - Informe núm. 354, Junio 2009 Caso núm. 2587 (Perú) - Fecha de presentación de la queja:: 10-JUL-07 Cerrado
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2910936

la imposición de ciertos límites al derecho de huelga refiriendo a aquellas situaciones en que, si bien no se justifica una prohibición (o importante restricción) al derecho de huelga, podría imponerse un servicio mínimo de funcionamiento en la empresa o institución de que se trate. A este respecto, los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio que es el de “**servicio público de importancia trascendental**” (conforme a la terminología utilizada por el Comité de Libertad Sindical) o de “**utilidad pública**” (terminología de la Comisión de Expertos)⁶

Así, nos encontramos frente a la creación *ad hoc*, por parte del órgano de control de la O.I.T de un **concepto intermedio** en donde podrían tolerarse ciertas restricciones a la huelga para determinadas actividades en que ocurren condiciones o circunstancias excepcionales. Entonces, si se abraza esta postura para la consideración de la educación pública, ésta no sería calificada como servicio esencial en sentido estricto y por lo tanto no podría prohibirse la huelga que la afecte, pero **sí podría verse reglamentada a través de la prestación de servicios mínimos en diversas formas y modalidades**. Sus consecuencias no son otras que las señaladas desde antaño por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar que “el derecho a huelga no es abosluto, sino pasible de reglamentación normativa y de apreciación judicial para armonizarlo con los demas derechos consagrados en la Constitución Nacional” (CSJN Fallos, 250:418, 251:18, 254:46, entre otros)

Tal supuesto es a mi criterio el que ha contemplado la **Ley Nacional N° 25.877 sobre el Régimen Laboral** -y su decreto reglamentario N° 272/2006-. Dicha normativa, luego de establecer taxativamente cuáles son los servicios esenciales (art. 24: “*servicios sanitarios y hospitalarios, producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo*”) establece un mecanismo especial para que alguna actividad no comprendida como tal pueda ser calificada “**excepcionalmente como servicio esencial**” (artículo citado). Aunque dicha normativa no resulte de aplicación directa a los servicios públicos provinciales de gestión estatal, constituye un antecedente significativo

6 Cfr. OIT, La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5° edición, Ginebra 2006, citado en <http://archivo.cta.org.ar/El-servicio-público-de-importancia.html>



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e
Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

que podría ser evaluado en alguna medida por el legislador de Tierra del Fuego -de considerarlo conveniente- al momento de dar tratamiento a la cuestión, de prosperar la presente iniciativa.

De allí que **este Ministerio Público se pronuncie por la procedencia de la iniciativa peticionada, tanto en el plano formal como sustancial.** Ello por cuanto, aún en el supuesto de que el Juzgado o la Legislatura lleguen a la conclusión de que no corresponde la declaración de esencialidad tal como lo postulan aquí los presentantes (sea porque la cuestión es opinable, sea para evitar eventuales planteos ante organismos internacionales.), cierto es que los legisladores provinciales no se encuentran limitados a tomar o rechazar la iniciativa. Por el contrario se hallan plenamente facultados para modificar y perfeccionar el proyecto mediante el trabajo de sus comisiones y la participación de los sectores involucrados. Entre las alternativas que concurren, podrían ser analizados los conceptos intermedios de “servicios de importancia trascendental” (o de “utilidad pública”) según quedara expresado en el punto anterior, o el procedimiento determinado por la legislación nacional ya citada para su declaración de excepcionalidad (Ley N° 25.877 y decreto reglamentario).

4.- Consideración final

Permítaseme efectuar la digresión en tanto el tema es de suma importancia y excede el interés de los sectores en conflicto empleador-docentes, viéndose afectando el interés general (art. 64, Ley 110). En oportunidad de analizar el servicio público en trato -la educación- y aún cuando se entienda que no se encuentran dados los supuestos fácticos y sustanciales para la declaración de servicio público esencial conforme los lineamientos de la OIT, es evidente que hoy nos encontramos frente a un conflicto cuya extensión ha alcanzado proporciones extraordinarias, en tanto que iniciado el mes de mayo, las clases no han comenzado en varias aulas, conculcando así los derechos⁷ de una importantísima cantidad de

7 El artículo 29 de la Convención de los Derechos del Niño ha sido interpretado en el sentido que los objetivos de la educación en cabeza del Estado son el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades (conf. Bonzano, María de los Angeles, pág. 629 en “Tratado de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”, Silvia Eugenia Fernández (Directora), Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015.-

niños, niñas y adolescentes. Diría, si se me permite, dejando a los menores en la “nada misma”.

Y esa *nada* a la que hago referencia, a esta altura de los acontecimientos, puede importar serias afectaciones a la salud -física y mental- de esos niños, si tenemos en cuenta que han perdido el espacio social y cultural en el que deben desenvolverse, si se verifica alguna afectación al servicio alimentario que brindan ciertas escuelas, si no se brinda el servicio de higiene necesario en las instalaciones o si las medidas perjudican el control sanitario de los menores. Sobre todo, de aquellos pertenecientes a los sectores más vulnerables que son los que pueblan en mayor medida la escuela pública.

En suma, valorando el canal institucional articulado por los que suscriben la presente iniciativa, estimo que es función jurisdiccional concretar el interés público en un enfoque de derechos que respete el derecho constitucional de huelga (art. 14 bis de la Constitución Nacional) y asegure al mismo tiempo las condiciones mínimas para la educación, el cuidado y la atención de la niñez.

FISCALIA, de mayo de 2016.-

mps