

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ
MIGUEL ÁNGEL BENEDETTI
MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA

DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Segunda edición actualizada por
HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ

Tomo I



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

0 2 2 2 9 0

HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ
MIGUEL ÁNGEL BENEDETTI
MARÍA DE LAS NIEVES CENICACELAYA

**DERECHO
CONSTITUCIONAL
ARGENTINO**

Segunda edición actualizada por
HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ

Tomo I

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 455-5520 - S3000CMV Santa Fe

Quiroga Lavié, Humberto

Derecho Constitucional Argentino Segunda Edición Actualizada. Tomo I / Humberto Quiroga Lavié ; Miguel Ángel Benedetti ; María de las Nieves Cenicacelaya - 2ª ed. - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2009.

v. 1, 744 p. ; 23 x 16 cm

ISBN 978-950-727-969-0 (edición rústica)

ISBN 978-950-727-970-6 (edición encuadernada)

1 Derecho Constitucional. I Benedetti, Miguel Ángel II. Cenicacelaya, María de las Nieves
CDD 342.02

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de Rubinzal y Asociados S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

CN	Constitución de la Nación Argentina.
D. T. 1ª CN	Disposición Transitoria Primera de la Constitución Nacional reformada en 1994.
párr.	párrafo (separación con punto y aparte dentro de un artículo).
parte	separación con punto y seguido dentro del artículo.
D. A. D. D. H.	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
D. U. D. H.	Declaración Universal de Derechos Humanos.
C. A. D. H.	Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
P. I. D. E. S. C.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
P. I. D. C. P.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
P. F.	su Protocolo Facultativo.
C. P. S. D. G.	Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
C. I. E. T. F. D. R.	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
C. E. T. F. D. M.	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
C. T. T. P. C. I. D.	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
C. D. N.	Convención sobre los Derechos del Niño.
C. I. D. F. P.	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
Ley o ley	según esté vigente o derogada, con la aclaración "de facto" cuando no emana del Congreso sino de los reiterados gobiernos militares.
Dec.	decreto del Poder Ejecutivo Nacional.
CC	Código Civil.
CP	Código Penal.
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley de facto 17.454/67, reformada por ley de facto 22.434/81).
C'PPN	Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984 de 1991).

CPMP	ex Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2373 de 1888).
F. 304:1220	Colección <i>Fallos</i> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde el primer número refiere al tomo y el segundo a la página.
(c. 5) o con. 5	número de considerando, generalmente de los votos de los jueces de la Corte.
L. L. 12-24	Revista <i>La Ley</i> , tomo 12 y página 24.
L. L. 1998-A-24	Revista <i>La Ley</i> , volumen A del tomo del año 1998 y página 24.
Suplem. L. L. de Der. Const., 13-12-96, p. 33.	Suplemento publicado por la Revista <i>La Ley</i> de Derecho Constitucional dirigido por G. Bidart Campos.
J. A. 12-24	Revista <i>Jurisprudencia Argentina</i> , tomo 12 y página 24.
J. A. 1998-I-24	Revista <i>Jurisprudencia Argentina</i> , volumen I del tomo del año 1998 y página 24.
E. D. 12-24	Revista <i>El Derecho</i> , tomo 12 y página 24.
D. T. 12-24	Revista <i>Derecho del Trabajo</i> , tomo 12 y página 24.
O. C. N° 4/86	Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4 del año 1986.

En el análisis de ciertos fallos, cuando se dice: “*Hechos*” se refieren no sólo circunstancias fácticas (de tiempo, lugar, modo, partes), sino que eventualmente se incluye la mención del tribunal inferior interviniente, argumentos jurídicos de la o las partes y, en ciertas oportunidades, los antecedentes; y cuando se dice “*Comentario al fallo*” se procura invitar a que el lector reflexione y complete, corrija, disienta o, quizá, coincida con las breves consideraciones críticas que se apuntocan.

LIBRO PRIMERO
ELEMENTOS DE LA
TEORÍA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES PRELIMINARES

1. Constitución es aquello en lo que consiste un Estado. Desde este punto de vista la constitución es equivalente al Estado: éste no tiene una constitución sino que es una constitución. La constitución de un Estado se integra por segmentos inescindibles del todo, que sólo se distinguen gracias al análisis científico. Dichos segmentos son: la costumbre constitucional (conducta, por ej. la práctica por la cual la Corte Suprema le ha prestado reconocimiento a los gobiernos de facto), la ideología constitucional (valores, por ej. los ideales liberales que inspiraron a la Constitución de 1853 y los correctivos solidaristas de 1957 y 1994), y el derecho constitucional positivo (normas jurídicas, por ej. el texto de la Constitución Nacional).

2. Derecho constitucional positivo es el conjunto de normas jurídicas de competencias supremas de un Estado que son elaboradas por el constituyente. Habitualmente, a este segmento de la constitución total de un Estado se refieren los juristas cuando hablan de la constitución como producto del proceso histórico-político que se da en llamar constitucionalismo.

2.1. Decimos que es un conjunto porque esas normas no están aisladas sino integradas en un sistema en forma de estructura: es por ello que una norma aislada no es la constitución, ni la podemos comprender solitariamente, sino dentro de una unidad a través de la cual sólo es posible entenderla; por ejemplo el artículo 14 CN establece que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”* (principio de

limitación, subprincipio de reglamentación), pero esto sólo se entiende a través del artículo 28 CN que dispone que “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*” (principio de limitación, subprincipio de razonabilidad). En el caso argentino, después de la reforma constitucional de 1994, esta noción de conjunto debe completarse con la noción de bloque de constitucionalidad pues al texto de la Constitución Nacional (desde el Preámbulo hasta la última Disposición Transitoria) deben sumársele ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (ver en principio de supremacía el estudio de estos tratados y esta noción).

2.2. Decimos que todas las normas constitucionales son de competencia porque ellas habilitan (limitan o prohíben conductas) a sus destinatarios (los órganos públicos del Estado y los habitantes de la Nación). Vale decir que las normas constitucionales no son sancionatorias (su incumplimiento no está amenazado por ninguna sanción) sino habilitantes: otorgan validez al resto del ordenamiento y su incumplimiento sólo merece declaración de inconstitucionalidad o de nulidad. Por ello, precisamente, los artículos 22, parte 2ª, 29 y 119 CN no fijan penas para los delitos de sedición y traición: delegan esta tarea al Congreso Nacional. Si alguna disposición de la Constitución dispusiera alguna pena, ella no sería parte de la constitución del Estado; simplemente sería una norma del derecho común (penal o civil) que tendría carácter de suprema porque no podría ser modificada por el legislador ordinario. Tal es el caso del artículo 66 CN que faculta a cada Cámara del Congreso a “*corregir*” a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta. Pero no son sanciones las remociones o suspensiones de los legisladores (arts. 66 y 70, CN), ni el juicio político a ciertos funcionarios (art. 53, CN), ni la intervención federal (art. 6º, CN), ni el estado de sitio (art. 23, CN): son límites o restricciones a las competencias constitucionales.

2.3. Decimos que las competencias constitucionales son supremas porque confieren unidad y validez al resto del ordenamiento jurídico, pero no dependen de una validez superior. Ello no significa que la constitución carezca de validez; lo que ocurre es que la validez constitucional depende de la eficacia de su establecimiento (efectividad).

2.4. Por constitucionalismo se entiende el proceso histórico-político que se inicia con las revoluciones burguesas acaecidas en el Atlántico Norte (inglesa de 1688, norteamericana de 1776, y francesa de 1789) que al consolidarse y expandirse se plasma en textos escritos que presentan las características antes mencionadas. En su devenir se advierten diversas etapas o estadios que conforman una verdadera evolución que, sin perjuicio de sus crisis o interrupciones, permitieron el tránsito del llamado constitucionalismo “clásico o liberal burgués” al “social” (para ese desarrollo remitimos a lo dicho en la introducción a los derechos sociales).

2.5. El derecho constitucional positivo argentino es el texto normativo constitucional constituido por el Preámbulo, 129 artículos numerados con la inclusión del artículo 14 nuevo o 14 bis incorporado en 1957 a continuación del artículo 14, con más sus diecisiete Disposiciones Transitorias y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (ambos fragmentos conforman la noción de bloque de constitucionalidad), las leyes orgánicas, y la interpretación jurisprudencial que de ellos ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. Ciencia constitucional es el conocimiento sistemático y de acuerdo a un método del derecho constitucional positivo de un Estado. Vale decir que el objeto de esta “ciencia”, de acuerdo a la orientación habitual de los constitucionalistas, no es toda la constitución sino el conjunto de normas constitucionales positivas, lo que comúnmente se llama Constitución Nacional. La ciencia constitucional, como se refiere a una constitución positiva concreta, es susceptible de verificación empírica, lo cual se realizará dentro del proceso histórico de cada país. Así, la ciencia constitucional argentina es el conjunto de doctrinas elaboradas por los constitucionalistas que estudian la Constitución positiva argentina.

4. Teoría constitucional es el conocimiento abstracto (no empírico) de los conceptos constitucionales fundamentales. En razón de ser abstracto, este saber tiene validez universal y, gracias a él, la ciencia constitucional de cada país puede sistematizar su objeto. Es decir que la teoría constitucional viene a ser el método que utilizará la ciencia constitucional para su mejor conocimiento (por ej. el poder constituyente y la tipología de conceptos de constitución). La teoría constitu-

cional es una parte de la teoría del Estado que se ocupa de los conceptos teóricos del Estado referentes a la constitución.

5. Estructura constitucional: la actividad del teórico constitucional le permite a éste elaborar todo el material que integra la constitución del Estado. Es así como a la constitución se la puede ver como una estructura donde los segmentos que la integran (costumbre, valores y normas) se dan como subestructuras internas dentro de la estructura constitucional total.

5.1. Estructura es, en general, la interrelación de partes en función de un todo. La funcionalidad de la relación hace nacer principios que sirven de fundamento a la estructura. Si una parte deja de funcionar se afecta la totalidad de la estructura.

5.2. Se pueden distinguir tres subespecies de estructuras (subestructuras) dentro de la estructura constitucional del Estado: la morfológica, la normativa y la psicológica.

5.2.1. *La subestructura morfológica* destaca las relaciones témporo-espaciales en las que se dan las costumbres constitucionales. Es así como el Estado argentino está formado por un espacio físico (que le sirve de ámbito espacial de validez a nuestra Constitución), por una población (que integra el ámbito personal señalado), y por una ubicación histórica (que forma el ámbito temporal).

5.2.2. *La subestructura normativa* es el conjunto de normas, valores y conocimientos que regulan la vida social. Aquí encontramos las ideologías políticas en pugna en el proceso histórico argentino, las creencias religiosas, los usos y costumbres sociales en tanto sean fundamentales y se hayan objetivado en normas, y, finalmente, las normas constitucionales creadas por el constituyente (de 1853 y sus reformas).

5.2.3. *La subestructura psicológica* es la constitución psicosocial de la sociedad argentina que permite internalizar y llevar a la realidad el conjunto de normas, valores y conocimientos que integran la subestructura normativa.

6. Relación de la ciencia y la teoría constitucional con otras disciplinas: el análisis estructural que hemos realizado facilita su estudio comparativo con las ramas del conocimiento que se relacionan con ellas.

6.1. *La subestructura morfológica constitucional* es el campo de investigación de la economía política, de la geografía política y de la geopolítica; disciplinas todas ellas de base empírica verificable. También aquí corresponde ubicar a la historia política y constitucional, pero en este caso el método ya no será empírico sino comprensivo e historicista.

6.2. *La subestructura normativa constitucional* es el campo de investigación de la teoría del Estado y también de la ética social y de la filosofía política; la fundamentación de estas últimas disciplinas es metafísica, a diferencia de la ciencia constitucional que es empírica y positiva. En cambio, la teoría constitucional, al igual que la teoría del Estado, se basa no en proposiciones verificables en casos concretos, sino en conceptos abstractos de validez universal. Para conocer la constitución total de un Estado es inevitable transitar por todas estas disciplinas. Con frecuencia la pureza metódica se torna ilusoria pues ocurre que el científico que hace teoría del Estado invade el campo de la sociología política y con mayor frecuencia superpone su acción a la del teórico constitucional. También el filósofo de la política distingue con dificultad su disciplina de la teoría del Estado.

6.3. *La subestructura psicológica constitucional* es el campo de investigación de la psicología social y política, así como de la antropología. Pero también en este campo actúa la sociología política (también llamada ciencia política), pues la subestructura psicológica no sólo abarca la vida psíquica sino que ella es la estructura social de la conducta humana. Todas estas disciplinas tienen una orientación empírico-comprensiva.

7. Objeto de la ciencia constitucional y de la sociología política: la ciencia constitucional sostiene que el derecho constitucional tiene un objeto, incurriendo en el error de confundir la ciencia con el objeto de su estudio. En rigor el derecho constitucional no tiene un objeto sino que él es el objeto de la ciencia constitucional.

7.1. Vale decir, el objeto de la ciencia constitucional es el derecho constitucional, el ordenamiento positivo normativo que se conoce como constitución vigente en un Estado. La característica de este objeto es que es "ideal", pues las normas son proposiciones formuladas en el mundo del deber ser. Pero como las normas en cuanto ideas no cumplen ninguna función social y lo que interesa al jurista es esa función, el constitu-

cionalista tendrá como objeto las normas constitucionales en tanto éstas regulan la vida del Estado. Es por esto que la ciencia constitucional también estudia la realidad en la medida en que ésta permite verificar la eficacia normativa. Para conocer las normas constitucionales eficaces el constitucionalista no sólo tiene en cuenta el texto de la Constitución Nacional, sino también lo que ha dicho de ese texto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (jurisprudencia constitucional), y cuáles son las costumbres constitucionales que desenvuelven el texto de la constitución (*secundum constitutionem*), dejan de lado su texto (*contra constitutionem*) y suplen el silencio del texto (*præter constitutionem*).

7.2. Por su parte, la sociología política (ciencia política) tiene por objeto las relaciones sociales vinculadas con los distintos tipos de la dominación política (legal, burocrática, carismática, feudal y tradicional), los modos de llegar al poder o influir sobre él (partidos políticos y grupos de presión), la legitimidad de los que gobiernan y los distintos tipos de lucha social. Este objeto es real y no ideal pues se integra con relaciones de conducta social. Ocurre que en determinado momento la conducta social política puede objetivarse y engendrar normas consuetudinarias: en este caso el objeto dejará de interesar a la sociología política.

8. Orden político y orden constitucional: entre la sociología política y la ciencia constitucional hay un punto de encuentro (el poder constituyente). En efecto, en el poder constituyente se tocan los dos ordenamientos de la vida social: el político y el constitucional.

8.1. El orden político es el que encauza las fuerzas sociales y a través del cual se expresa el espíritu del pueblo. Cuando madura, el orden político se traduce en el poder constituyente dentro del cual se sintetizan las corrientes políticas en pugna en el Estado. Para llegar al funcionamiento del poder constituyente los pueblos deben superar primero sus antinomias y contradicciones; ellos deben integrarse: un pueblo sin integración difícilmente podrá constituirse plenamente (por ej. en la Argentina, antes de disolverse la antinomia entre monarquía o república y entre unitarios o federales).

8.2. El orden constitucional es creado por el poder constituyente y es el que ordena el funcionamiento y las competencias de los poderes públicos, poniéndoles límites en salvaguarda de los derechos de los particulares.

CAPÍTULO SEGUNDO

TIPOLOGÍA Y CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

1. La teoría constitucional y la ciencia constitucional elaboran el material empírico proveído por la realidad estructural del Estado y construyen, cada una con método apropiado, tipologías y clasificaciones de las constituciones.

1.1. La teoría constitucional opera desde una perspectiva universal (válida para todas las realidades estatales), abstrayendo de la realidad empírico-histórica las notas esenciales que se perciben en la estructura total del Estado. Desde distintas perspectivas teóricas (historicismo, decisionismo, sociologismo, racionalismo o dialecticismo) y utilizando métodos propios, cada corriente teórica construye tipos conceptuales sobre la constitución del Estado. Los tipos construidos no se dan con pureza en ninguna realidad estatal; ellos son el metro o medida que tiene el teórico para verificar el grado de acercamiento al tipo, lo que se produce cuando se compara una constitución concreta con las abstracciones teóricas construidas.

1.2. La ciencia constitucional opera desde una perspectiva parcial (válida para la región o regiones de donde obtiene sus datos), clasificando las constituciones de los Estados de acuerdo con notas que le son comunes. La ciencia exige que el material empírico constitucional responda con exactitud a las características previstas en las clasificaciones. Cuando la dinámica de la historia modifica la realidad, el científico modifica las clasificaciones.

A) Tipología constitucional

1. Tipo histórico tradicional: el historicismo considera como constitución al orden que emana del pasado y no de la razón. Esta concepción tiene las siguientes características:

1.1. *Es determinista*, porque no admite que la libertad del hombre pueda modificar discrecionalmente la historia. Ésta le está impuesta al hombre.

1.2. *Se basa en la tradición*, en los usos y costumbres constitucionales o en las convenciones, como fuente del ordenamiento, pero no en la ley. La constitución no es lo que la ley escrita quiere, sino lo que manda la costumbre: la ley sólo puede recoger el dictado de la tradición; ella es declarativa pero no constitutiva.

1.3. *Es singularista*, pues los sujetos de la historia son unidades individuales (el pueblo, la nación, el rey, el parlamento, el líder) que no pueden ser abarcadas por generalizaciones. La historia es el reino de lo singular y de lo original en permanente devenir; pero en el devenir está la continuidad, porque él sólo desenvuelve el pasado hacia el futuro (sólo gracias al pasado se entiende el presente y se avizora el futuro). La constitución de un pueblo vale sólo para ese pueblo, pero no para otros pueblos.

1.4. *Es irracional*, pues entiende que la constitución de un pueblo no es el producto de la razón sino de otros factores.

1.5. *Es antiformalista*, pues sostiene que no cabe realizar la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, ni entre poder constituyente y poderes constituidos: no tiene sentido dar más relevancia a determinados sucesos nacidos en ciertas circunstancias que a otros por el solo hecho de una cuestión formal dependiente del pasado. El respeto al pasado se debe a motivos éticos, metafísicos o materiales, pero no formales.

1.6. El método utilizado por el historiador *es empírico*, no racional apriorístico.

1.7. Se manifiesta en tres corrientes:

1.7.1. *El historicismo conservador* (Burke y De Maistre), según el cual la historia es un desenvolvimiento del pasado que ni la razón ni la libertad humana pueden modificar.

1.7.2. *El historicismo liberal* (von Humboldt y Croce), según el cual la libertad planifica y orienta a la historia, pero no la crea.

1.7.3. *El historicismo revolucionario* (Marx y Engels, 1), según el cual la historia se modifica por un proceso dialéctico inevitable de lucha de clases (en la historia está la revolución).

2. Tipo racional normativo: en las antípodas del historicismo el racionalismo considera como constitución a la norma fundamental del ordenamiento jurídico que sirve de razón de validez al mismo. Esta concepción tiene las siguientes características:

2.1. *Es racionalista*, pues confía en que en un solo acto y de una vez para siempre se puede regular el futuro de un pueblo. Se basa en el convencimiento de que la razón puede captar la esencia común de los acontecimientos variables que se producen en la historia y, sobre la base de esa esencia, elaborar la constitución del Estado a través de un acto del poder constituyente.

2.2. *Es normativista*, pues sostiene que se constituye un Estado a partir de prescripciones que indican el deber ser y que basta conocer una constitución averiguando el sentido normativo objetivado en los textos.

2.3. *Es sistemática*, pues considera que el ordenamiento elaborador debe contener un orden y un equilibrio interno que lo hagan comprensible.

2.4. *Es formalista*, pues considera que la constitución debe hacerse sólo por escrito y reformarse a través del procedimiento previsto por ella.

2.5. Considera que la función constitucional radica en *distribuir las competencias supremas del Estado*. Constituir significa otorgar competencias.

2.6. *Despersonaliza la soberanía* que se encuentra en la propia constitución. Soberana es la constitución y no el rey, ni el parlamento, ni el pueblo, pues soberanía significa invalidez, es decir, la cualidad de la norma fundamental cuya validez no depende de otra superior. De esta forma se despersonaliza el Estado; el Estado es un conjunto de normas, pero no un dato histórico particularizado.

2.7. Subordina el ordenamiento jurídico a la *supremacía de la constitución* y jerarquiza dicho ordenamiento a partir de esta última, en grados sucesivos cada vez más individualizados: constitución, tratado, ley, decreto, sentencia.

2.8. *Es esencial a la economía capitalista* que precisa contar con un sistema basado en el cálculo más exacto posible. El ordenamiento constitucional garantiza la estabilidad de los negocios.

2.9. Distingue el *poder constituyente del poder constituido* y dentro del primero *el originario y el derivado*. Sólo el poder constituyente puede reformar la constitución, de acuerdo con los procedimientos y con los límites que le han sido fijados. De forma tal que, por diferente camino, desemboca en el mismo *espíritu conservador* de una de las corrientes del historicismo: es preferible no modificar la constitución (el historicismo conservador lo sostendrá por razones éticas, el racionalismo por razones formales).

2.10. El método utilizado por el normativismo es el *racional*; se parte de un a priori que es la suposición de que por detrás de la constitución positiva existe una norma hipotética o un principio de justicia.

2.11. Se apoya en la idea de la *validez*: la constitución positiva del Estado existe (es válida) porque puede ser reconocida por una norma hipotética fundamental o por adecuarse al ideal de justicia.

2.12. El racional normativismo tiene dos vertientes:

2.12.1. *La iusnaturalista*, desarrollada por el liberalismo burgués, sostiene que un Estado carece de constitución si ésta no garantiza los derechos individuales y el principio de la división de poderes (art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Esta corriente está comprometida con una tendencia política y mide las constituciones de acuerdo con su correspondencia con una escala de valores políticos (Rousseau, Jefferson y Constant).

2.12.2. *La positivista*, desarrollada por la escuela de Viena, que sostiene que cualquiera sea el contenido político de la constitución ella será válida con tal de que sea eficaz. Distingue en la constitución del Estado: la *validez* que proviene de la norma hipotética (lógica, no positiva) y el *contenido* que proviene de un acto de voluntad positivo (Kelsen).

3. Tipo empírico sociológico: frente al historicismo y al racionalismo, el sociologismo conceptúa a la constitución como el orden inmanente al ser de la estructura social. Esta concepción tiene las siguientes características:

3.1. *Es estructuralista* al entender a la constitución como surgiendo

de la estructura social que se da en el presente (y no como desenvolvimiento del pasado: historicismo, ni de la razón: racionalismo).

3.2. *Afirma el ser social* con preferencia al deber ser, al que le niega capacidad constituyente (contra la tesis expresa del racionalismo normativista: la constitución es lo que es y no lo que debe ser).

3.3. Considera prevalente a la *infraestructura social*, con desmedro de la superestructura (normas). La constitución es lo que son los factores reales y efectivos de poder: la monarquía, la oligarquía, la burocracia, la burguesía, la clase obrera (Lassalle), o lo que quieren que sea los poseedores de los medios de producción y de cambio o lo que resulta de la voluntad de la clase social dominante (Marx-Engels, 1).

3.4. Considera que la revolución sólo es posible a partir de la *modificación de la realidad social* y no por el simple cambio de la normatividad. “El auténtico motor de la revolución no es la idea de igualdad, sino la desigual distribución del bien social” (von Stein).

3.5. Se basa en la idea de *vigencia o efectividad*: la constitución vale sólo si es efectiva. Sostiene la existencia de una *legalidad propia de la realidad social* que no puede ser manejada por la normatividad racional.

3.6. Entiende que la libertad no depende del reconocimiento racional que hace el Estado, sino de las *condiciones de vida* existentes en la sociedad.

3.7. Afirma que la soberanía está en *los poderes concretos* y no en la constitución formal (en esto coincide con el historicismo y se aparta del racionalismo).

3.8. No parte de la base de la tradición, ni de la ley escrita como modos prevalentes para formar la constitución del Estado, sino de la *lucha social* como factor dinámico que crea lo nuevo (lucha de clases en Marx, lucha de elites en Pareto, y selección social en Weber).

3.9. El método utilizado es el *empírico inductivo* basado en la observación y la experimentación.

3.10. *No disuelve la antinomia* planteada entre el historicismo y el normativismo: se enfrenta a los dos sin encontrar una síntesis.

3.11. El sociologismo tiene dos vertientes:

3.11.1. *La conservadora*, que describe la constitución como el es-

tado de cosas favorable a los intereses creados y con tal de consolidarlo sostiene que las normas no deben modificar la realidad (von Stein).

3.11.2. *El revolucionario*, que sostiene la insuficiencia del concepto liberal burgués de constitución, pues la realidad muestra que la libertad y la igualdad predicadas no se cumplen, siendo necesario actuar sobre la estructura económica capitalista concreta para modificar la constitución (Marx y Lassalle).

4. Tipo decisionista: para esta concepción la constitución es la decisión fundamental sobre el modo o forma de gobierno de un pueblo (C. Schmitt). Las características que forman la tesis son las siguientes:

4.1. *Es voluntarista* (no racionalista, ni historicista, ni sociologista, ni dialéctica), pues sostiene que la constitución consiste en aquellas decisiones fundamentales como las que establecen la república, el sistema liberal o el federalismo. Una constitución es válida cuando emana de un poder (fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. Ésta se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser y no en el deber ser.

4.2. *Las decisiones fundamentales* son las que determinan la unidad política del Estado y no la constitución formal del mismo; ésta es resultado de la decisión fundamental y no a la inversa.

4.3. Entiende que no es la norma la creadora de la ordenación sino la *decisión fundamental*. La norma sólo estructura la ordenación preexistente.

4.4. Distingue *constitución* (decisión fundamental) de las *leyes constitucionales*: éstas son los contenidos circunstanciales que el constituyente coloca en la constitución formal.

4.5. Sostiene que las decisiones fundamentales no pueden ser modificadas por el procedimiento de reforma previsto: si ello ocurre se estaría anulando la constitución. Por ese procedimiento sólo se pueden reformar las leyes constitucionales.

4.6. Entiende que si se acepta al racionalismo normativista (Kelsen), ello importaría sostener que la constitución consiste en la disposición que regula *el procedimiento para su reforma* (el caso del art. 30, CN); de este modo se elevan al rango de constitución disposiciones que no son fundamentales y se rebaja el concepto de constitución al nivel de

decisiones no fundamentales (en la Constitución de Weimar, por ej., el derecho de los empleados públicos a revisar su legajo personal o el de los alumnos a recibir un texto de esa constitución).

4.7. Sostiene que no es posible un derecho general, válido para todos los casos, sino sólo un *derecho de situación*, capaz de resolver la novedad que suscita el cambio.

4.8. A la decisión fundamental normalmente se llega luego de un *proceso de tensión* entre las corrientes políticas antagónicas que pugnan por determinar la forma de gobierno. La historia muestra dicho antagonismo entre monárquicos y republicanos, unitarios y federales, liberales y colectivistas. Puede ocurrir que el antagonismo se resuelva en un compromiso o transacción entre los sectores en lucha.

4.9. Asimismo, en *casos de emergencia* (estado de guerra o de sitio) sólo pueden suspenderse las leyes constitucionales y no las decisiones fundamentales, pues la suspensión se efectúa para salvaguardar a estas últimas y no para destruirlas.

4.10. Afirma que el *poder constituyente*, dado que es el que toma la decisión fundamental, sólo puede ser originario y no derivado. El poder constituyente no depende de una norma que le dé validez sino de su simple existencia.

4.11. El decisionismo distingue los siguientes conceptos de constitución:

4.11.1. *Constitución absoluta*: la totalidad de las relaciones sociales (estructura social) y normativas (ordenamiento jurídico) existentes en un Estado, que hacen que éste sea lo que es. Es la situación total de unidad y ordenación política de un Estado.

4.11.2. *Constitución relativa*: las leyes constitucionales formales, elaboradas de acuerdo con el procedimiento de reforma previsto.

4.11.3. *Constitución positiva*: las decisiones fundamentales sobre modo o forma de gobierno. Único concepto correcto sobre constitución.

4.11.4. *Constitución ideal*: las corrientes políticas que caracterizan sólo como constitución aquellos ordenamientos que garantizan determinados contenidos ideológicos. Para los liberales burgueses, sólo son constituciones las que aseguran las libertades individuales y la división

de poderes; para las colectivistas, sólo son constituciones las que socializan la posesión de los medios de producción.

4.12. Las decisiones fundamentales se toman *en cualquier circunstancia* que sea propicia, no porque sean algo valioso, sino porque han sido establecidas: con motivo de una asamblea constituyente o en la oportunidad de un referéndum o plebiscito.

4.13. No importa en *dónde se coloquen las decisiones fundamentales* en el texto de la constitución formal (en las declaraciones de derechos o en el preámbulo).

4.14. El método utilizado es *empírico*, basado sólo en la observación y en la experiencia: no es apriorista, no es metafísico, ni tampoco dialéctico.

5. Tipo dialéctico: en un esfuerzo por disolver la antinomia ser-deber ser, el concepto dialéctico entiende como constitución al producto normativizado (hecho forma) de la normalidad social (Heller). He aquí sus principales características:

5.1. *No cabe separar con rigidez el ser del deber ser.* El sentido constitucional es un ser-deber ser que surge como producto, no como proceso (historicismo), cuando la normalidad existente en la vida social se formaliza en normas. Destaca que es inexacto que el sentido de las normas sea lo que debe ser y no el ser (Kelsen), ni que sea sólo el ser y no el deber ser (Schmitt); la *constitución es un ser-deber ser en recíproca acción*, de allí su denominación de dialéctico a secas para distinguirlo del materialismo dialéctico propio del marxismo (tipo histórico o sociológico, ambos en su corriente revolucionaria).

5.2. Entiende que la *constitución total* del Estado está integrada por la *constitución no normada* y por la *constitución normada*: ésta puede ser jurídica o extrajurídica (costumbre, moral, religión, urbanidad, moda).

5.3. La constitución no normada es *la normalidad*, es decir, el simple uso de carácter fáctico que engendra la probabilidad previsible de que la cooperación entre los miembros de la sociedad se volverá a producir en el futuro. Dicha probabilidad engendra una regla de previsión empírica en tal sentido.

5.4. La normalidad está integrada por *actos que están en la realidad* (todo acto supone: motivo, fin, medios y sentido subjetivo). La normatividad es la objetivación del sentido objetivo social: la conexión

de los sentidos subjetivos que se dan en la realidad. Entre acto, sentido, realidad y significación hay una relación dialéctica.

5.5. Sólo el uso fáctico no constituye el Estado (como lo sostiene Savigny) porque es fácilmente comprobable que en él existe una actividad consciente dirigida a *organizar la cooperación* que se da de hecho: dicha organización es la normatividad (o constitución normada).

5.6. Sostiene también que entre *la normalidad y la normatividad* hay una relación de influencia recíproca (dialéctica), de modo que lo que de hecho se realiza pretende convertirse en debido (normativo), y lo normativo impuesto por la voluntad consciente de la autoridad pretende convertirse en normalidad social.

5.7. Afirma que la diferencia entre la normalidad y la normatividad está en *la necesaria valoración* existente en la segunda. Los hombres matan con cierta regularidad, pero esto no se convertirá nunca en norma, por frecuente que ello sea: la prohibición de matar se apoya en la valoración de la vida humana.

5.8. De este modo, la normalidad (uso fáctico) se convierte en *normalidad normada* (uso hecho norma) cuando surge la afirmación positiva de un valor que hace ejemplar (obligatorio) dicho comportamiento: es así como el uso se convierte en costumbre.

5.9. Señala que en la constitución del Estado *la normalidad es dinámica y la normatividad es estática*. Para que perdure la organización deberá renacer constantemente a tenor de la vida cambiante: la norma es forma abierta a través de la cual pasa la vida.

5.10. Pero también observa que la vida social (las relaciones reales del poder: Lassalle) no es un caos sino que está *ordenada unitariamente en el Estado* a través de la organización (formal) constitucional. De esta forma la organización puede cumplir dos funciones: modificar la normalidad o consolidarla (garantizar su efectividad).

5.11. El poder constituyente para poder actuar precisa de una *normación* (jurídica o extrajurídica) que lo legitime: poder y norma están también aquí en relación dialéctica.

5.12. Señala que si bien puede existir una *normalidad sin normatividad*, la inversa no es posible pues toda normatividad debe ser, en cierta medida, coincidente con la normalidad social.

5.13. La normatividad constitucional se forma por:

5.13.1. *Preceptos jurídicos* (prescripciones): dirigidos directamente a la voluntad de los destinatarios; son normas precisas utilizadas por los jueces para dirimir los conflictos.

5.13.2. *Principios lógicos del derecho*: obtenidos por el científico mediante abstracción de los preceptos jurídicos; por ejemplo el principio de razonabilidad.

5.13.3. *Principios generales del derecho* (éticos): surgen de la normalidad social (son una normatividad extrajurídica) y no afectan la voluntad de los destinatarios (no regulan concretamente su conducta), pero como son los más conocidos por la comunidad, aseguran la ordenación social. Estos principios son recibidos en la constitución jurídica de dos modos: 1) *materialmente*, por formulaciones del contenido del principio (por ej. en la Constitución de Weimar, cuando se refiere a la monogamia o a la educación familiar de los hijos), pero no en un precepto concreto, y 2) *formalmente*, cuando delega a la normalidad social la función de concretar el principio (por ej. la referencia a las buenas costumbres o a la buena fe). En ambos casos la expresión normativa de los principios es la puerta por donde entra el cambio de la vida en las normas constitucionales y permite que la constitución sea permanente. Gracias a los principios, los preceptos constitucionales cobran sentido.

5.14. El método es *dialéctico*: conjuga los polos opuestos para comprender la realidad total del Estado.

6. Tipo cibernético: el núcleo que permite definir adecuadamente a la constitución es pensarla como el *programa* del sistema social que permite la organización de aquél. Esta concepción merece las siguientes explicitaciones:

6.1. Como *programa político* la constitución debe adoptar las múltiples características de la realidad ambiental que conforma el entorno de lo social.

6.2. Las *demandas* y las *decisiones* políticas son el resultado de múltiples variables: históricas, en la medida en que la sociedad expresa sus tradiciones; culturales, en la medida en que en su seno se agregan valores; económicas, en la medida en que la sociedad tiene recursos; ecológicas, en la medida en que dichos recursos conforman un siste-

ma natural integral. Estas variables conforman el *ambiente o entorno del sistema* político, campo temático denominado, tradicionalmente, la “constitución material” del Estado.

6.3. Si la *constitución positiva* se aparta en lo sustancial de la *constitución material* correrá el riesgo de ser una simple hoja de papel, una fórmula nominal, predicada pero no cumplida: ése será el momento de introducirle reformas. Si las reformas no se producen, sólo serán posibles estas dos consecuencias: o la constitución normativa será derogada por el desuso (caso de las mutaciones constitucionales), o ella deberá ser impuesta por la fuerza, a costa de la legitimidad del sistema político o a costa de la libertad del pueblo.

6.4. El sistema político que organiza la constitución está conformado por una *organización burocrática* que funciona como *caja negra* dentro del sistema, poco adaptado a las exigencias del sistema republicano, en la medida en que la república significa gobierno de la cosa pública; en tanto que la caja negra burocrática gobierna a partir del secreto. Un sistema cibernético debe desarrollarse a partir de la apertura de la información a todo el tejido social: eso es lo que tiene que lograr una organización constitucional equilibrada y eficiente (en *homeostasis*) y no en permanente desequilibrio.

6.5. Los *selectores de la energía política* (las demandas sociales) deben estar abiertos al entorno social, y suficientemente comunicados entre sí entre los *selectores primarios* (grupos de presión), los *secundarios* (partidos políticos) y los *de tercer nivel* (el aparato burocrático).

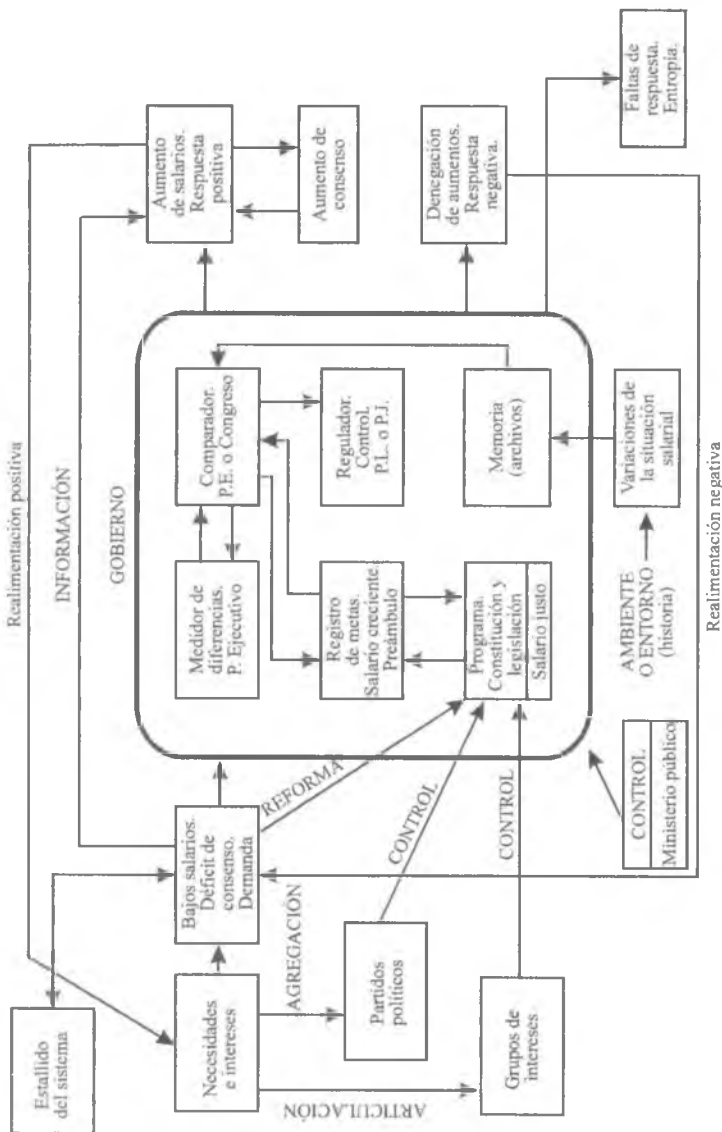
6.6. Un sistema constitucional, a tenor del modelo cibernético, debe implementar un sistema de controles adecuados para lograr que la información circule con fluidez, y, mediante esa circulación, lograr un adecuado incremento en el dinamismo social.

6.7. Sin una comprensión *organizacional y sistémica* de la constitución del Estado difícilmente ella podrá operar como un instrumento eficiente para lograr el equilibrio que necesitan las sociedades para impulsar su desarrollo, a la altura de los objetivos que le vaya dispensando el hecho histórico.

6.8. El siguiente es un cuadro que perfila sintéticamente, a partir de un ejemplo concreto, el funcionamiento del sistema político para el tipo cibernético de constitución:

TIPO CIBERNÉTICO

(consultar QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Cibernética y política*, distribuye Depalma, Buenos Aires, 1985)



B) Clasificación de las constituciones

La ciencia constitucional ha formulado una serie de clasificaciones de las constituciones que pueden reseñarse a partir de dos ejes temporales (pretéritas y recientes):

1. Clasificaciones pretéritas:

1.1. Constituciones escritas o no escritas:

1.1.1. *Constitución escrita*: aquella formulada en uno o varios documentos por escrito. Desde los siglos XVII y XVIII (origen del constitucionalismo y predominio de la imprenta) se concreta en la “hoja de papel” impresa o editada. Aunque contemporáneamente su soporte físico puede cambiar (ej., base digital) se mantiene su perenne peculiaridad lingüística.

1.1.2. *Constitución no escrita*: aquella que sólo es consuetudinaria. No hay Estados en la actualidad con constitución exclusivamente de esta clase.

1.2. Constituciones dispersas o codificadas:

1.2.1. *Constitución dispersa*: aquella formulada en actos producidos sin unidad de sistema, sean legales o consuetudinarios (ej., Constitución del Reino Unido).

1.2.2. *Constitución codificada*: aquella formulada con unidad de sistema, sólo a través de la norma escrita y mediante un procedimiento que permita identificarla (ej., Constitución de los Estados Unidos).

1.3. Constituciones materiales o formales:

1.3.1. *Constitución material*: es la “normalidad” que se conforma por usos, costumbres, factores y grupos de poder.

1.3.2. *Constitución formal*: es el texto normativo adoptado de acuerdo con procedimientos establecidos que permitan individualizarla (la normatividad jurídica destacada).

1.4. Constituciones definitivas o de transición (Alberdi, 1):

1.4.1. *Constitución definitiva o de conservación*: es la que se establece en una etapa de consolidación, luego de concluido un proceso de tensiones.

1.4.2. *Constitución de transición o creación*: es la que se dicta en una etapa de tensiones que necesita madurar el proceso en búsqueda de síntesis.

1.5. Constituciones rígidas o flexibles (Bryce):

1.5.1. *Constitución rígida*: aquella que sólo puede ser reformada mediante un procedimiento distinto y más dificultoso que el utilizado para elaborar la legislación ordinaria, siempre que esté controlada la constitucionalidad de las leyes. De acuerdo con ello es rígida una constitución tanto si la reforma un órgano especial (ej., una convención constituyente: Constitución argentina), como si lo hace el legislador ordinario pero por un procedimiento más dificultoso (ej. por el voto de mayoría agravada: Constitución de Brasil).

1.5.2. *Constitución flexible*: aquella cuya reforma es efectuada por el órgano legislativo ordinario o cuando formalmente está previsto un procedimiento más dificultoso, pero no está controlada la constitucionalidad de las leyes por un órgano independiente del controlado. Claro ejemplo es la Constitución de Cuba (de 1976, reformada en 1992) donde la Asamblea Nacional del Poder Popular concentra tres potestades: la legislativa, la constituyente (aunque reforma la Constitución por una vía agravada) y la de contralor de la constitucionalidad de normas infraconstitucionales.

1.5.3. La distinción entre constituciones rígidas y flexibles ha sido relativizada por la doctrina. Se sostiene que la Constitución británica (habitualmente considerada flexible) es en verdad rígida porque las “convenciones constitucionales” han establecido en el Reino Unido que si el Parlamento tiene que dictar una ley que afecte el orden constitucional o político del país, es necesario recabar un pronunciamiento popular mediante una nueva elección del Parlamento, previa disolución de éste (Vanossi, 3). Por nuestra parte entendemos que si el control de constitucionalidad no invalida las leyes inconstitucionales la constitución es, en rigor, flexible, pues el legislador podrá modificar la constitución (cuando dicta leyes inconstitucionales) desde que dicha medida no será invalidada.

1.5.4. No existen inconvenientes para que una constitución sea en parte rígida y en parte flexible. Asimismo, la rigidez puede tener grados dentro de una misma constitución: para ello basta con sujetar a distintos procedimientos agravados la reforma de diferentes partes de la constitución (ej. Constitución del Reino de España).

1.5.5. *Ventajas y desventajas de la flexibilidad y de la rigidez*: la

flexibilidad constitucional permite ir adecuando paulatinamente la normalidad con la normatividad constitucional e impide el desajuste entre ambos campos; ello significa que el costo político y la lucha social serán menores. En cambio, la rigidez asegura la supremacía constitucional; evita que mayorías políticas circunstanciales en el Congreso decidan cuestiones fundamentales que necesitan un consenso general y no sólo del momento; pero puede favorecer el surgimiento de tensiones sociales cuando la dificultad de los procedimientos previstos impidiese una reforma exigida por los factores reales de poder o por los grupos de presión. En tal caso la rigidez es disfuncional pues favorece la ruptura o quebrantamiento constitucional –por vías de hecho–, que es lo que precisamente quiere evitar.

1.6. Constituciones pétreas-eternas (Kelsen):

1.6.1. *Constitución absolutamente pétrea*: aquella que no puede reformarse en ningún aspecto, con o sin límite temporal (ej. la Constitución argentina de 1853 por 10 años).

1.6.2. *Constitución parcialmente pétrea*: aquella que prohíbe la reforma de una o varias de sus cláusulas (ej., las Constituciones de Italia y de Francia disponen la no revisión de la forma republicana de gobierno).

1.6.3. Parte de la doctrina sostiene que aunque no existan cláusulas expresas sobre irreformabilidad, pueden ellas surgir implícitamente en el espíritu intangible de la constitución y sólo podrán cambiarse cuando la estructura social subyacente acuse transformaciones visibles. Para Bidart Campos, en nuestra Constitución tienen ese carácter la democracia, el federalismo, la confesionalidad del Estado y la forma republicana de gobierno. Reconocer la existencia de las cláusulas pétreas tácitas es una tesis conservadora, negatoria de la libertad del hombre como protagonista de la historia; robustece la posición de la infraestructura material (aunque se hable de espíritu) dentro de la sociedad; niega la posibilidad de la revolución por medio del derecho y, de alguna manera, incita al ejercicio de la violencia, todo ello por no reconocer el verdadero carácter del poder constituyente como relación social no sujeta al derecho, sino creadora del mismo.

1.6.4. Hablar de cláusulas (expresas) y de contenidos (implícitos) pétreos es una contradicción en sus propios términos: porque si es

verdad que dichos contenidos provienen del espíritu intangible de la historia, ellos no pueden ser pétreos. Pétreo es una parte de la naturaleza, pero no la historia, pues ella es el desenvolvimiento de la libertad dentro del horizonte de valores establecidos. La constitución (Heller) es una forma abierta a través de la cual pasa la vida. El poder constituyente es el desenvolvimiento de la historia, y toda pretensión de fijarlo por medio de cláusulas pétreas es un esfuerzo ideológico por apoderarse de dicho poder y ejercerlo.

1.6.5. También se ha sostenido que las cláusulas pétreas no son sino una forma de rigidez constitucional (Biscaretti di Ruffia), pues su establecimiento sólo obligaría a agravar el procedimiento para la reforma: primero se tendría que suprimir la cláusula pétrea y luego establecer el nuevo contenido. No coincidimos con esta interpretación pues ello implicaría que la supresión de la cláusula pétrea no vale en sí misma como reforma de la constitución; para nosotros las cláusulas pétreas no tienen carácter jurídico; ellas son acatadas o no por el poder constituyente por razones de conveniencia política.

2. Clasificaciones recientes:

2.1. Constituciones originarias o derivadas (Loewenstein):

2.1.1. *Constitución originaria*: aquella que contiene principios nuevos u originales para la regulación del proceso político o la formación del Estado. Ejemplo: el presidencialismo y federalismo en la Constitución de Filadelfia de 1787 o el gobierno de asamblea de la Constitución francesa del año I (1793).

2.1.2. *Constitución derivada*: aquella que no contiene principios originales en relación con la formación del Estado, sino que adopta contenidos de constituciones originarias. La cuestión es fluida y relativa, pero en general la mayoría de las constituciones latinoamericanas serían derivadas.

2.1.3. La distinción tiene la importancia de destacar la frecuente inclinación de los constituyentes a adoptar modelos ajenos a la realidad que van a ordenar, estableciendo una suerte de dependencia cultural.

2.2. Constituciones ideológicas o utilitarias (Loewenstein):

2.2.1. *Constitución ideológica*: es la cargada valorativamente, es-

tablece un sistema axiológico-político determinado, con o sin concreción literal. Ejemplo: constituciones liberales (la argentina de 1853) o socialistas (las de la ex URSS de 1918, 1924, 1936 y 1977).

2.2.2. *Constitución utilitaria*: es la neutral ideológicamente, caracterizada por no consagrar un plexo axiológico. Ejemplo: la Constitución de la III República Francesa (1875) formada por tres *Lois constitutionnelles* relativas a la organización de los poderes públicos, sin preámbulo alguno ni declaración de derechos.

2.3. Constituciones normativas, nominales o semánticas (Loewenstein):

2.3.1. *Constitución normativa*: aquella que proclamando y regulando la limitación del poder público y el respeto de los derechos fundamentales, es generalmente aplicada y respetada y se adecua convenientemente a la realidad que regula. Ejemplo: Constitución de Suecia.

2.3.2. *Constitución nominal*: aquella que proclamando la limitación del poder público y el respeto de los derechos fundamentales, no es cumplida. Ejemplo: las constituciones latinoamericanas que han sido frecuentemente quebrantadas en la realidad.

2.3.3. *Constitución semántica*: aquella que si bien es cumplida, no regula adecuadamente la limitación del poder público ni asegura el ejercicio de los derechos fundamentales ni la democracia.

2.4. Constituciones genéricas o analíticas (Vanossi, 3):

2.4.1. *Constitución genérica*: es la que expone en forma concisa las líneas generales de la organización del Estado, delegando al legislador ordinario la regulación variable de acuerdo con las circunstancias dentro de aquel marco; ello favorece la durabilidad de la constitución. Ejemplo: las constituciones del siglo XIX.

2.4.2. *Constitución analítica*: es la que contiene un gran número de disposiciones reglamentaristas, sobre contenidos no sólo políticos, sino económicos y sociales; con frecuencia obliga a reformarla. Ejemplo: el constitucionalismo social a partir de las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1919).

C) Ubicación de la Constitución argentina en la clasificación de las constituciones

1. Es codificada: ha sido dictada en 1853 con unidad de sistema y las reformas que se le han introducido se han incorporado a dicho sistema. Sin embargo, luego de la reforma de 1994 debe preguntarse si la Constitución no ha adquirido cierta dispersión al introducir un sector de normas que sin estar incorporadas al texto ostentan jerarquía constitucional (los once instrumentos internacionales sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, párr. 2º, más los que el Congreso pueda agregar por el mecanismo del tercer y último párrafo de esa norma), tema que se desarrolla en el principio de supremacía al abordar la problemática de los tratados de derechos humanos luego de la reforma de 1994 a partir de la noción del bloque de constitucionalidad.

2. Es escrita: a pesar de las mutaciones producidas, está formulada a través de expresiones lingüísticas consagradas en su texto.

3. Es rígida: para ser reformada, el artículo 30 CN dispone un procedimiento más dificultoso que el utilizado para dictar la legislación ordinaria y la intervención de un órgano extraordinario como es la Convención.

3.1. Sin embargo, luego de la reforma de 1994, nuestra Constitución ha dejado de ser totalmente rígida a partir de la novedosa semirrigidez normativa prevista para dotar de jerarquía constitucional a aquellos tratados de derechos humanos que no la tienen por el texto constitucional por la intervención del Congreso con una mayoría muy agravada como lo dispone el artículo 75, inciso 22, párrafo 3º CN, que nosotros denominamos función semiconstituyente del P. L. (este tema se desarrolla en principio de supremacía al abordar la problemática de los tratados de derechos humanos luego de la reforma de 1994). Asimismo, el Congreso con igual mayoría agravada y el P. E. N. pueden denunciar algunos de los tratados que ostentan jerarquía constitucional según lo dispone el artículo 75, inciso 22, párrafo 2º *in fine*, CN (ver procedimiento de celebración de tratados en atribuciones exclusivas del gobierno federal).

4. No es pétrea ni contiene cláusulas pétreas (*expresas ni tácitas*):

el artículo 30 CN dispone que ella puede ser reformada “*en el todo o en cualquiera de sus partes*”.

5. Es derivada: el artículo 1º CN dice que “*adopta*” para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, habiendo utilizado para ello el modelo de la Constitución de los EE. UU. Donde más se advierte esa innegable influencia es, entre otros temas, en: control de constitucionalidad (*judicial review, self restraint, political questions*), poder de policía (*police power*), razonabilidad (*due process of law*), presidencialismo y federalismo. Ello, sin perjuicio de que a dicho modelo se le introdujeron modificaciones por los constituyentes de 1853 a tenor de nuestra experiencia histórica (ej. art. 29, CN) o por haber seguido otras fuentes (ej. la llamada cláusula del bienestar, hoy art. 75, inc. 18, CN). Es claro que esta cuestión pareciera haber perdido cierta actualidad con las abundantes instituciones introducidas por la reforma de 1994 de otro origen (por ej. Consejo de la Magistratura, Defensor del Pueblo o jefe de Gabinete, entre los órganos, y la temática indígena entre los derechos). El tema se retoma al estudiar la interpretación constitucional.

6. Es ideológica: históricamente, desenvuelve la ideología liberal individualista prevaleciente en el espíritu de los constituyentes de 1853; sumamente atenuado por el paso del tiempo y, en especial, por las reformas de 1957 y 1994 que la acercan al Estado de Bienestar o de Prestaciones. En relación con la última reforma citada, debe computarse el relevante sesgo ecocéntrico (ver conceptualización del Estado Ecológico de Derecho como última etapa del Estado de Bienestar al comienzo de derechos ambientales en derechos de incidencia colectiva).

7. Es normativa y nominal: atento a que su fuerza normativa no se expande a la totalidad de la realidad circundante.

8. Es cuasi genérica: porque si bien continúa sentando las líneas generales (estructura del Estado y la enunciación de los derechos) conforme al molde histórico del siglo XIX, la reforma de 1994 acrecentó considerablemente su texto.

CAPÍTULO TERCERO

PODER CONSTITUYENTE

1. Concepto: este tema es arduamente disputado por la teoría constitucional, pues su objeto se encuentra en el quid de la antinomia ser-deber ser. ¿A cuál de los dos campos pertenece, o es que en él se da la síntesis? ¿El poder constituyente es realidad social o idealidad normativa, proceso o producto? Como consecuencia de ello, se discute dónde se lo debe ubicar dentro de los campos objetivos clasificados por la ciencia: ¿forma parte del derecho o está fuera del mismo?, ¿es un objeto metafísico o es empírico?, ¿hay distintas clases de poder constituyente o es uno e invariable? Pero no sólo la ubicación es discutida, también hay polémica acerca de si el poder constituyente tiene límites o si es absoluto, y si es equivalente al concepto de soberanía y competencia constitucional.

1.1. Para nosotros, el poder constituyente es una relación social de mando y obediencia a través de la cual la sociedad establece la distribución y el modo del ejercicio monopólico de la fuerza. Para entender la relación social “poder constituyente” debemos analizar sus elementos:

1.1.1. *Relación social:* es la clase de acción social que se caracteriza por tener su sentido (orientación de la acción) recíprocamente referido entre los sujetos que intervienen en ella: cada sujeto de la relación orienta la acción hacia el o los otros sujetos, ello en forma recíproca.

1.1.2. *Poder:* es la relación social de mando y obediencia. Sólo hay poder cuando el mandato de un sujeto A es obedecido por un sujeto B (cualquiera sea la motivación de la obediencia): si no hay

obediencia no hay poder. La obediencia integra el poder, tanto como la capacidad de mando.

1.1.3. *Constituyente*: es el poder que, sin estar constituido, constituye, o que estando constituido cambia la constitución. Constituir significa dar forma y, cuando del derecho se trata, equivale a determinar (formar) el sentido objetivo de lo jurídico (porque en la sociedad hay otros sentidos objetivos: el moral, el religioso, el usual). Vale decir, a establecer las reglas de funcionamiento y distribución (competencias) del monopolio de la fuerza.

1.2. De este modo resulta que el poder constituyente es un ser social y no un deber ser; es proceso político y no producto jurídico; es un dato verificable empíricamente y no un objeto captable metafísicamente. Por ello, en rigor, integra el campo de estudio de la sociología política.

2. **Poder constituyente originario y derivado**: es clásica la distinción de la teoría constitucional entre poder constituyente originario (también llamado revolucionario, fundacional o en la etapa de primigenidad) y poder constituyente derivado (constituido, reformador o en la etapa de continuidad). Nosotros seguimos la distinción propuesta por Vanossi (3).

2.1. *Poder constituyente originario* es aquel que funda un Estado (*fundacional*) o que cambia su constitución por un medio no previsto en ella (*revolucionario*). El racionalismo ha sostenido que habrá revolución cuando no se respete el procedimiento previsto por la constitución para que ella sea reformada (a eso se le llama ruptura de la lógica de los antecedentes normativos). En cambio, el decisionismo entiende que habrá revolución sólo cuando se cambie la decisión fundamental sobre el modo y forma de gobierno de un pueblo (no importa si la decisión tomada es buena o mala) y no cuando se reforme una parte de la constitución que no afecte alguna decisión fundamental.

3 Sus características son:

2.1.1. *Supremo*: no hay otro poder por encima de él.

2.1.2. *Extraordinario*: sólo se ejerce en casos de excepción.

2.1.3. *Ilimitado*: no tiene restricciones jurídicas en sus posibilidades de acción. Sin embargo, este aspecto ha sido controvertido.

2.2. *¿Puede el poder constituyente originario sujetarse a una regulación normativa? ¿Corresponde afirmar que se ejerce como consecuencia de una competencia jurídica?* Para nosotros el poder constituyente no puede derivar de lo que crea porque el efecto no puede originar la causa (dicho en lenguaje no causalista: lo condicionado no puede engendrar la condición); pero ello no impide que el poder constituyente originario cumpla, por libre determinación, con reglas que él, en un tiempo anterior, se hubiera fijado. Esto es inevitable, la acción humana no se produce en un caos, fuera de toda regularidad; la sociedad, cuando se constituye, actúa conforme a reglas de convivencia que pueden ser espontáneas o premeditadas, pero que orientan esa actividad.

2.2.1. Esto no implica que esas reglas de actuación del poder constituyente sean el fundamento de validez de la constitución del Estado, porque una cosa es actuar conforme a reglas —lo que no puede dejar de ocurrir pues, de lo contrario, la acción del poder constituyente carecería de sentido y no podría ser comprendida— y otra cosa muy distinta es actuar por imperio de una regla con competencia otorgada o facultada por ella.

2.2.2. Éste es el significado de la distinción de Heller entre *las reglas de previsión* que existen en la normalidad social y *las normas que produce la normatividad*: las primeras sirven para evitar el caos, para comprender y prever el sentido de la acción; las segundas, para ordenar de una determinada manera a la sociedad. En este mismo sentido, nosotros distinguimos el *orden constituyente* como autónomo del *orden constitucional*.

2.2.3. *En síntesis*, el poder constituyente originario puede estar normado, pero ello no quiere decir que él actúe en virtud de una competencia otorgada desde afuera, pues dicha normación ha sido engendrada por el propio poder constituyente por razones prácticas (para evitar el caos o procurar consenso) y puede ser modificada por él en cualquier momento. Con estos alcances, entendemos que se puede hablar de poder constituyente originario, frente al criterio de G. Carrió de que ello implica siempre darle un pretendido sentido jurídico normativo —con violación de los límites de ese lenguaje— carente de significado.

2.3. *Poder constituyente derivado (reformador)* es aquel cuyo ejercicio está regulado y limitado por el poder constituyente originario a través de la constitución: para reformar el texto de la constitución se debe cumplir con el procedimiento y respetar los límites que ella misma establece. En cambio, cuando la modificación no se traduce en la letra de la constitución estamos en presencia de una *mutación constitucional* (ver costumbre constitucional e interpretación). El racionalismo acepta la reforma total o parcial del texto de la constitución, si se cumple con los recaudos normativos. En oposición, el decisionismo sostiene que por esta vía no se puede cambiar la constitución: sólo cabe modificar las normas que no afecten a las decisiones fundamentales. A su vez, el iusnaturalismo entiende que no se pueden modificar aquellas partes de la constitución que sirven de sustento a su estructura ideológico-valorativa. Por su parte, según lo entiende tradicionalmente la teoría, actúa de acuerdo al procedimiento que le ha establecido el originario y con las limitaciones establecidas en el marco de competencia constitucional. Para nosotros, esto significa lo siguiente:

2.3.1. Si el llamado poder constituyente derivado se sujeta a normas y limitaciones cuando reforma la constitución, lo hará porque le resulta conveniente o porque por razones de oportunidad política no juzga beneficioso apartarse de ellas, pero no porque la constitución se lo imponga, pues, si fuera así, los desvíos del constituyente derivado deberían ser declarados inconstitucionales por otro poder que pasaría a ser, automáticamente, el poder constituyente.

2.3.2. En consecuencia, no hay para nosotros diferencia entre el poder constituyente originario y el derivado, en el sentido de que uno sea supremo y el otro no. Más allá de cualquier valoración, la diferencia sólo existe de hecho: si el poder constituyente cumple con las disposiciones constitucionales que regulan su acción, se lo denomina derivado (procesalmente); si no lo hace, se lo denomina originario. Pero el derivado puede, cumpliendo con las prescripciones de la constitución, modificar en el todo o en cualquiera de sus partes a la constitución; en tal sentido el poder constituyente derivado puede hacer una revolución como la puede hacer el originario, siempre dependiendo de su efectividad. El tema de la revolución y de la reforma constitucional precisa un tratamiento por separado que efectuamos más adelante.

2.4. En suma, para nosotros el poder constituyente es *único e indivisible*, porque –se ejerza como se ejerza– es el mismo poder constituyente; no cabe distinguir entre poder constituyente originario y derivado.

3. Orden constituyente y orden constitucional:

3.1. *El orden constituyente* es el conjunto de reglas que regulan el nacimiento o formación del poder constituyente, sea que dichas reglas surjan espontáneamente (como reglas de previsión de la normalidad) o premeditadamente (como normatividad). Es decir, que el orden constituyente regula la actividad del poder constituyente, incluso con normas que pueden ser jurídicas (debidas), pero no respecto a la formación de la constitución, sino respecto a la formación del poder constituyente.

3.1.1. En caso de que en su ejercicio el poder constituyente precise de normas jurídicas, ello no significa que las decisiones fundamentales y las normas que de ellas deriven encuentren su validez en las normas que hicieron posible al poder constituyente. Como todo orden de la conducta humana él funciona a través de un proceso dinámico de aplicación y creación del mismo. De este modo, el primer acto del orden constituyente estará desprovisto de toda regulación previa: será la pura creación del sentido común social, sólo condicionado por los sentidos subjetivos de los integrantes de la comunidad. Luego, el acto de ejecución del orden constituyente tendrá dos sentidos: por un lado, aplicará por última vez ese orden (consumando de este modo la formación del poder constituyente), y, por otro, creará (en acto de pura creación) el orden constitucional.

3.1.2. En nuestro país el orden constituyente tuvo su ordenación en el Pacto Federal de 1831, en el Protocolo de Palermo y en el Acuerdo de San Nicolás, ambos de 1852. Ello no significa que la Constitución argentina se identifique con éstos, ni que la Convención de 1853 actuó con limitaciones. A nuestro juicio esa ordenación no tuvo carácter jurídico en relación con el poder constituyente (no obligó a la Convención de 1853), pues cumplió la función de ordenar políticamente la actividad constitucional (ordenación de conveniencia); ello aunque el Pacto Federal fuera el orden jurídico vigente del país durante 20 años.

3.2. *El orden constitucional*, creado por decisión fundamental del poder constituyente, no deriva de ninguna normación jurídica superior que le dé validez: él es producto de aquella decisión fundamental. Luego de creado, el orden constitucional funciona a través de un proceso dinámico de aplicación-creación normativa, cumplido en cada grado del mismo: el legislador aplica la constitución y crea la ley; el administrador aplica la ley y crea el reglamento; el juez aplica la ley y el reglamento y crea la sentencia. Finalmente, el órgano de aplicación de la sentencia (agente de policía u oficial de justicia) la ejecuta sin crear norma alguna. Este tema es abordado en el principio de supremacía.

4. Límites al poder constituyente: la teoría constitucional sostiene la existencia de límites en el ejercicio del poder constituyente. Esto puede ser una verdad de Perogrullo en la medida en que este poder es una relación social y sabemos que toda relación humana está condicionada. El proceso político condiciona al poder constituyente sea que éste se ejerza como normatividad o como normalidad; precisamente en dicha confrontación está el límite recíproco entre los dos planos que constituyen la constitución total del Estado. Analizaremos las limitaciones que la teoría constitucional propone respecto del poder constituyente (Jellinek y Vanossi, 3).

4.1. *Límites extrajurídicos:* son absolutos pues no se pueden dejar de lado:

4.1.1. *Ideológicos:* el conjunto de valores o postulados emanados de la ideología predominante cuando actúa el poder constituyente (es la superestructura de normas no jurídicas formada por los valores vigentes en la sociedad).

4.1.2. *Materiales:* el conjunto de condiciones que determinan la infraestructura social (lucha de clases o sistema de producción, situación geográfica o desarrollo económico).

4.2. *Límites jurídicos:* para nosotros el derecho no puede limitar al poder constituyente; sólo lo puede formar u orientar en su acción. Según la teoría, dichos límites son:

4.2.1. *Procesales:* conjunto de reglas que establecen el procedi-

miento de actuación del poder constituyente; trámite para la reforma o plazos de prohibición para reformar; siempre son expresos.

4.2.2. *Sustantivos*: conjunto de directivas que aspiran a orientar la labor del poder constituyente que, a su vez, pueden ser:

4.2.2.1. *Expresos*: cláusulas pétreas o inmodificables (que para nosotros no tienen otro carácter que el de una pretensión ideológica de quienes las colocaron para preservarlas); o directivas dirigidas al constituyente por quien lo convoca (serán cumplidas por razones de conveniencia política).

4.2.2.2. *Tácitos*: contenidos pétreos que surgen del espíritu intangible emanado de la tradición (para nosotros, de existir estos contenidos, sólo los puede reconocer el poder constituyente).

4.2.3. *Pactos preconstituyentes*: son ordenaciones (procesales o sustanciales) dirigidas a constituir el poder constituyente; sus determinaciones no lo limitan, pues son producidas por él mismo autónomamente (ej., nuestro Acuerdo de San Nicolás de 1852).

4.2.4. *Tratados internacionales*: son ordenaciones (procesales o sustanciales) que no limitan el poder constituyente pues han emanado, en forma autónoma, del mismo. Si no fuera así se habría formado un Estado de superior nivel cuyo poder constituyente sería supremo: en el caso de formación de un Estado federal por vía de tratado, el poder constituyente de los Estados miembros se convertiría en una suerte de poder constituido; en el caso del establecimiento de un protectorado o una intervención sobre otro Estado por un tratado, implica la supresión del poder constituyente del Estado que ha entrado en dependencia (Vanossi, 1), como el caso de Cuba durante 1903/1933 bajo el control de los EE. UU. (la conocida "Enmienda Platt").

4.3. Esta clasificación de limitaciones al poder constituyente pone de manifiesto que la cuestión principal se refiere a los límites jurídicos. Este tema desemboca en la reforma de la constitución conforme al procedimiento previsto por ella y en la posibilidad de su control por los jueces (temas que se desarrollan al tratar el principio de estabilidad) y en la distinción entre constituciones rígidas y flexibles (ya comentada). Esto suscita las siguientes cuestiones:

4.3.1. *Los límites jurídicos en la reforma constitucional*: el poder

constituyente se desnaturaliza si está realmente sometido o subordinado a normas jurídicas que lo dejan de lado o lo limitan. Si un órgano del Estado, por aplicación de esas normas, deja sin efecto lo actuado por el poder constituyente, lo que hace es probar que éste no lo tiene quien pretendía tenerlo sino, en forma compartida, el órgano de control y el órgano que dictó las referidas normas. En tal caso, las normas no actuaron como disposiciones obligatorias, sino como reglas de ordenación política a las cuales el poder constituyente se sujetó o no por conveniencia. Si hubiera otro órgano encargado de controlar al órgano de control, para verificar que las normas se apliquen, él sería el poder constituyente y el proceso se repetiría al infinito.

4.3.1.1. El poder constituyente no puede ser consecuencia de las normas jurídicas sino fuente de ellas; por ello carece de sentido hablar de poder constituyente constituido. Es el poder constituido el que está realmente sometido a normas jurídicas y sujeto a los órganos de control: si el Congreso dicta una ley contraria a la constitución (y ello es declarado por la Corte Suprema) nunca prevalecerá la voluntad legislativa sino la del órgano encargado de aplicar la constitución; por eso el presidente Wilson, en los EE. UU., dijo que la Corte Suprema era un poder constituyente en sesión permanente.

4.3.2. *¿Es posible la reforma total?* Los iusnaturalistas sostienen que no es posible, pues se afectaría el sustento ideológico que le sirve de base. Creemos que a priori la teoría no puede adelantar un juicio de esta naturaleza, pues tendría la pretensión de condicionar de antemano al poder constituyente; además, por medio de reformas parciales se podría reformar la totalidad de la constitución. Como ya dijimos al analizar las constituciones pétreas, sostener que no se puede reformar la constitución ni aun por el procedimiento previsto importa una investigación a la violencia. Además, es una afirmación vacua porque no describe lo que ocurre (y ocurre que con frecuencia las cláusulas pétreas son modificadas), sino que prescribe lo que debiera ocurrir: el científico se convierte en político.

4.3.3. *¿Es posible reformar la norma que establece el procedimiento para reformar la constitución?* Sostiene Alf Ross que la respuesta afirmativa es una contradicción lógica. Expone este autor los siguientes argumentos, que por nuestra parte criticamos:

4.3.3.1. *Una norma jurídica no puede referirse a sí misma* (la autorreferencia no es posible dentro del derecho): creemos que ello no es correcto pues el procedimiento de reforma constitucional no se refiere a ninguna norma sino que regula la actividad del poder constituyente (el derecho es un orden de la conducta humana y no un sistema de referencias normativas).

4.3.3.2. *Una norma jurídica no puede contener las condiciones de su propia creación*: creemos que esa norma no regula ni condiciona su propia creación, sino un nuevo procedimiento para orientar al poder constituyente.

4.3.3.3. *Una norma jurídica no puede encontrar su fundamento en una norma derogada*: esto implica considerar al poder constituyente como constituido, lo cual sí es una verdadera contradicción; el poder constituyente no puede estar sujeto a normas jurídicas.

5. **Titularidad y ejercicio del poder constituyente**: en la teoría constitucional es clásica esta distinción. Se dice que el titular de este poder (el pueblo, la nación, el Estado llano, Dios, según las distintas concepciones) tiene dicho poder en "potencia", y que sólo lo ejerce a través de "actos" realizados por sus representantes (que ponen en presencia al ausente que no puede estar presente).

5.1. Esta diferenciación entre titularidad y ejercicio del poder constituyente no es válida para la sociología política como ciencia que describe a dicha relación social. La distinción encuentra fundamento en consideraciones metafísicas o ideológicas. Es metafísica la distinción entre potencia y acto del poder constituyente (de neto corte aristotélico), la sociología no puede verificar potencias sino actos efectivos. En ideológica dicha distinción pues tiene como misión la legitimación o justificación del ejercicio del poder constituyente por parte de quienes representan al titular del mismo. En suma, la sociología política no puede admitir la distinción entre titularidad y ejercicio del poder constituyente ya que la descripción del poder constituyente nos lo muestra solamente como ejercicio efectivo dirigido a organizar el monopolio de la fuerza en la sociedad.

5.2. Dicho ejercicio puede ser efectuado a través de actos que otorgan o imponen la constitución a quienes deben obedecerla; en este caso se dice que el poder constituyente se ha *ejercido autocráticamente*,

porque quienes deben obedecerla no han intervenido en el acto de otorgamiento (o *ejercicio heterónimo* del poder constituyente, destacándose el carácter impuesto de la constitución). En cambio, cuando el ejercicio del poder constituyente se efectúa con intervención de los que deben obedecer a la constitución, se dice que dicho *ejercicio es democrático* (o *ejercicio autónomo* del poder constituyente pues los destinatarios de la constitución concurren a crearla).

5.2.1. Generalmente en los supuestos de ejercicio heterónimo del poder constituyente, éste se realizará por actos únicos; aunque es posible que el otorgamiento se realice en actos sucesivos y/o en forma múltiple. Cuando el ejercicio del poder constituyente es autónomo, lo normal será que el acto de ejercicio sea múltiple (como en el caso argentino: declaración de la necesidad de la reforma, elección de la convención reformadora, sanción de la nueva constitución); pero es posible que el ejercicio autónomo se realice en un acto único (en la democracia directa por decisión de una asamblea popular).

5.2.2. Los supuestos mencionados no son todos los que se dan en el derecho constitucional comparado, o los que puedan darse. La imaginación política puede engendrar variantes al infinito. Los casos de fundación de nuevos Estados por virtud de pactos federales o confederales, o de tratados internacionales de integración política, no modifican el punto de partida del análisis efectuado. Siempre el poder constituyente se ejercerá autónoma o heterónomamente (por imposición o por acuerdo), según sea la intervención de los destinatarios de la constitución en su creación.

6. Validez, vigencia y efectividad:

6.1. *Validez de la constitución*: es el criterio para determinar la pertenencia de una constitución dentro de un sistema u ordenamiento jurídico. Cuando decimos que una constitución es válida es porque afirmamos que ella pertenece (existe) a un determinado ordenamiento. Hay tantos criterios de validez constitucional como teorías constitucionales, según ya vimos al abordar la tipología de conceptos de constitución:

6.1.1. Para el *historicismo* la validez de una constitución depende de su correspondencia con el pasado o devenir histórico, según sus distintas tendencias.

6.1.2. Para el *normativismo iusnaturalista* la validez de una constitución depende de su concordancia con los principios axiológicos que postula la escuela, en especial con la Justicia.

6.1.3. Para el *normativista iuspositivista* la validez de una constitución depende de que haya sido dictada de acuerdo con los procedimientos normativos previstos; pero no da respuesta sobre la validez de la primera constitución, cuestión que pretende ser solucionada dentro de la tendencia por la teoría pura del derecho. Para ésta, la validez de una constitución está dada por una norma supuesta (no puesta) o hipotética (la norma fundamental) que tiene este enunciado: si A manda y B obedece generalmente, entonces debe ser que A mande y B obedezca.

6.1.4. Para el *sociologismo* la validez de una constitución equivale a la efectividad de la misma con los factores reales y efectivos de poder.

6.1.5. Para el *decisionismo* la validez de una constitución radica en que respete las decisiones fundamentales del pueblo sobre su modo y forma de gobierno.

6.2. *Vigencia de la constitución*: es el grado de probabilidad de que ella sea aplicada por los órganos públicos en el futuro, sobre la base de su eficacia en el pasado hasta el presente.

6.3. *Efectividad de la constitución*: es la obediencia y acatamiento a la constitución por parte de todos los destinatarios de la misma (órganos públicos y particulares).

7. Revolución, reforma y evolución: los términos del acápite suelen ser la piedra de toque de posiciones ideológicas encontradas y objeto de enconadas disputas en el terreno de la teoría. Sin embargo, las entidades significativas mencionadas en los conceptos *revolución*, *reforma* y *evolución* tienen entre sí zonas grises que dificultan su diferenciación. Los tres conceptos apuntan al cambio o modificación en la estructura de la constitución.

7.1. Su diferenciación no puede salir de una alternativa cuantitativa o cualitativa. Si se elige una opción cuantitativa la revolución será un cambio más rápido, y la evolución un cambio lento; la revolución modificará muchos aspectos de la vida social, en cambio, la evolución

y la reforma, menos. Si se opta por el criterio cualitativo, la revolución cambiará la substancia (lo esencial), la reforma lo accesorio (lo no esencial) y la evolución, aunque modifique lo principal, conservará mucho de ello.

7.1.1. Además, muchas veces no se podrá negar que aunque el cambio sea brusco y substancial (revolución), ello se ha producido luego de la culminación de un proceso (evolución): tal el caso de las revoluciones francesa de 1789, rusa de 1917 o cubana de 1959. Todo esto muestra la relatividad de los términos y lo difícil que resulta hacer precisiones al respecto.

7.2. El estudio de la temática de la reforma constitucional en la Argentina lo abordamos al desarrollar el principio de estabilidad. Por otra parte, se vuelve sobre la noción de revolución para diferenciarla de los golpes de Estado que engendran los denominados gobiernos de facto, al estudiar estos últimos en el Libro Tercero de esta obra.

LIBRO SEGUNDO
ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL
POSITIVA DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

1. La estructura constitucional positiva del Estado es el conjunto de elementos (actos-normas-interpretación-sujetos, derechos-garantías-deberes, principios constitucionales, y órganos) que, ordenados entre sí a través de sus respectivas subestructuras, conforman una unidad inescindible y permiten conocer aquélla. Por ende, no se ocupa de cómo debe ser el Estado, sino de cómo funciona según las prescripciones elaboradas por el constituyente y con las categorías enunciadas por la ciencia constitucional.

2. Las cuatro subestructuras fundamentales que funcionan como elementos integradores tienen íntima relación con el todo y le dan funcionalidad:

2.1. *La subestructura de actos, normas, interpretación y sujetos:* formula la clasificación de las normas y los actos jurídicos constitucionales, y necesariamente se completa con la interpretación constitucional (“puente” entre normas y actos) y los destinatarios de las normas y actos (los sujetos).

2.2. *La subestructura de los derechos, garantías y deberes:* clasifica y fija el alcance de cada una de estas categorías, contenidas en una especie de normas constitucionales: las de conducta.

2.3. *La subestructura de los principios constitucionales:* devela los criterios fundamentales de análisis utilizados por la ciencia.

2.4. *La subestructura orgánica:* define las competencias y organización de los poderes públicos, contenidas en otra especie de normas constitucionales: las de organización.

SECCIÓN PRIMERA

**SUBESTRUCTURA DE ACTOS, NORMAS,
INTERPRETACIÓN Y SUJETOS CONSTITUCIONALES**

CAPÍTULO PRIMERO

ACTOS CONSTITUCIONALES

1. El acto jurídico constitucional: es el tramo de conducta social realizado descentralizadamente a través de comportamientos reiterados sentidos como obligatorios (costumbre constitucional) o centralizadamente a través de los órganos específicos (acto jurídico constitucional propiamente dicho), por medio del cual se crea o se cumple la constitución positiva del Estado.

2. La costumbre constitucional: la costumbre es un dato de la realidad social que integra la realidad jurídica. Ello es de la mayor relevancia cuando de la constitución se trata, pues, si se intenta modificar la costumbre constitucional, se modificará también la constitución jurídica. Tal es la importancia de la costumbre, que Savigny y Durkheim sostuvieron la inconveniencia de legislar, pues hacerlo sería inútil dado que la “ley” sólo será lo que las costumbres sean.

2.1. La costumbre constitucional está formada por:

2.1.1. *La uniformidad de la conducta social*, producida por la comunidad toda o por los órganos competentes.

2.1.2. *Un sentido subjetivo objetivado*, consistente en que la comunidad tenga la conciencia de la obligatoriedad de la costumbre.

2.2. Los cambios en la costumbre constitucional sólo se dan si se actúa, sincrónicamente, sobre cada uno de sus elementos. No habrá cambio constitucional si no se altera la expresión de la uniformidad del uso; tampoco lo habrá si no se modifica la conciencia de la población respecto de un tipo de comportamiento (si no hay toma de conciencia de esa obligación).

2.3. La costumbre constitucional presenta diferencias en relación con la costumbre común. Las notas características de la costumbre constitucional son:

2.3.1. Ella puede ser producida, indistintamente, por los órganos públicos o por la comunidad (a la costumbre común sólo la genera la comunidad).

2.3.2. Como consecuencia de ello, si la costumbre constitucional consiste en un determinado comportamiento de los órganos públicos referido al texto constitucional, ocurre que los destinatarios de la misma (los integrantes de la comunidad) no coinciden con los sujetos que la han producido (órganos públicos). En la costumbre común hay una coincidencia entre quienes la producen y sus destinatarios.

2.3.3. Pero cuando la costumbre constitucional es producida por los órganos públicos, sólo lo hacen los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo); el Poder Judicial no crea costumbre constitucional, sino que da nacimiento a la jurisprudencia.

2.3.4. La costumbre constitucional no precisa reconocimiento legal ni judicial, máxime en el caso de las constituciones rígidas donde el Poder Legislativo ordinario no puede cambiar el contenido constitucional, y, por ende, ella no puede ser modificada ni alterada por decisión del Poder Legislativo.

2.3.5. A través de ella se relativiza la diferencia entre constituciones rígidas y flexibles, y entre poder constituyente y poderes constituidos, pues estos últimos, al establecerla, actúan como poder constituyente.

2.4. La costumbre constitucional puede darse con tres modalidades:

2.4.1. *Costumbre “secundum constitutionem”* (interpretativa), cumplida por los órganos previstos en la constitución para dar precisión a las normas constitucionales. Ejemplo: el artículo 30 CN dispone que la reforma de la Constitución será efectuada por una convención convocada al efecto, pero es en virtud de la costumbre que se ha interpretado que la convención debe ser elegida por el pueblo, dado que la Constitución expresamente no lo establece.

2.4.2. *Costumbre “præter constitutionem”* (introdutiva), cumplida tanto por los órganos constitucionales como por los particulares, con el sentido de introducir una regulación sobre materia no reglada en

la constitución. Ejemplo: el funcionamiento de la democracia representativa a través de los partidos políticos antes de la reforma constitucional de 1994, que no los preveía.

2.4.3. *Costumbre "contra constitutionem"* (abrogatoria), cumplida tanto por los órganos constitucionales como por los particulares, contra el sentido expreso de una norma constitucional. Ejemplo: el desuso del ex inciso 21 del artículo 86 CN que preveía que el presidente de la Nación no podía ausentarse del territorio de la Capital sin permiso del Congreso (exigencia hoy modificada por el art. 99, inc. 18). La costumbre abrogatoria sólo puede producirse respecto de las normas operativas, pero no de las programáticas. Así, la falta de reglamentación del juicio por jurados prevista en el artículo 118 CN no produce su abrogación (en contra Sagüés, 2).

2.5. La mutación constitucional: es un cambio en el contenido y no en el texto de la constitución escrita. Coincide con la costumbre constitucional cuando ésta es *præter* o *contra constitutionem*. En cambio, cuando la costumbre es *secundum constitutionem* no importa mutación constitucional ya que en dicho supuesto no cambia ni el texto ni el contenido de la constitución formal, sólo la explícita e implementa (conf. Sagüés, 2).

2.6. El uso constitucional: se diferencia de la costumbre constitucional. Es la uniformidad de conducta social, con las siguientes características:

- a) Que no posee carácter obligatorio, pues su obediencia es debida en razón de principios de lealtad o conveniencia;
- b) que está referido a materias políticas de un orden secundario y no fundamental;
- c) que puede ser producido tanto por los órganos del Estado como por la comunidad, y
- d) que no es aplicable por los jueces.

Casos de uso constitucional en nuestro país serían las reuniones de los gobernadores con los ministros del P. E. N.

2.7. La costumbre internacional: se diferencia de la costumbre constitucional por su origen. También requiere una práctica constante y generalizada pero por parte de los Estados, aun sin la participación

activa del nuestro. Si bien conforma una parte prominente del derecho internacional consuetudinario (junto con las reglas y usos surgidos de la práctica internacional), tiene relevancia en el derecho constitucional de cada Estado en la medida en que sea aplicable internamente. El artículo 118 *in fine* CN se refiere a ella bajo el rótulo “*derecho de gentes*”, que contemporáneamente ha adquirido suma trascendencia a través de los delitos de lesa humanidad (ver este tema en el capítulo de garantías). En cuanto a su recepción o adopción en nuestro derecho remitimos a principio de supremacía, donde se distingue su situación del derecho internacional convencional.

3. El acto jurídico constitucional propiamente dicho: todo acto jurídico constitucional precisa, para su realización, que intervenga un órgano público (sujeto del acto) que sea competente, que actúe con razonabilidad, y que cumpla con las formalidades prescriptas por la Constitución (formalidad del acto); además, está sujeto a modalidades y a formas de control específicas.

3.1. *El órgano público* (sujeto del acto): los actos jurídicos constitucionales son realizados únicamente por órganos públicos, los que pueden distinguirse, según sea el método utilizado para su designación, en *órganos públicos designados democráticamente* (por acto electoral): los legisladores y el presidente y vicepresidente de la Nación, y en *órganos públicos designados por nominación de otro poder*: los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado).

3.2. *La competencia*: los actos jurídicos constitucionales necesitan ser realizados por órganos públicos con competencia.

3.2.1. Competencia es la atribución de autoridad a favor de un órgano público a fin de que éste pueda (imperativa o discrecionalmente) crear y/o aplicar normas jurídicas. Cuando el órgano público excede su competencia el acto que realiza carece de fundamento suficiente de validez: en este caso procederá su declaración de inconstitucionalidad o su nulidad.

3.2.2. La competencia de los órganos públicos para realizar actos jurídicos constitucionales se da en los siguientes ámbitos: personal (quién puede realizar el acto); material (qué acto puede ser realizado); temporal (desde y hasta cuándo tendrá validez el acto); terri-

torial (dónde tendrá eficacia el acto); procesal (cómo y con qué forma deberá ser realizado).

3.2.3. Las notas características de la competencia constitucional son las siguientes:

3.2.3.1. *Es indelegable*, a diferencia de la facultad jurídica en el derecho privado que se puede transferir por cesión o mandato. La indelegabilidad surge del artículo 29 CN (ver subprincipio de no concentración en la subestructura de principios constitucionales) y del artículo 76 CN (ver reglamentos delegados en atribuciones normativas del Ejecutivo).

3.2.3.2. *Es taxativa* y no enumerativa como en el derecho privado; las competencias constitucionales no pueden ser ampliadas. Sin embargo, por excepción, la competencia provincial (no delegada) es genérica y no taxativa (art. 121, CN). También es taxativa la competencia del Congreso a pesar de que la doctrina denomina erróneamente “facultades implícitas” a las del inciso 32 del artículo 75, porque allí hay una simple remisión a las facultades expresas concedidas por la Constitución.

3.2.3.3. Funciona bajo el axioma de que *sólo está permitido lo expresamente establecido*, en contra de lo que dispone el derecho privado: lo que no está prohibido está permitido.

3.3. *La razonabilidad*: el acto jurídico constitucional debe ser razonable; de no ser así, corresponde que sea declarado inconstitucional.

3.3.1. Razonabilidad es la relación según la cual los actos jurídicos constitucionales deben ser medios aptos para el cumplimiento de los fines estipulados por la Constitución. Si las leyes o los decretos (actos jurídicos constitucionales) carecen de aptitud para lograr el fin que se propuso la Constitución, ellos pueden ser descalificados como actos carentes de razonabilidad (sin sentido o fuera del sentido previsto por la Constitución). Un ejemplo extremo sería no permitir que se contraiga matrimonio o que se teste durante el estado de sitio; serían prohibiciones irrazonables en relación con el fin que la Constitución se propone conseguir mediante este estado de emergencia.

3.3.2. La razonabilidad de los actos jurídicos constitucionales no debe ser confundida con su eficiencia. La razonabilidad es controlable

por los jueces, pero no la eficiencia de los actos, que pueden fracasar en relación a los desígnios de sus autores (por razones de oportunidad o de conveniencia), pero no por ello ser considerados inconstitucionales.

3.3.3. La exigencia de razonabilidad en los actos jurídicos constitucionales surge del artículo 28 CN (razonabilidad de las leyes), y del artículo 99, inciso 2° CN (razonabilidad de los decretos ejecutivos).

3.3.4. Por su trascendencia esta cuestión se desarrolla in extenso cuando nos ocupamos del principio de limitación, dentro del cual se ubica el subprincipio de razonabilidad.

3.4. *La formalidad*: los actos jurídicos constitucionales están sujetos a las formalidades y procedimientos establecidos por la Constitución. Las leyes están sujetas al procedimiento de formación y sanción previsto en el Capítulo V de la Sección del Poder Legislativo (arts. 77 a 84, CN); las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas deben ser iniciadas exclusivamente en la Cámara de Diputados (art. 52, CN). Los decretos del Poder Ejecutivo, aparte de su publicidad (requisito derivado de la forma republicana de gobierno del art. 1°, CN), deben ser refrendados y legalizados por los ministros secretarios (art. 100, CN).

3.5. *Modalidades de los actos jurídicos constitucionales* (plazo y condiciones):

3.5.1. *El plazo*: en principio los actos jurídicos constitucionales valen para el futuro indefinidamente, sin plazo de duración, hasta tanto otro acto de igual o superior nivel lo invalide (derogue). La retroactividad de la ley está prohibida por la Constitución en materia penal (art. 18, CN), pero no en la civil, salvo que ella afecte al derecho de propiedad (art. 17, CN). Sin embargo, la Constitución implícitamente fija un plazo cierto aunque indeterminado para la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia (hasta que el Congreso los ratifique o no); en cambio, en otros casos fija plazos determinados, como para los siguientes actos:

- a) El presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional es fijado anualmente por el Congreso (art. 75, inc. 8°, CN), y

- b) la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo debe fijar un plazo para su ejercicio (art. 76, CN).

3.5.2. *La condición*: los actos jurídicos constitucionales pueden estar sujetos a condición suspensiva o resolutoria. Pero su sentido y funcionamiento difieren, en razón de su pertenencia al derecho público, de los casos del derecho privado.

- a) Ejemplo de condición suspensiva: el presidente no puede dictar un decreto de necesidad y urgencia salvo “*cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos [...] para la sanción de las leyes*” (art. 99, inc. 3º, párr. 3º, CN).
- b) Ejemplo de condición resolutoria: la no ratificación expresa por parte del Congreso de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994 que no tuviera plazo establecido importará su caducidad en 1999 (D. T. 8ª CN).

3.6. *El control de los actos constitucionales*: cuando a los actos jurídicos constitucionales les falta alguno de los requisitos que han sido estudiados, corresponde poner en funcionamiento los órganos jurisdiccionales a los efectos de restablecer la supremacía constitucional. Esto ocurre mediante cinco vías: la excepción de inconstitucionalidad, el amparo, el hábeas data, el hábeas corpus y la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, que se estudian en particular oportunamente cuando se desarrolla el subprincipio de control.

CAPÍTULO SEGUNDO

NORMAS CONSTITUCIONALES

1. Clasificación: las normas constitucionales son normas de competencia suprema, siendo tarea de la ciencia constitucional sistematizarlas. A partir de la clasificación formulada por Vanossi (3), distinguimos tres pares de normas, sobre la base de otros tantos criterios clasificatorios, a saber:

- a) Por su disponibilidad o indisponibilidad, ellas pueden ser o discrecionales o imperativas;
- b) por los destinatarios a los cuales están dirigidas, ellas pueden ser o de organización o de conducta, y estas últimas, a su vez, pueden ser individuales o colectivas, y
- c) por su condicionalidad o incondicionalidad, ellas pueden ser programáticas u operativas.

Los tres pares normativos que contiene la Constitución no son excluyentes, se integran en forma sucesiva, de modo tal que las normas programáticas o las operativas pueden ser, indistintamente, discrecionales o imperativas, y estas últimas, a su vez, serán o normas de organización o de conducta.

2. Normas imperativas o discrecionales:

2.1. Normas imperativas: son las de cumplimiento necesario para sus destinatarios (órganos públicos o particulares), quienes no pueden disponer discrecionalmente de ellas. Por ejemplo:

- a) *Órganos públicos:* “*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal*” (art. 1º, CN), es una norma cuyo cumplimiento no puede dejar de producirse;

- b) *particulares*: “*Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución*” (art. 21, CN);
- c) *órganos públicos y particulares*: deber de preservar el ambiente (art. 41, párrs. 1º y 2º, CN).

2.2. Normas discrecionales: aquellas cuyo cumplimiento está puesto a disposición de sus destinatarios (sean órganos públicos o particulares). Por ejemplo:

- a) *Órganos públicos*: el presidente puede promulgar o no un proyecto de ley sancionado por el Congreso (art. 78, CN);
- b) *particulares*: los ciudadanos pueden votar o no en el caso de la consulta popular no vinculante (art. 40, párr. 2º, CN).

3. Normas de organización o de conducta:

3.1. Normas de organización: aquellas dirigidas a los órganos públicos (ej. art. 99, CN, de atribuciones del Ejecutivo).

3.2. Normas de conducta: aquellas cuyos destinatarios son los particulares (habitantes de la Nación, nacionales y extranjeros, o ciudadanos). Pueden ser individuales (derechos civiles: arts. 14, 17 y 20; derechos sociales de los trabajadores: art. 14 bis, párr. 1º, o garantías: arts. 18 y 43, párrs. 1º, 3º y 4º, CN), o colectivas (derechos “*de incidencia colectiva*”: arts. 41 y 42, CN, y garantías: art. 43, párr. 2º, CN).

3.3. Esta clasificación es superadora de la tradicional división entre parte preceptiva y parte orgánica, puesto que más allá de su ubicación lo que interesa es determinarlas por su esencia propia. Así, dentro de la parte orgánica encontramos verdaderas normas de conducta (ej. derechos de los pueblos indígenas: art. 75, inc. 17, CN), y a la inversa, en la parte dogmática aparecen varios casos de normas de organización (ej. estado de sitio: art. 23, CN).

3.4. Entre las normas de organización y las de conducta existen las siguientes diferencias:

3.4.1. Las normas de organización son taxativas, en tanto que los derechos y garantías que se derivan de las normas de conducta son enumerativos. El artículo 33 CN reconoce la existencia de derechos implícitos, lo cual permite inferir que la enumeración de los artículos 14, 14 bis, 17, 18, 20, 41, 42 y 43 CN puede ser ampliada.

3.4.2. Los derechos y garantías que surgen de las normas de conducta funcionan bajo el principio de reserva según el cual lo que no está prohibido está permitido (art. 19, parte 2ª, CN); las normas de organización fundan el axioma de que sólo está permitido lo expresamente establecido (todo lo no expresamente establecido está prohibido). Esta diferencia ya fue advertida por la propia Corte en el lejano caso “Sojo” de 1887 (F. 32:120).

3.4.3. Las normas de organización son irrenunciables por parte de los órganos encargados de cumplirlas (pueden ser ellas discrecionales pero no pueden los órganos violar el marco constitucional); la irrenunciabilidad es una de las notas características del orden público. Los derechos personales derivados de las normas de conducta pueden ser ejercidos por los particulares o ser renunciados por ellos, al menos cuando se trate de derechos de contenido patrimonial. Por ello la distinción es relativa, pues tanto los derechos sociales (art. 14 bis, CN), los colectivos (arts. 41 y 42, CN) como los derechos personalísimos (art. 33, CN) son irrenunciables.

3.5. Más adelante se desarrollan temas vinculados a las normas de conducta al estudiar los sujetos constitucionales en el Capítulo Cuarto de esta sección y en la Sección Segunda relativa a los derechos, garantías y deberes constitucionales; en tanto que al estudiar en la Sección Cuarta la subestructura orgánica de la Constitución se desenvuelven las normas de organización.

4. Normas operativas o programáticas:

4.1. Normas operativas: son las que no precisan ser reglamentadas ni están condicionadas por otro acto normativo para ser aplicadas y exigibles ante los jueces. Ellas son normas incondicionadas respecto de su aplicación, es decir, que producen plenos efectos desde que existen en el texto constitucional, ya sean normas de organización o de conducta. Respecto a estas últimas, están dirigidas para su inmediata aplicación a los órganos jurisdiccionales, por ejemplo los derechos individuales del artículo 14 CN, pues aunque el legislador no los reglamente, los jueces deben reconocerlos, como lo estableció la Corte Suprema en el caso “Siri” de 1957.

4.2. Normas programáticas: son las que tienen sujeta su eficacia a la condición de ser reglamentadas o que se dicte un acto normativo

a tal efecto; son normas condicionadas respecto de su aplicación, ya sean de organización o de conducta. Están dirigidas a los órganos legislativos respecto de su aplicación. De esta manera, se dice que los jueces (u otros órganos) no pueden aplicarlas mientras ellas no sean reglamentadas o no se dicte el acto normativo previsto en la Constitución. Por ejemplo las normas que consagran el juicio por jurados (arts. 24 y 75, inc. 12 *in fine*, y art. 118, CN) o las normas de conductas que consagran ciertos derechos sociales (tradicionalmente ilustrado con la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas del art. 14 bis, CN).

4.2.1. Empero, la *validez* de las normas programáticas es plena (no está sujeta a condición) desde el comienzo, pues ellas son normas jurídicas y no existen si carecen de validez (ésta existe o no, nunca admite grados) y, por ende, nunca pierden su carácter supremo como toda la Constitución. Por ello, el desuso constitucional no puede afectar a las normas programáticas, su prolongada ineficacia por no reglamentación (ej. juicio por jurados) no las puede afectar; hasta que no se haya cumplido la condición prevista, ese no cumplimiento de las normas programáticas no afecta su validez.

4.2.2. Toda norma programática es en parte programática y en parte operativa; de una norma constitucional nunca puede afirmarse que se trata “de un enunciado puramente programático” (como sostiene el c. 19 del voto de Vázquez en el caso “Chocobar” de 1996), pues la norma siempre tiene un *minimum* de operatividad (son operativas respecto de su validez y, en algún sentido, los jueces las pueden –y deben– aplicar, incluso antes de su reglamentación).

4.2.3. De acuerdo con este análisis, se pueden subclasificar los efectos de estas normas en antes y después de producida su reglamentación (condición):

4.2.3.1. *Efectos antes de producida la condición*: como la realización de la condición prevista por la Constitución no necesita de otro recaudo para ser cumplida, la competencia del Congreso de reglamentarla es, entonces, directamente operativa. El programa constitucional (sujeto a condición) es un marco y, como tal, es un límite que el legislador no puede violar (implica una prohibición de carácter operativo). Ejemplo: el legislador no puede dictar una ley prohibiendo la

participación de los obreros en las ganancias de las empresas, pues violaría el marco constitucional de una norma programática. En este sentido, dicho marco es operativo aunque pertenezca a una norma programática, precisamente porque impide que un acto normativo u otro hecho frustre el sentido jurídico previsto en el programa. En dicho caso, en sede jurisdiccional podrá declararse la inconstitucionalidad del acto o hecho en contradicción con el marco normativo prescripto por la norma programática. Además funcionan como *directivas trascendentales* para la interpretación del derecho positivo vigente, respecto de las cuales los jueces no pueden desentenderse. Es por ello que no deben ser en ningún momento dejadas de lado a la hora de interpretar y aplicar la legislación de nivel inferior. Este tema se desarrolla en el capítulo siguiente sobre interpretación constitucional en el punto relativo a la función de las nuevas normas constitucionales, en especial al abordar la jurisprudencia sobre algunas normas de la reforma constitucional de 1949. Por último y muy especialmente, entendemos que la norma programática incumplida admite su invocación en sede judicial para solicitar la declaración de inconstitucionalidad por omisión ante la mora de su reglamentación como otra forma de reinstalar la supremacía constitucional. Ése es el carácter de la fuerza normativa de la Constitución (Bidart Campos, 2). Para nosotros, a partir de 1994, al haberse constitucionalizado la acción de amparo por omisión contra cualquier autoridad estatal (art. 43, párr. 1º, CN), no caben dudas de que los órganos de aplicación, en los casos concretos, pueden remediar la omisión legislativa, ya sea con mandatos intimatorios (para impulsar la actividad del poder moroso) o directamente actuando supletoriamente. Este tema se desarrolla en el subprincipio de control y, dentro de éste, en el amparo como género de tutela.

4.2.3.2. *Efectos una vez producida la condición*: el programa constitucional produce plenamente sus consecuencias jurídicas, de modo que a partir de entonces quedan sin apoyo constitucional (se derogan) las normas inferiores anteriores cuyo funcionamiento resultase incompatible con las pautas contenidas en las nuevas normas reglamentarias.

4.3. Carácter expreso o implícito de las normas operativas y programáticas: obviamente, no hay inconveniente cuando la Constitución formula explícitamente el carácter programático de una norma

como cuando establece expresamente la necesidad de un acto normativo de un órgano del Estado (ej., el art. 75, inc. 12, parte 2ª, CN establece que el Congreso dicta la ley “*sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural*”). Como en estos casos es el propio texto constitucional el que indica que se ha optado por condicionar la eficacia de la norma, es que señalamos la ausencia de discrepancias jurídicas; aunque sin apagar la discusión axiológica o ideológica, sobre todo cuando se trata de normas de conducta (por ej. la fuerte crítica del denominado “derecho alternativo” a la estrategia constitucional de otorgar programaticidad a ciertos derechos económicos y sociales que veremos más adelante).

4.3.1. En cambio, el principal problema práctico de esta clasificación de normas se presenta cuando la Constitución nada dice acerca del carácter operativo o programático de una norma, o al menos, cuando no lo fija clara y terminantemente, situación en la que se encuentran la mayoría de las cláusulas constitucionales. Este problema adquiere toda su gravedad nuevamente en materia de declaraciones de derechos, pues por vía interpretativa (acudir al argumento de la inoperatividad) se puede enervar la efectividad de muchos derechos y convertirlos en una mera declaración teórica que sólo vive en la “hoja de papel”.

4.3.1.1. En estos casos de no formulación expresa del carácter de una norma, pensamos que la fuerza normativa de la Constitución debe traducirse en la presunción de su operatividad. De todos modos, en nuestro sistema constitucional, el reconocimiento o rechazo de la operatividad o programaticidad de una norma queda a criterio y apreciación del intérprete, en suma, de los jueces, quienes en los casos concretos verifican la existencia o no de las condiciones fáctico-jurídicas que permitan aplicarla directamente (test de operatividad) a través de lo que Vanossi denomina “control de operatividad” (verificación empírica), para distinguirlo del control de constitucionalidad (verificación lógica) que también ejercen los jueces. Así, ante el silencio constitucional sobre la operatividad o no de una cláusula, puede ocurrir que el juez considere que:

4.3.1.2. Debido a la generalidad de la formulación constitucional, la norma es tácitamente programática al no poder aplicarla sin la implementación legislativa; por tanto, en ausencia de reglamentación,

rechaza el reclamo del particular como ocurre tradicionalmente con muchas de las cláusulas del artículo 14 bis CN.

4.3.1.3. Debido a cierta precisión de la norma, es directamente operativa, y, por ende, produce plenos efectos como lo consideró la Corte para los derechos individuales en el caso “Siri” de 1957, o respecto de la cláusula que garantiza la estabilidad del empleado público del artículo 14 bis CN.

5. Operatividad de las declaraciones de derechos nacionales e internacionales: como señalamos, especial interés presenta predicar la operatividad o programaticidad de las normas de conducta, pues de ello depende —en gran medida— que el derecho consagrado se transforme o no en simple letra “muerta” sin relevancia alguna en el mundo de los hechos. Ya dijimos que respecto a los derechos individuales la Corte federal reconoció su carácter operativo; cosa que no ha predicado en forma general respecto de los derechos sociales de la Constitución ni de los derechos individuales y sociales consagrados en los tratados internacionales. Tanto es así que se ha acusado esta inclusión expresa o tácita de los derechos económicos, sociales y culturales como normas programáticas en textos nacionales e internacionales como una estrategia retórica de legitimación y manutención de un sistema que consagra derechos pero sin cumplirlos, lo que demuestra “su eficacia legitimadora e ineficacia práctica” (Wanderlei Rodrigues).

5.1. El caso particular de la operatividad de los derechos sociales en la Constitución: tradicionalmente, las normas que regulan los derechos sociales (art. 14 bis, CN) fueron consideradas de carácter programático, aunque ello no resulte del texto constitucional, a diferencia de los derechos individuales a los que se consideró operativos. Como la Constitución guarda silencio en esta materia, frecuentemente los intérpretes suelen preferir no aplicar la norma, “congelando” la protección brindada por el constituyente, y transformar dichas cláusulas en meros consejos a los órganos del Estado. De esta forma, con la excusa de la inoperatividad del artículo 14 bis, se soslaya su carácter imperativo y prácticamente se lo convierte en discrecional.

5.1.1. Estos derechos constitucionales tienen como correlato el cumplimiento de un deber por parte de una persona obligada, mientras los derechos individuales no tienen tal correspondencia (facultad a la

propia conducta). Esto marca una diferencia: para ser operativos los derechos sociales necesitan contar, en la Constitución, con la determinación de la prestación; en los casos en que así no ocurre, es usual decir que estos derechos son programáticos, pues sería imprescindible que el legislador determine la prestación para hacerla exigible en sede jurisdiccional.

5.1.2. No hay duda de que no todos los derechos previstos en el artículo 14 bis CN son programáticos. Entre ellos, se ha reconocido que son operativos: el derecho a igual remuneración por igual tarea, pues es una situación de hecho que puede ser probada ante los jueces y no precisa de ley reglamentaria (caso “Ratto” –1966–, F. 265:242); el derecho a la estabilidad del empleado público, pues lo que debe el Estado es la omisión de despedir; el derecho a la organización sindical (salvo la creación del registro especial que deberá ser reglamentado); el derecho a la concertación de convenios colectivos de trabajo, pues a falta de ley, por acuerdo de partes, son exigibles ante la justicia, y el derecho de huelga.

5.1.3. Para el caso de los derechos que se reputan programáticos, se postulan diversos mecanismos o vías para alcanzar su plena operatividad y suplir la incuria del legislador moroso:

- a) Volver a postular su directa operatividad en sede judicial, o, en su caso, plantear la declaración de la inconstitucionalidad por omisión del legislador, y
- b) fuera del ámbito de las acciones judiciales, la iniciativa popular legislativa por parte de un conjunto de ciudadanos como mecanismo de democracia semidirecta, ya sea en la limitada variante incorporada por el artículo 39 CN (presentando directamente un proyecto de ley reglamentaria o para impulsar una consulta popular vinculante) o simplemente como iniciativa para impulsar la actividad del Congreso moroso en el dictado de las normas de implementación (art. 33, CN).

5.2. El caso particular de la operatividad de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C. A. D. H.): la temática de la operatividad o no de las normas constitucionales se puede trasladar a cualquier norma del derecho interno (leyes o tratados internacionales incorporados al mismo), lo cual nos conecta, respectivamente

te, con la etapa de implementación de las leyes (dentro del procedimiento de sanción de las mismas cuando éstas requieran una reglamentación del Poder Ejecutivo) o de los tratados internacionales (dentro del procedimiento de celebración de los tratados para el caso de que la norma internacional incorporada a nuestro derecho interno no sea autoejecutiva o *self-executive*, tema abordado dentro de los poderes exclusivos del gobierno federal en ejercicio de la soberanía hacia afuera).

5.2.1. Aquí nos ocupamos de la operatividad o no de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en 1969 en San José de Costa Rica, que por haber suscitado una rica jurisprudencia sobre el punto aun antes de 1994 (ya que fue aprobada por Argentina en 1984 por Ley 23.054) puede servir de referente a la hora de interpretar la operatividad de las cláusulas de los otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos que a partir de la reforma de 1994 tienen "*jerarquía constitucional*" (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN). El estudio de esta nueva disposición se realiza en el principio de supremacía.

5.2.2. La gran discusión hermenéutica sobre el tema de la operatividad la abre el artículo 2º C. A. D. H., en tanto dispone que "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º [que genéricamente son todos los del Pacto] no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

5.2.2.1. Una lectura superficial de tal redacción haría pensar que los derechos del Pacto, en bloque, tienen carácter programático, salvo que ya estuvieran reglamentados en el derecho interno. Sin embargo, a nuestro entender, otra debe ser la conclusión, sobre todo si tenemos como punto de partida la regla general de interpretación en materia de instrumentos internacionales que señala que siempre debe hacerse de "buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (art. 31.1, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), puesto que la C. A. D. H. no es un simple

tratado multilateral de derecho común, sino una protección “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” para asegurar los derechos humanos (párr. 2º, Preámbulo C. A. D. H.).

5.2.2.2. Con ese entendimiento, incluso desde una perspectiva gramatical, el citado artículo 2º prescribe cosas muy distintas: sólo se refiere a las medidas internas “necesarias” para hacer efectivos los derechos, entonces “se limitan a las que sean necesarias; el Estado no se obliga a adoptar medidas innecesarias cuando las obligaciones que se asumen tienen, por su naturaleza, operatividad propia”, como señalaron anticipatoriamente Boffi Boggero y Aberastury para interpretar un tratado común en su voto disidente en el caso “Ávalos c/Papelera Argentina SA” de 1965 (F. 263:122). A su vez, cabe considerar que entre las medidas internas “de otro carácter” que la Argentina se ha obligado a implementar para hacer operativos los derechos consagrados en el Pacto se encuentran necesariamente las decisiones judiciales, las que pueden suplir la omisión legislativa interna (Bidart Campos, 4).

5.2.3. Por otro lado, la operatividad o no de la C. A. D. H. no depende sólo de su letra escrita, sino también del desarrollo en cada Estado. Aquí está, a nuestro juicio, el quid de la cuestión. Ante todo, en cada caso, habrá que tener en cuenta si el ordenamiento jurídico nacional le reconoce carácter operativo o no según la clase de derechos dentro de la cual se encuentra el derecho en cuestión, siendo inadmisibles el procedimiento inverso como lo efectúa la mayoría de la Corte en el caso “Chocobar” de 1996 que se estudia en derechos sociales.

5.2.3.1. En el caso de los derechos civiles o individuales cuyo carácter operativo ha sido reconocido en el derecho argentino por la Corte Suprema en 1957 (caso “Siri”), entonces, esos derechos reconocidos en el Pacto también deben ser considerados operativos, aun cuando el Pacto se remita a reglamentaciones internas. Ello es así porque el Pacto no puede incluir mayores obligaciones para la plena vigencia de los derechos que la exigida por los Estados.

5.2.3.2. Una situación especial se plantea cuando en el ordenamiento jurídico del Estado Parte sí se exige para cierto tipo de derechos la necesidad de una reglamentación legal (caso de algunos derechos sociales en Argentina, en la medida en que no esté especificado el

contenido de la prestación). En esos casos, aunque la reglamentación aparece como ineludible, de todas formas, en virtud del propio artículo 2º (cuando dice medidas “de otro carácter”) se habilita la actividad supletoria del juez en caso de omisión legislativa de dictar la ley que implemente la prescripción programática a través de la declaración de inconstitucionalidad por omisión y el correspondiente dictado de reglas o mandamientos necesarios para convertir en operativos los derechos, como se analiza al estudiar el subprincipio de control.

5.2.4. Aclarado lo anterior, de la lectura de la Parte I de la C. A. D. H. se deduce que existen dos grandes supuestos de cláusulas en torno a la operatividad de los derechos consagrados en los artículos 3º a 26.

5.2.4.1. Cuando consagra un derecho utilizando la expresión “Toda persona tiene derecho” (ej. arts. 4.1, 5.1, 14.1, entre otros) o sus inversas: “Ninguna persona puede ser privada” (art. 21.2), “A nadie se privará” (ej. art. 20.3), “Nadie puede ser” (ej. arts. 6.1, 6.2, 7.2, 7.3, 11.2); en todos estos casos, sin duda, el derecho que allí se consagra es operativo. De modo que, cualquier referencia a la “ley” que se haga en ellos, no afecta ese carácter (extendemos la opinión separada del juez de la Corte Interamericana, Gros Espiell, en O. C. Nº 7/86, citada en c. 17 del voto disidente de Petracchi-Moliné, caso “Ekmekdjian c/Sofovich” de 1992).

5.2.4.2. En cambio, cuando no utiliza esas rotundas expresiones, la mención a “leyes” o “medidas apropiadas” o “disposiciones de otro carácter” parece restarles operatividad. Sin embargo, aun en estos casos se observan matices o grados que presentamos de mayor a menor operatividad:

5.2.4.2.1. El caso del artículo 17.4, donde al referirse a que los Estados Partes están obligados a tomar medidas para asegurar determinados derechos se evidencia que los jueces pueden aplicarlos en ausencia de reglamentación (ver nuestra posición sobre el art. 2º).

5.2.4.2.2. En el caso de los artículos 13.5 y 21.3 que establecen prohibiciones, en tanto éstas implican la imposición de una sanción, pareciera ser necesario el dictado de una ley. No obstante, a falta de ley, los jueces siempre podrán ordenar el cese de las conductas vedadas. Como se observa, incluso en estos casos se percibe un momento de operatividad.

5.2.4.2.3. El caso del artículo 17.5 que exige ley, no para prohibir como en el punto anterior, sino para reconocer derechos (ver el caso “Eusebio” citado más abajo).

5.2.4.2.4. El caso del Capítulo III sobre derechos económicos, sociales y culturales, con un único artículo (el 26, denominado *Desarrollo progresivo*). Se actualiza la denuncia de “eficacia legitimadora e ineficacia práctica” de otorgar programaticidad a estos derechos ya que la norma destaca ese carácter desde su misma denominación y se acentúa con la remisión que hace a la Carta de la OEA y el condicionamiento que efectúa al sujetar la plena efectividad de estos derechos a los recursos disponibles. Nos ocupamos de esta norma, en especial respecto a la mención a los “recursos disponibles”, al estudiar el caso “Chocobar” en los derechos sociales.

5.2.5. Jurisprudencia de la Corte federal sobre la operatividad de la C. A. D. H.: la Corte no ha hecho una declaración general sobre el punto, sino que se fue pronunciando en particular según los derechos implicados en los casos concretos.

5.2.5.1. Caso “Felipe E. Eusebio s/Sucesión” –1987– (F. 310:1080), conocido como causa “E. F. E.”: receptando el dictamen del procurador (Gauna), la Corte declaró programático el artículo 17.5 relativo a la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Para así decidir invocó la letra de la cláusula mencionada, y el artículo 2º C. A. D. H. al que le hace decir, erróneamente (confunde incorporación con efectividad de los derechos surgidos de un documento internacional), que los derechos del Pacto “deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados Partes, en caso de no encontrarse ya garantizados en ellos”. Precisamente, para ese caso no regía aún la Ley 23.264 que equiparó a todos los hijos a los efectos sucesorios.

5.2.5.2. Caso “Firmenich s/Excarcelación” –1987– (F. 310:1476): se reconoció operatividad al artículo 7.5 relativo al derecho a ser juzgado en un “plazo razonable”, pero no se hizo lugar a la impugnación de la denegación de excarcelación, pues se entendió que la misma no violaba aquella cláusula, porque siempre hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso (delito, condiciones personales, y pena) y la imposibilidad de traducir el “plazo razonable” en un número fijo de días, semanas, meses o años.

5.2.5.3. Caso “Microómnibus Barrancas de Belgrano SA” –1989– (F. 312:2490): respecto del artículo 8.1 del Pacto, dijo la Corte que “no requiere de una reglamentación interna ulterior para ser aplicado a las controversias judiciales”. Es curiosa la aceptación por parte de la Corte de que una persona jurídica invoque en su provecho el Pacto, en contra de lo dispuesto por el mismo (art. 1.2).

5.2.5.4. Caso “Ekmekdjian c/Sofovich s/Amparo” –1992– (F. 315:1492): la Corte introdujo una modificación sustancial a su posición interpretativa anterior en relación a la operatividad del derecho de réplica (rectificación y respuesta del art. 14.1). La mayoría de la Corte sostuvo (c. 20/22) que los tratados son operativos “siempre que contengan disposiciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”, y agregó “que una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso”. Esto nunca lo había dicho la Corte: la operatividad depende de la situación de hecho –que sea factible la aplicación del tratado o del derecho en él incluido– y no de la mera formulación condicionante, abstracta o concreta, del texto normativo internacional. Para llegar a esta conclusión, la Corte argentina tuvo especialmente en cuenta la opinión de la Corte Interamericana sobre la exigibilidad de este derecho para el caso de inexistencia de una ley interna que lo regule (O. C. N° 7/86), lo que se retoma al estudiar el valor de la “jurisprudencia” de los organismos internacionales en materia de derechos humanos, dentro de interpretación constitucional.

6. Normas especiales en la Constitución argentina: por su especificidad y relevancia, tratamos –por separado de la clasificación de normas ensayada– las normas contenidas al comienzo y al final del articulado numerado del 1° al 129 del texto constitucional, a partir de sus denominaciones constitucionales: *Preámbulo* y *Disposiciones Transitorias*.

6.1. Preámbulo de la Constitución: se entiende por tal “un esbozo o enunciado general de la doctrina a desenvolver o una síntesis anticipada de los principios desarrollados” en la Constitución (disidencia de Sagarna en el caso “Transporte Chaco”, F. 164:344).

6.1.1. *Partes del Preámbulo:*

6.1.1.1. *El acta de establecimiento de la Constitución*, que certifica el ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo de la Nación Argentina (acto de pura creación normativa donde se manifiesta la soberanía).

6.1.1.2. *El acto ratificadorio del Pacto de Federación* entre las provincias y de cumplimiento de los pactos preexistentes: Pacto Federal de 1831, Protocolo de Palermo y Acuerdo de San Nicolás, ambos de 1852 (se trata de un acto de creación y aplicación normativa).

6.1.1.3. *Un conjunto de fines* que operan como normas programáticas.

6.1.2. *Su carácter*: a consecuencia de las diversas partes que lo integran, el carácter del Preámbulo es múltiple. Por un lado, es norma, pero también es acto de ejecución y de creación normativas.

6.1.3. *Su valor jurídico*: la teoría constitucional difiere acerca del valor jurídico de los preámbulos en las constituciones. El formalismo no le dará valor jurídico sino simbólico; el decisionismo no tendrá inconveniente en reconocer dentro de él a la verdadera constitución del Estado, siempre que contenga la decisión fundamental correspondiente. Para nosotros el Preámbulo debe ser considerado como derecho ya que los jueces y los órganos de aplicación de la Constitución lo utilizan como elemento de interpretación de sus decisiones, tema que se profundiza en el capítulo siguiente relativo a la interpretación constitucional.

6.1.4. *Contenido y comparación con el de los Estados Unidos*: acerca de la influencia del Preámbulo de la Constitución de Filadelfia en nuestro derecho constitucional, tema ya discutido por Sarmiento y Alberdi (ver esa polémica en interpretación constitucional), resulta de interés compararlos al analizar el contenido del nuestro:

6.1.4.1. *“Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina”*: consagra la soberanía del pueblo, ejercida a través de la forma representativa, con lo cual la Constitución no necesita ser ratificada. El de los Estados Unidos dice: “Nos, el pueblo de los Estados Unidos”, lo cual significa que los constituyentes no tenían poder para sancionar la Constitución y ella precisaba ser convalidada posteriormente;

6.1.4.2. “*reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen*” (a la Nación Argentina): indica que las provincias encargaron a los representantes del pueblo de la Nación el ejercicio del poder constituyente y que, en consecuencia, ellas no lo ejercieron, pues de lo contrario la Constitución hubiera sido el producto de un pacto y no de un acto imperativo como lo fue. El de los EE. UU. guarda silencio sobre este punto;

6.1.4.3. “*en cumplimiento de pactos preexistentes*”: indica la ejecución del Pacto Federal, el Protocolo de Palermo y el Acuerdo de San Nicolás. El de los EE. UU. también aquí guarda silencio;

6.1.4.4. “*con el objeto de constituir la unión nacional*”: es el primer objetivo de los constituyentes, pues hasta ese momento dicho anhelo no se había logrado; dice “unión” y no unidad, lo cual indica que no se postula el Estado unitario. En cambio, en los EE. UU. el Preámbulo dice “constituir una unión más perfecta”, lo cual indica que allí la unión ya había tenido principio de realización por los artículos de Confederación y Perpetua Unión de 1777;

6.1.4.5. “*afianzar la justicia*”: indica que en la convicción de los constituyentes este valor ya estaba en nuestro pueblo pero que era necesario asegurar su efectividad en todos los ámbitos de las relaciones sociales. El de los EE. UU. dice “establecer la justicia”, lo cual indica una valoración más rigurosa;

6.1.4.6. “*consolidar la paz interior*”: expresa en forma sintética la necesidad de aventar definitivamente el estado de guerra interno, frecuente durante todo el proceso que desembocó en la organización nacional. En cambio, el de los EE. UU. dice “asegurar la tranquilidad interior”, lo cual refleja que allí se llegó a la organización definitiva sin lucha interna;

6.1.4.7. “*proveer a la defensa común*”: objetivo que destaca el surgimiento de la Nación con las necesidades propias de su defensa frente a la eventual agresión extranjera, que debe ser entendida tanto militar como económica. Este objetivo es el mismo en el de los EE. UU.;

6.1.4.8. “*promover el bienestar general*”: objetivo colocado como estímulo para todos los habitantes, muy propio del individualismo li-

beral, a la vez que indicativo de la posibilidad de intervención del Estado en dicha consecución. El de los EE. UU. expresa lo mismo;

6.1.4.9. “*y asegurar los beneficios de la libertad*”: se marca aquí el nítido perfil liberal de nuestra Constitución en el sentido de que protege todas las libertades, en contradicción con los sistemas auto-cráticos. El de los EE. UU. consagra el mismo beneficio;

6.1.4.10. “*para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*”: determina el ámbito de los destinatarios de todo el mensaje que encierra el Preámbulo; pretendió satisfacer las necesidades del pueblo de entonces, aspiró a garantizar el goce de esos beneficios y abrió las puertas de nuestra patria a los extranjeros bajo el signo alberdiano de que “gobernar es poblar”. El de los EE. UU. sólo dice “para nosotros y para nuestra posteridad”, señalando una actitud reticente para la integración nacional con los extranjeros;

6.1.4.11. “*invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia*”: expresa la profesión de fe de los EE. UU. constituyentes. El de los EE. UU. no contiene esta invocación;

6.1.4.12. “*ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina*”: esta cláusula es el acta que indica el establecimiento de la Constitución con fuerza imperativa y validez jurídica en todo el territorio de la Nación. El de los EE. UU. contiene una cláusula semejante.

6.2. Disposiciones Transitorias: son el conjunto de normas constitucionales incorporadas por la reforma de 1994 al final de la Segunda Parte de la Constitución Nacional (a continuación del art. 129, CN), sin seguir la numeración del articulado del texto permanente de la Constitución.

6.2.1. Fueron previstas por la misma ley que declaró la necesidad de la reforma, que señalaba entre las facultades formales de la Convención Constituyente, tanto para el núcleo de coincidencias básicas como para los temas habilitados, la sanción de “cláusulas transitorias” que fueren “necesarias” (art. 2.d, y art. 3.c, Ley 24.309). Aunque no se indicó su incorporación sobre el final del texto constitucional, es correcta esa ubicación por la propia naturaleza de estas normas y por

ser la tradicional técnica seguida en tantas leyes, tratados internacionales o constituciones (extranjeras e incluso vernáculas).

6.2.2. *Antecedentes*: a nivel federal, la reforma de 1949 incorporó, con esta misma técnica (sobre el final y con numeración propia) y similar denominación, normas de carácter no permanente. Sin perjuicio de ello, ya en el texto de 1853 aparecían disposiciones con semejante carácter y función, pero con una técnica distinta: incluirlas dentro del propio articulado constitucional, que curiosamente subsisten sólo formalmente aunque carezcan de toda función actual (ej. de éstas son los actuales arts. 46; 47, parte 1ª, y 112, parte 1ª).

6.2.3. *Su carácter*: sin duda son tan supremas como el resto de la Constitución (por ello sólo se pueden modificar por el procedimiento del art. 30, CN) y forman parte de ésta, es decir que no son inferiores ni exteriores al resto de la Constitución, aunque por una mera cuestión de técnica jurídica sigan una numeración propia y no continuada respecto del articulado constitucional, lo que además aparece como correcto para destacar su carácter de normas constitucionales de aplicación a casos no recurrentes. En rigor, se diferencian de las demás normas constitucionales, no por su ubicación sino por su ámbito temporal: en lugar de tener duración indeterminada ostentan una duración acotada (a plazo fijo o en forma incierta), es decir, que tienen vigencia solamente mientras perdure el objetivo para el cual fueron creadas.

6.2.4. *Su función*: complementan el resto de la Constitución al postergar, condicionar o aclarar algún aspecto, cada una de acuerdo a su peculiar contenido. Imposible, entonces, que se encuentren en pugna o en contradicción con el resto de la Constitución, de la cual, reiteramos, forman parte inescindible. En ese sentido, la Corte, en el caso “Ortiz Almonacid” de 1999 (F. 322:385), rechazó el amparo de un afiliado del Partido Justicialista que postulaba la inconstitucionalidad de la D. T. 9ª CN que impedía una segunda reelección consecutiva de Carlos Menem (ver su comentario en el capítulo sobre Poder Ejecutivo).

6.2.5. *Su contenido*: las cláusulas de esta parte final de la Constitución (numeradas de la 1ª a la 17ª) pueden ser agrupadas en tres:

6.2.5.1. *Primer grupo*: por su peculiaridad, aquí sólo incluimos la D. T. 1ª CN, reivindicativa de los legítimos derechos de la Nación Argentina frente al usurpador británico de las Islas Malvinas, Georgias

y Sandwich del Sur que dejará de tener vigencia cuando se produzca la efectiva recuperación de esos territorios.

6.2.5.2. *Segundo grupo*: de la D. T. 2ª CN hasta la 15ª inclusive, atento a que todas ellas se refieren a artículos concretos del texto permanente de la Constitución (que lucen entre paréntesis), siguiendo un orden de aparición sucesivo y concordante con aquéllos.

6.2.5.3. *Tercer grupo*: comprende las dos últimas (la 16ª y 17ª) que actualizan el acta de establecimiento histórica contemplada en el Preámbulo.

6.2.6. El estudio de cada una de estas cláusulas se aborda juntamente con el tema con el cual se relacionan.

CAPÍTULO TERCERO

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Noción preliminar: sin perjuicio de que toda explicación, descripción y sistematización de las normas constitucionales, en la medida en que no se trata de una mera transcripción, supone lo que genéricamente se denomina “interpretación” (en su función teórica), aquí interesa analizar la interpretación constitucional como técnica u operación a través de la cual las normas constitucionales se emancipan de la constitución escrita, formal u “hoja de papel” y se proyectan en los hechos o mundo de la realidad (en su función práctica).

1.1. La norma concebida en términos más o menos genéricos, más o menos abstractos, para su aplicación al caso concreto debe ser necesariamente interpretada: desentrañar su sentido (no sólo deóntico, sino también ideológico). Por ende, la interpretación es un presupuesto indispensable de la aplicación de la norma.

1.2. Toda norma se traduce en términos lingüísticos y, como tal, es un fenómeno de enunciación que debe ser recepcionado o reconocido por alguien a través del proceso llevado a cabo por el intérprete. Sin embargo, éste puede apartarse del tenor literal de los textos, ya restringiendo su alcance, ya extendiéndolo. Entre otras dificultades, el intérprete debe superar tanto indeterminaciones: sintácticas, semánticas (ambigüedades, vaguedades, conceptos jurídicos indeterminados), lógicas (antinomias), como omisiones (lagunas). El problema siempre es el sentido deóntico e ideológico que se le da a las palabras y el margen de las soluciones posibles.

1.3. En el rigor kelseniano, la interpretación como tarea del jurista

no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica, sin adoptar ninguna de las posibilidades expuestas como correctas, a diferencia de la tarea que efectúan los órganos competentes (en especial los jueces), quienes adoptan una decisión entre las posibilidades interpretativas. De esta forma, todo órgano constitucional que dicta actos constitucionales es sujeto de interpretación: el legislador cuando ejerce sus potestades (legislativa, de control o preconstituyente); el ejecutivo cuando dicta actos individuales o ejerce su potestad reglamentaria, o los jueces cuando ejercen su potestad jurisdiccional. Cada uno de ellos, a su manera, interpreta la Constitución.

1.4. No obstante lo dicho, por nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad, suma importancia tiene la palabra de los jueces y —en última instancia— de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este sentido, su rol de intérprete final y definitivo de la Constitución le otorga a su jurisprudencia un papel de máxima trascendencia como fuente del derecho, tanto que se ha dicho del Alto Tribunal que es equivalente a un poder constituyente en sesión permanente (Wilson).

1.5. Todo pronunciamiento de la Corte sobre temas constitucionales implica necesariamente una toma de posición interpretativa (que a veces se explicita y muchas otras veces no) al argumentar y analizar las cláusulas de la Constitución, de ciertos tratados internacionales y de leyes orgánicas implicadas en los casos concretos a resolver. La determinación de los criterios interpretativos adecuados para llevar a cabo la función judicial —en su doble aspecto de aplicación-creación del derecho— es enunciada por la propia Corte que a lo largo de su historia fue formulando diversas reglas hermenéuticas. A continuación se sistematizan algunas a partir de sus precedentes donde se puso de manifiesto el método interpretativo utilizado. El tema exige cierto desarrollo puesto que la misión interpretativa nunca se agota con la sola consideración indeliberada de la letra de la norma, ya que sin mengua de ella cabe tener en cuenta otros parámetros o reglas hermenéuticas.

2. Interpretación estática vs. interpretación dinámica: estos diversos métodos adquieren relevancia especial en el caso de aquellas cláusulas constitucionales de evidente vetustez como es el caso de nuestra Constitución que contiene normas que provienen del siglo pasado. En una sociedad cambiante, el paso del tiempo produce fatalmente

“un desfasaje entre la cristalización de valores sostenidos en el texto y el fluido complejo axiológico que puede alimentar a los jueces e intérpretes en la realidad”, lo que determinó que la metodología interpretativa de la Corte marcara el tránsito de un sistema estático a un sistema dinámico (Vanossi, 4).

2.1. Desde la instalación de la Corte hasta la década de los treinta, su jurisprudencia se enroló, salvo alguna aislada excepción, en un método estático de interpretación constitucional. Recién a partir del tercer decenio del siglo XX, con motivo de la crisis que desencadenó una legislación de emergencia tendiente a afrontarla, la Corte comenzó a practicar una interpretación dinámica de la Constitución que se mantiene hasta la fecha. Se observa, entonces, que ese cambio de método interpretativo que aquí se analiza coincide, en sus comienzos, con la legitimación del poder de policía en sentido amplio para épocas de emergencia por parte de nuestra Corte (ver evolución y clase de ese poder en subprincipio de reglamentación, dentro de principio de limitación).

2.2. Interpretación estática: para esta posición, mientras la Constitución subsista y no sea reformada su interpretación debe basarse, en todo tiempo, en los conceptos predominantes a su nacimiento, como fue entendida en la época de su sanción por sus autores (la Constitución no es sólo la misma en sus palabras, sino idéntica en su significado, sentido y propósito). Por ello también se la llama interpretación histórica u originalista.

2.2.1. No se trata de tener en cuenta el contexto histórico para comprender la norma, sino que se lo considera determinante para otorgar un único significado. Se procura así lograr una interpretación permanente, inmutable y única para asegurar la estabilidad institucional y llevar hasta sus últimas consecuencias la rigidez constitucional. Es una variante en materia constitucional de la regla básica del método general de interpretación del derecho propio de la escuela francesa de la exégesis: se debe reconstituir el pensamiento del legislador en oportunidad de la sanción de la ley (Baudry-Lacantinerie).

2.2.2. En Argentina, el representante más destacado de esta forma de interpretar nuestra Constitución fue Bermejo, en sus casi tres décadas como miembro de nuestra Corte Suprema (F. 98:20 y 52; 111:339;

150:150, entre otros), quien incluso mantuvo esa posición estática votando en disidencia en los aislados casos en que la Corte de esa época se apartó momentáneamente de esa interpretación (ej. F. 136:161).

2.2.3. En 1903, en los siempre citados casos “Hileret” y “Nougués” (F. 98:20 y 52), pleitos que esas empresas siguieron contra la Provincia de Tucumán para tachar de inconstitucional la tenue medida de planificación económica referida al azúcar, se decidió que debe estarse a lo que surge de los documentos históricos que fueron tomados en cuenta al hacerse la Constitución. Similar criterio estático se percibe en el caso “Griet c/Prov. de Tucumán” de 1922 (F. 137:212), también con firma de Bermejo. Esta posición fue reiterada en otras materias, como en el caso “Méndez” de 1918 (F. 127:429) donde para interpretar el artículo 32 incorporado en 1860 al texto constitucional la Corte recurrió a la opinión de los convencionales de ese año. Como ya anticipamos, la Corte abandona esta postura recién en la década de los treinta, no obstante que en 1922 se apartó de ella en el aislado caso “Ercolano c/Lanteri” (F. 136:161), en el cual Bermejo votó en disidencia manteniendo la tradicional interpretación estática. Aun en el caso “Transporte Chaco” de 1932 (F. 164:344) se mantiene una interpretación estática en la mayoría de la Corte al adjudicarle un restringido valor interpretativo al Preámbulo como se dice más abajo.

2.2.4. Las críticas a la interpretación estática son de diverso tenor: por un lado, la dificultad que frecuentemente presenta la tarea de desentrañar la voluntad del autor de la norma (máxime cuando éste no se identifica claramente o al emanar de cuerpos pluripersonales, muchas veces multitudinarios), que lejos está de lograr una única y “verdadera” interpretación, y, por otra parte, aun salvada esta primera objeción, se frenan los cambios que imponen las nuevas circunstancias históricas al exigir como único remedio la reforma constitucional: “Si la norma fuese inconveniente, si el precepto ya no respondiera a los imperativos de la evolución económica o social, ha de ser el poder constituyente y no otro el órgano adecuado para traducir en nuevas normas las mejores soluciones” (disidencia de fundamentos de Boffi Boggero-Aberastury en el caso “Fernández Arias” –1960–, F. 247:647).

2.3. Interpretación dinámica: por oposición a la hermenéutica estática, no cabe invocar lo que significó la Constitución en el momento

de su adopción, sino lo que significa en el momento de su aplicación; de lo contrario resultaría que las grandes cláusulas de la Constitución se confinarían a la interpretación que sus autores les dieron, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo. De esta forma, por obra del juez, las normas se emancipan de la voluntad psicológica del autor, rompiendo el análisis exegético; así, la interpretación debe hacerse a tenor de los valores que aquí y ahora se vivencian como preferentes de la comunidad. Por ello, a esta forma de interpretación también se la denomina evolutiva o progresiva.

2.3.1. A partir del caso “Avico c/De la Pesa” de 1934 (F. 172:29), que se analiza en poder de policía de emergencia económico-social, la Corte, en sus distintas integraciones y ante disímiles circunstancias, ha aplicado con intensidad creciente una interpretación dinámica del texto constitucional:

2.3.1.1. En 1937 en el caso “Bressani” (F. 178:9) dijo que la “interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación”.

2.3.1.2. En 1958 en el célebre caso “Kot SRL” (F. 241:291) la mayoría de la Corte dijo que “las leyes [léase normas constitucionales] no pueden ser interpretadas históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción”.

2.3.1.3. En 1963 en el caso “Nación Argentina c/Prov. de Buenos Aires” (F. 256:588), la mayoría de la Corte sostuvo que no corresponde “una exégesis estática, referida a las circunstancias de la oportunidad de la sanción de la ley. Y esa exégesis no es adecuada, particularmente en el ámbito de la interpretación constitucional y de las leyes de su inmediata reglamentación”. A su vez, advirtió como consecuencia negativa de la interpretación estática “la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la República, comprometiendo la satisfacción de las necesidades más ineludibles”.

2.3.1.4. En 1966, en el caso “Fernández Orquín c/Ripoll” (F.

264:416), la mayoría de la Corte ratificó esta doctrina sosteniendo que "no es acertada una interpretación estática de la Constitución Nacional porque ella dificulta la ordenada marcha y el adecuado progreso de la comunidad nacional que debe acompañar y promover la Ley Fundamental". A su vez, agregó que la interpretación dinámica resulta imperiosa cuando a la clásica consagración de las libertades individuales se agregan cláusulas de contenido social que requieren la exégesis concertada del conjunto de referencia al artículo 14 bis CN (c. 6).

2.3.1.5. En 1986 es sumamente ilustrativa la disidencia de fundamentos de Petracchi en el caso "Sejean c/Zaks de Sejean" (F. 308:2268): critica la sentencia de primera instancia que estimó ajena a la Constitución la cuestión relativa al divorcio vincular (prohibido por el art. 64, ley 2393) por la simple razón de que ello no habría sido previsto por el constituyente de 1853, y agrega que como principio de interpretación de la Constitución "no es adecuada una exégesis estática de ésta y de sus leyes reglamentarias inmediatas que esté restringida por la circunstancia de su sanción" (c. 8). Se observa que el uso del método dinámico también se extiende a otras materias, ajenas al poder de policía amplio.

2.3.1.6. En 1990, en el caso "Peralta" (F. 313:1512), la mayoría de la Corte recurre a la interpretación dinámica con un doble propósito. En primer lugar, para justificar la facultad presidencial del dictado de decretos de necesidad y urgencia, en ese entonces no prevista expresamente en el texto constitucional, invoca la doctrina dinamista de los casos "Bressani" de 1937, "Kot" de 1958 y "Nación Argentina" de 1963 (c. 20). En segundo lugar, para justificar el contenido de la medida excepcional adoptada, hace suyas las palabras de la Corte de los EE. UU.: "Si se declarara que la Constitución significa hoy, lo que significó en el momento de su adopción, ello importaría decir que las grandes cláusulas de la Constitución deben confinarse a la interpretación que sus autores les habían dado, en las circunstancias y con las perspectivas de su tiempo, y ello expresaría su propia refutación" (c. 41).

2.3.2. Atento a las amplias facultades que se reconocen al intérprete en el método dinámico, se plantea la cuestión de sus límites para evitar una transgresión constitucional por excesos hermenéuticos.

2.3.2.1. En este sentido, en el ya citado caso “Nación Argentina c/Prov. de Buenos Aires” de 1963, la mayoría de la Corte, luego de reivindicar la interpretación dinámica, sostiene que si bien las normas de la Constitución “están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional”, de todas formas no hay que olvidar que los intérpretes en esa tarea deben hacer también una “discreta y razonable interpretación de la intención de sus creadores”.

2.3.2.2. Con más claridad aparece la cuestión de los límites de la interpretación dinámica en la disidencia de fundamentos de Petracchi en el caso “Sánchez Abelenda” –1988– (F. 311:2553) cuando sostiene que aquella no debe ser entendida “como la posibilidad de dar cualquier contenido” a los textos constitucionales, más allá del “marco que aportan las ideas básicas que los inspiran, pues de lo contrario interpretarlos equivaldría a adjudicarles todos los alcances que, a juicio del órgano encargado de tan delicada función, pudiesen parecer meramente convenientes o deseables, con lo cual quedaría seriamente lesionado el principio de la soberanía del pueblo”, según el cual no son los tribunales los titulares del poder constituyente (c. 12).

3. Interpretación “alternativa”: una importante apertura y relectura de la cuestión se planteó en la doctrina nacional a comienzos de los años setenta (Sampay, 3), la que al vincular la interpretación constitucional con los antagonismos sociales señaló que no eran dos los métodos (estático y dinámico), sino tres (agregando el revolucionario).

3.1. Dijo Sampay: la interpretación estática hace perdurar las instituciones originales de la clase social que dictó la Constitución (a través de los legisladores constituyentes que la representaban); la dinámica evita que la constitución escrita se trueque en una mera constitución nominal, es *de lege lata* pues los viejos moldes sirven de cauce a las nuevas necesidades; en cambio, la interpretación “revolucionaria” le da un nuevo contenido a la idea de justicia que importa una metamorfosis radical de la constitución escrita; es *de lege ferenda* al desentenderse absolutamente de la voluntad del constituyente y reemplazar el núcleo de sentido de la norma que sólo conserva su letra.

3.2. En forma parcial, esta tercera modalidad interpretativa se vincula con lo que, tiempo después, se denominó “interpretación mutativa promotora de una mutación *contra constitutionem* de una cláusula cons-

titucional injusta” (Sagüés, 3), pero acotada a aprehender la extrema situación en que el juez se viera compelido a no aplicar una norma constitucional por su manifiesta injusticia.

3.3. Íntimamente emparentado con la citada apertura crítica de Sampay, aparece lo que en Brasil se denomina “*uso alternativo do direito*” o “*direito alternativo*”, que por desarrollar esta forma distinta de ver el derecho con cierta organicidad (Capón Filas, 1) nos induce a calificar a esta superadora interpretación como alternativa.

3.3.1. Es un movimiento crítico que difiere de otros por no ser meramente académico –aunque en parte también lo sea–. Es abarcativo de variados profesionales del derecho en su praxis diaria, ya sea en el foro (magistrados judiciales y abogados populares) o en la universidad (profesores y estudiantes críticos), surgido como respuesta a la injusta realidad social brasilera, caracterizada por la exclusión y marginalidad de gran parte de su población. Aunque la expresión *direito alternativo lato sensu* engloba diversas vertientes, en materia interpretativa obviamente lo que importa es el llamado “uso alternativo del derecho”: enfrentado conceptual y prácticamente a la denominada por ellos enseñanza oficial de la normatividad vigente, postula cuestionarla y leerla desde una nueva óptica, favorable a las necesidades populares.

3.3.2. Los alternativos no rompen apocalípticamente con la legalidad establecida; por el contrario, la critican para utilizarla de un modo diverso a la usual y predominante a partir de una nueva visión. Niegan el carácter neutral o justo en sí del derecho, entienden que siempre oculta una preferencia por los intereses en lucha contrapuestos (se disminuye uno y se acrecienta el otro); entonces, eligen una clara opción axiológica en favor de la parte más débil y del marginado, a fin de que el derecho objetivo deje de servir a la injusticia y a la dominación. Obviamente se presenta como un contradiscurso al derecho oficial que procura a toda costa terminar con la estrategia de no efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.

3.3.3. A partir de la óptica explicitada, perciben claramente que la hermenéutica es un modo e instrumento de cambio en pos de la justicia (entendida siempre como aquello que favorece al débil). Consideran superado el problema metodológico para privilegiar el problema

crítico (axiológico) de la hermenéutica ya que toda interpretación presupone una posición previamente asumida en relación al derecho y a la vida. Por ello consideran válido, en la práctica, utilizar métodos de interpretación variables y cambiables de acuerdo con los valores en juego en el caso concreto, pudiendo pasar inclusive por métodos interpretativos gramaticales y llegar a un juzgamiento aparentemente *contra legem*.

3.3.4. Con este entendimiento, procuran que los jueces sean instrumento de transformación social y que abandonen su función legitimadora de la dominación y opresión: que dejen de ser meros aplicadores del derecho positivo y pasen a interpretarlo siempre para lograr la justicia en el caso concreto “dentro de la ley, fuera de la ley, en contra de la ley y más allá de la ley”. Sin embargo, intentan dejar en claro que no defienden la libertad total del juzgador para decidir con arbitrio personal de forma voluntarista sino enmarcada por esta nueva visión global; una actitud nueva que permita ejercer la magistratura en favor de las clases oprimidas (Rosa de Andrade).

4. Valor de la jurisprudencia norteamericana: la cuestión de la posibilidad o no de que nuestros tribunales utilicen como recurso interpretativo de nuestra Constitución el derecho judicial de los EE. UU. se funda en el adjudicado carácter de constitución derivada, por oposición a las originarias, de la Constitución argentina a tenor de la clasificación de Loewenstein ya analizada.

4.1. Esta problemática, que dista mucho de ser pacífica, se remonta a la época misma de la sanción de la Constitución de 1853 con la famosa polémica entre sus primeros comentaristas: Sarmiento y Alberdi (2) en sus respectivos *Comentarios* y *Estudios*, más allá de la común admiración que ambos profesaban por los EE. UU. El primero sostiene entusiastamente que nuestra Constitución es una adaptación de la norteamericana, por lo cual en los puntos idénticos o análogos de ambas constituciones hay que atenerse estrictamente a la doctrina, jurisprudencia y experiencia del modelo. En cambio Alberdi, al demostrar el error de Sarmiento de confundir constituciones diferentes como si fueran iguales, postula la necesidad de tener en cuenta para interpretar nuestra Constitución otras fuentes: la historia del país, las discusiones del legislador, los trabajos preparatorios de los publicistas, y, por úl-

timo, los textos extranjeros y sus comentaristas; es decir, que el rol de la jurisprudencia norteamericana sólo se debe tener en cuenta luego de agotadas las fuentes nacionales.

4.2. Desde época temprana, la Corte ha seguido la idea de Sarmiento. Así, en 1877, con firma de J. B. Gorostiaga, en el caso “Lino de la Torre” (F. 19:231) sostuvo: “que el sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares”.

4.3. Pocos años después del citado *leading case*, la Corte precisa y desarrolla el alcance que debe darse al uso de la jurisprudencia norteamericana:

4.3.1. En 1893, en el caso “Leandro N. Alem” (F. 54:432), con cita expresa del precedente recién mencionado, considera las diferencias entre las disposiciones de nuestra Constitución sobre prerrogativas de los legisladores y las de los EE. UU. y aclara que, no obstante, “la jurisprudencia de aquella nación sirve sólo para justificar la inteligencia que en este fallo se da a las cláusulas recordadas de la Constitución Nacional”.

4.3.2. En 1897 en el caso “Ferrocarril Central Argentino c/Prov. de Santa Fe” (F. 68:234) la Corte señaló: “Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que las que establezcan nuestros propios tribunales”. Se refería al ex artículo 67, inciso 16 (actual 75, inc. 18) para cuya interpretación recurrió al método estático ya analizado.

4.3.3. Incluso, en 1932, la mentada precisión sentada por la Corte fue abordada de manera disímil por el propio tribunal. Así ocurrió en el caso “Transporte Chaco” (F. 164:344), donde mayoría y minoría invocan fallos o votos norteamericanos en sentido exactamente inverso:

mientras los primeros no reparan en la diferencia de nuestra Constitución con la de aquel país en la materia a resolver (tema de los extranjeros), la disidencia de Sagarna, por entender que nuestra Constitución no siguió en el punto discutido a la de los EE. UU., sólo invoca la jurisprudencia foránea como argumento a fortiori. Recién en 1988, en el caso “Repetto” (F. 311:2272), la Corte reconoce por unanimidad la imposibilidad de hacer valer la jurisprudencia norteamericana en materia de extranjeros, precisamente porque nuestra Constitución es más protectora que la de los EE. UU.

4.4. Esta postura de recurrir a fallos extranjeros sentada en los mencionados *leading cases* ha sido mantenida por nuestro más Alto Tribunal casi en forma monocorde hasta el presente, a través de sus distintas integraciones. Ilustra la mentada continuidad el hecho de que a más de cien años del citado precedente de 1877, en el caso “Peláez” de 1995 (F. 318:1967), la Corte lo sigue invocando ante una parecida situación fáctica: considera que su doctrina “no debe ser modificada” (c. 8), vuelve a mencionar casos de la Corte de los EE. UU. para interpretar nuestra Constitución (c. 4 y 5) con apoyo en la tajante afirmación de que aquella República (léase la de los EE. UU.) “brindó la mayor fuente de la Constitución Nacional”.

4.4.1. Claro que también se utiliza aquella jurisprudencia foránea para fundar gran cantidad de decisorios en variadas temáticas: como se ve oportunamente para interpretar el artículo 18 CN (ej. inviolabilidad de domicilio), el artículo 14 (ej. doctrina de la real malicia en libertad de prensa) o la doctrina de las cuestiones políticas en materia de control de constitucionalidad, o como se vio más arriba en materia de método dinámico de interpretación para fundar el poder de policía amplio (*broad and plenary*) en los citados casos “Ercolano” de 1922 (voto de la mayoría), “Avico” de 1934 (c. 7/9 de la mayoría) y “Peralta” de 1990 (c. 41 de la mayoría).

4.5. A nuestro entender, si bien es innegable que la Constitución norteamericana influyó decisivamente en nuestra Constitución de 1853, como dijimos anteriormente, esa sola circunstancia histórica no justificaba ni justifica, sin más, trasladar la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE. UU. salvo por una óptica dependiente.

4.5.1. Con más razón debe descartarse toda óptica dependiente

luego de que la reforma constitucional de 1994 hubo incorporado institutos de otro origen (ej. de novedades de cuño europeo: Consejo de la Magistratura, Defensor del Pueblo, jefe de Gabinete), y especialmente por el rotundo reconocimiento de “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

4.5.2. En este orden de ideas, nos parece que, más allá de la fuente de la que emana una opinión, lo que hay que ponderar a la hora de interpretar es su fuerza de argumentación intrínseca. Ni siquiera la Corte de los EE. UU. queda al margen de los peligros que implica la falacia de autoridad. Basta para ello recordar los nefastos precedentes de aquel tribunal, criticados por juristas de todo el mundo: en 1857 el caso “Dred Scott vs. Sandford”, donde se negó la calidad de ciudadano a un negro esclavo, y en 1992 el caso “USA vs. Álvarez Machain”, donde la mayoría de ese tribunal legitimó la aprehensión por parte de agentes norteamericanos de un extranjero en otro país para ser llevado ante tribunales de los EE. UU. Al menos este último fallo fue considerado incompatible e inadmisibile con nuestra Constitución por parte de la propia Corte argentina en el caso “Nadel” –1993– (F. 316:567) (c. 12 del voto mayoritario de siete ministros y c. 13 del voto de Boggiano; en discordancia, el c. 6 del voto de Barra).

5. Valor del Preámbulo: nadie duda ya que la utilidad más destacada del Preámbulo es su valor de interpretación de la Constitución. El problema radica en el alcance o extensión interpretativa que se le puede dar, a partir de la jurisprudencia de la Corte en distintas épocas y ante distintas circunstancias.

5.1. Un primer momento es el constituido por la disidencia de fundamentos de Bermejo en el caso “Horta c/Harguindeguy” de 1922 (F. 137:47). Para reforzar la inconstitucionalidad de la ley 11.157 que imponía el precio de los alquileres (como ya lo había sostenido en su conocida disidencia en el caso “Ercolano c/Lanteri”, F. 136:170), citando a Story, comentarista de la Constitución de Filadelfia, dijo en relación al “*bienestar general*” mentado en el Preámbulo que éste “nunca puede ser invocado para ensanchar los poderes conferidos al gobierno general o a alguno de sus departamentos. Él no puede conferir poder alguno per se, ni autorizar, por implicancia, la extensión de algún poder expresamente dado, o ser la fuente legítima de algún

poder implícito. Su verdadero oficio es exponer la naturaleza, extensión y aplicación de los poderes actualmente conferidos por la Constitución, y no crearlos sustancialmente”. Se observa cómo el máximo exponente de la interpretación estática de la Constitución que aún imperaba en la doctrina de la Corte adjudica al Preámbulo un valor interpretativo restringido.

5.2. Más adelante, también vinculado a la interpretación estática, se vuelve a plasmar el mencionado valor interpretativo estrecho; esta vez por la mayoría de la Corte en el caso “Transporte Chaco” de 1932 (F. 164:344), con cita en este caso de Willoughby. En oportunidad de sostener la constitucionalidad de la ley 4144 que habilitaba la expulsión de extranjeros, la Corte dijo: “Que no es óbice para esta conclusión el antecedente con frecuencia invocado de que el Preámbulo de la Constitución extienda los beneficios que ella ofrece a *‘todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’*. El valor del Preámbulo, en efecto, como elemento de interpretación no debe ser exagerado. Sería, desde luego, ineficaz para dar al cuerpo el instrumento a que se aplica un sentido distinto del que fluye de su claro lenguaje. Sólo constituye un positivo factor de interpretación cuando el pensamiento de los redactores no aparece en aquél nítido y definitivo”.

5.3. No obstante, en el mismo caso “Transporte Chaco”, la disidencia de Sagarna al sostener la inconstitucionalidad de la ley 4144 plantea una perspectiva distinta acerca del valor interpretativo del Preámbulo argentino apelando a su comparación con el de los EE. UU. Consideró que, respecto a los derechos de los extranjeros, se impone “una interpretación diferencial” y más protectora en el caso argentino: el Preámbulo de los EE. UU. anuncia una Constitución “para nosotros y nuestra posteridad” (“Constitución nacionalista”), mientras el nuestro asegura “los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino” (“Constitución humanitarista”).

5.4. Con posterioridad, ya instalada la interpretación dinámica en el pensamiento de la Corte Suprema, el valor del Preámbulo parece cobrar mayor importancia al ser utilizado como fundamento directo, a la par del propio articulado de la Constitución, para justificar la

intervención del Estado, con diversas modalidades, en materia económica. Entre otros, en 1966, en el caso “Fernández Orquín c/Ripoll” (F. 264:416) se invocó el “*bienestar general*” del Preámbulo junto a la cláusula del bienestar (ex art. 67, inc. 16; hoy art. 75, inc. 18) para legitimar el artículo 8º de la ley 14.451 de arrendamientos rurales (c. 5 del voto de la mayoría). Asimismo, en 1990, en el caso “Peralta” (F. 313:1513), sin mencionar expresamente al Preámbulo, se apela insistentemente al objetivo de la “*unión nacional*” al que califica de “guía segura y perdurable” y “principio guía” (c. 35 y 36 del voto de la mayoría) para justificar el contenido del decreto de necesidad y urgencia 36/90 que convertía los activos financieros en bonos externos.

6. Función de las nuevas normas constitucionales: una cuestión interpretativa especial se genera con motivo de la incorporación al texto constitucional originario de normas que por su nuevo contenido económico-social pudiesen colisionar con aquél, como ocurrió con la Constitución argentina a mediados del siglo XX (reformas de 1949 y 1957), problemática que, de alguna manera, se reactualiza con la reforma de 1994. Partiendo de la idea de que el constitucionalismo social (ver su descripción en derechos sociales) implica adición y no negación de los derechos individuales, se impone su conciliación o armonización que, en los casos concretos, queda en manos de los jueces.

6.1. *En relación a la reforma de 1949*, la postura de la Corte fue variable según la época:

6.1.1. Durante la vigencia de esa reforma, sostuvo la Corte de ese período: en el caso “Staudt y Cía. SA Comercial” de 1954 (F. 229:368) dijo que las nuevas cláusulas constitucionales —en referencia al abuso del derecho, a la función social de la propiedad y al sometimiento del capital al servicio de la economía nacional (arts. 35, 38 y 39)— eran “directivas trascendentales para la inteligencia del derecho positivo vigente” que los jueces no podían desatender. En el mismo año, en el caso “Neumáticos Good Year” (F. 229:456), con apoyo en el anterior fallo, dijo que todas “las leyes vigentes, incluso las de carácter común y procesal, deben ser interpretadas a la luz de los nuevos principios constitucionales y en concordancia con ellos”. En el caso “Torrá” de 1955 (F. 232:134) reiteró la doctrina señalada, llegando a sostener que las leyes debían interpretarse y aplicarse en función de “las directivas

hermenéuticas impuestas por las nuevas normas constitucionales y por el artículo 3º, ley 14.184 (2º Plan Quinquenal)”.

6.1.2. En cambio, retornada la vigencia de la Constitución de 1853, en 1957 la nueva Corte modificó su jurisprudencia y sostuvo en el caso “Cantarini” (F. 237:272) un criterio adverso al valor de las disposiciones programáticas contenidas en el texto de 1949 –como las relativas a los derechos del trabajador– al decir que no contenían sino declaraciones teóricas y no añadían derecho alguno a los que habían establecido los constituyentes de 1853. El procurador general de la Nación (Soler) sostuvo que los derechos sociales de la Constitución de 1949 no daban lugar a prestaciones positivas del Estado. No consideramos acertada esta argumentación de la Corte porque las normas programáticas siempre son normas jurídicas y no meras declaraciones teóricas (ver en clasificación de normas la función “operativa” de las normas programáticas).

6.2. *En relación a la reforma de 1957* que incorporó el artículo 14 bis, la postura de la Corte fue la siguiente:

6.2.1. En un primer momento, en 1959, en los casos “Lavallo” (F. 244:491) y “Asproni” (F. 245:21) sólo menciona el recientemente incorporado artículo 14 bis, pero nada dice acerca de su valor interpretativo, salvo que califica a sus cláusulas como programáticas (en lo referente a la protección integral de la familia y al acceso a la vivienda).

6.2.2. Recién más adelante, la Corte de siete miembros, en 1966, en el ya citado caso “Fernández Orquín c/Ripoll”, vuelve a reconocer, por mayoría, el valor interpretativo de las nuevas cláusulas constitucionales de contenido social, lo que exige:

- a) Utilizar un método dinámico de interpretación;
- b) una “exégesis concertada del conjunto”, y
- c) en casos de intereses contrapuestos, debe darse “preeminencia al que reviste carácter público”.

6.2.3. En 1960, en el caso “Prattico” (F. 246:345), la Corte precisa la mencionada regla de interpretación para resolver conflictos, al decir que: “toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero,

esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. No es otro el sentido de la cláusula que los constituyentes de 1957 agregaron a continuación del artículo 14 de la Ley Fundamental”. En igual sentido, en 1983, en el caso “Smata” (F. 305:2040), la Corte consideró de “superior naturaleza” el derecho constitucional a la salud del hombre trabajador (art. 14 bis) frente a los “derechos de contenido patrimonial del empleador”. Sin embargo, es indispensable aclarar que esta forma de interpretación concertada entre normas sobrevivientes y nuevas por prevalencia de estas últimas, en muchas ocasiones fue atenuada fuertemente por la propia Corte a tenor de las circunstancias concretas de la causa (caso “Riego Ribas s/Usurpación y desobediencia” –1964–, F. 258:267).

6.3. *En relación a la reforma de 1994*: a más de una década de esta importante modificación constitucional, no se observan definidos y decantados criterios interpretativos en derredor de sus abundantes novedades normativas, muchas de las cuales incluyen pautas de alto valor hermenéutico (por ej. “desarrollo humano”, “las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, “justicia social”, “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, entre otras).

6.3.1. En cambio, sí se ha pronunciado la Corte respecto del caso especial que resulta de la necesidad de armonizar la Constitución con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos dotados de jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, párrafo 2° CN, a partir de la pauta de interpretación que dice “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (ver su desarrollo en el principio de supremacía).

6.3.2. Todo el desarrollo jurisprudencial referido a las anteriores reformas es perfectamente aplicable mutatis mutandis a las novedades incorporadas en 1994, y –a su vez– se enriquece en lo relativo a los derechos humanos con la “jurisprudencia” de los organismos internacionales en la materia como se analiza a continuación.

7. Valor de la jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos: esta cuestión se plantea a partir de la incor-

poración al derecho interno de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que prevén organismos especializados para la interpretación y aplicación en este tema cuya competencia Argentina aceptó. Tal el caso de la C. A. D. H. de 1969 aprobada por Ley 23.054 de 1984, y sus dos órganos previstos como medios de protección: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión y la Corte Interamericanas).

7.1. La discusión gira en torno a qué relevancia tiene la interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos efectuada por esos organismos internacionales en la doctrina de la Corte federal a la hora de aplicar internamente aquellas disposiciones. Es obvio que, a partir de la reforma constitucional de 1994 que otorga jerarquía constitucional a varios de estos instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN), esta temática se torna insoslayable.

7.2. Ya en 1992, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (F. 315:1492), en oportunidad de pronunciarse la Corte sobre el derecho de réplica previsto en el artículo 14.1 C. A. D. H. (ver su análisis en derecho a la información), se dijo expresamente que su interpretación debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana (c. 21 de la mayoría), y citó la opinión consultiva relativa a la exigibilidad de este derecho (O. C. N° 7/86).

7.3. En 1995, en el caso “Giroldi” (F. 318:514), al pronunciarse sobre la garantía de la doble instancia judicial prevista en el artículo 8.2.h, C. A. D. H. (ver su alcance al estudiar el artículo 18 de la CN en el capítulo de las garantías), la Corte dijo que la jerarquía constitucional de esa Convención “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 2º, párr. 2º, CN), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”; agregó a continuación que la aludida jurisprudencia debe “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención” (c. 11).

7.4. En 1996, en el caso “Bramajo” (F. 319:1840), con motivo de decidir sobre la cuestión del “plazo razonable” del artículo 7.5 C. A. D. H., reglamentado por la Ley 24.390 (ver su análisis en debido proceso en el capítulo de garantías), la Corte extiende su doctrina de los casos “Ekmekdjian” y “Giroldi” al señalar que la opinión de la Comisión Interamericana también “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (c. 8). Todo ello, no obstante que la Comisión Interamericana no tiene naturaleza jurisdiccional en sentido estricto y que sus decisiones pueden ser dejadas de lado por la Corte Interamericana en los casos que ante ella se ventilen. Este reconocimiento a la Comisión se reitera en el caso “Sánchez Reisse” de 1998 (F. 321:1328) donde la Corte hace suyo el dictamen del procurador fiscal al no homologar la liberación anticipada del actor pues las circunstancias concretas del caso hacen presumir su fuga; precisamente, porque la Comisión entiende que el “plazo razonable” no puede ser establecido en abstracto.

7.5. De este modo a tenor de la breve reseña judicial efectuada, en especial luego de la reforma constitucional de 1994, nuestra Corte federal parece seguir la “jurisprudencia” tanto de la Corte Interamericana como de la Comisión, en el sentido de que nuestros jueces deben tomar las decisiones de esos organismos regionales como “guía para la interpretación” de la C. A. D. H. en nuestro derecho interno. De esta forma, en materia de derechos humanos se evita cualquier confrontación con la interpretación internacional en servicio del fiel cumplimiento de las obligaciones internacionalmente contraídas por nuestro Estado. Sin embargo, en 1998 nuestra Corte restringe gravemente los alcances de esta sabia doctrina.

7.5.1. Caso “Acosta y otros s/Hábeas corpus” –1998– (F. 321:3555):

Hechos: la Cámara Federal de San Martín había condenado a varias personas que intervinieron en el copamiento del regimiento de La Tablada en 1989, sentencia confirmada por la Corte (F. 315:325); tiempo después, se denuncia al Estado argentino ante la Comisión Interamericana por diversas violaciones a los derechos humanos. Si bien dicho organismo regional rechazó el planteo sobre la lesión a la libertad personal, consideró que Argentina era responsable por violar los derechos a la vida, a la integridad personal, a un recurso sencillo y

efectivo, y la posibilidad de recurrir el fallo ante un tribunal superior (para esto último ver caso "Maqueda" en doble instancia en el capítulo de garantías y caso "Gorriarán Merlo" al analizar la Ley 23.077 en gobiernos de facto); por ello, recomendó al Estado tomar las medidas apropiadas para reparar a las víctimas. Estas últimas, ante la omisión estatal, presentan un hábeas corpus con sustento en la señalada recomendación a fin de obtener la libertad inmediata de los condenados, lo que fue desestimado por la Cámara interviniente por entender que el Estado no asume jurídicamente el compromiso de cumplir lo resuelto por la Comisión. Los afectados interponen recurso extraordinario ante la Corte alegando la fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de la C. A. D. H. para los jueces argentinos a la luz de la doctrina de los casos "Girolodi" y "Bramajo".

Sentencia de la Corte: por unanimidad se confirma el rechazo del hábeas corpus, ya sea por confirmación expresa de la sentencia (voto mayoritario y concurrente), ya por inadmisibilidad del recurso (disidencia de fundamentos).

Voto mayoritario (Nazareno-Moliné-Fayt-Belluscio-López-Vázquez): señala que del texto del Pacto (art. 68.1) surge que la decisión obligatoria para los Estados Partes es la de la Corte Interamericana (c. 9); dice reafirmar la doctrina de los casos "Girolodi" y "Bramajo" (c. 10) e invoca la O. C. N° 13/93 donde la propia Corte Interamericana habría dicho que la Comisión Interamericana es competente para calificar una norma interna como violatoria de la C. A. D. H. pero "no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado" (c. 11); por ello, considera que la Comisión no puede invalidar una sentencia (en el caso, la condenatoria) por inconstitucional; sólo puede analizar si sus efectos violan los derechos humanos reconocidos en el Pacto (c. 12). Llega a decir que la recomendación efectuada por la Comisión no implica que sea "deber para los jueces el dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial", pues la jurisprudencia internacional no puede revisar las sentencias firmes por exigencias de la seguridad jurídica (c. 13). Así, considera compatible con los precedentes "Girolodi" y "Bramajo" el fallo de la Cámara que denegó el hábeas corpus.

Voto concurrente de Boggiano-Bossert: profundiza los dichos an-



teriores; luego de aclarar que las decisiones de los organismos del Pacto son inestimable fuente hermenéutica, destaca que la Corte Interamericana (sent. de 1997 en caso contencioso “Loayza Tamayo”) dijo que las recomendaciones de la Comisión deben ser aplicadas por los Estados Partes poniendo para ello “los mayores esfuerzos”, de lo cual concluyen que aquéllas no obligan a los jueces de los Estados Partes, quienes sólo deben tomar en consideración su contenido (c. 13). Respecto al contenido del informe invocado por los recurrentes, estos jueces entienden que no emana una recomendación expresa, ni directa ni indirecta, en favor de la libertad de los condenados (c. 21), y que la violación de la doble instancia es para el futuro, no aplicable retroactivamente al caso de autos (c. 22).

Disidencia de fundamentos de Petracchi: declara inadmisibile el recurso por considerar que del texto del informe de la Comisión en cuestión no surge recomendación alguna relativa a que la libertad personal se haga efectiva; agrega que si los jueces argentinos lo hicieran, violarían el marco de las leyes internas y preceptos constitucionales que imponen “respetar los efectos de una sentencia condenatoria firme”; por innecesario dice que no se expide sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana.

Comentario al fallo: significa un claro retroceso de la doctrina de “Giroldi” y “Bramajo”, a pesar de que se dice continuarlos. Además, el ambiguo lenguaje utilizado en ciertos pasajes abre el interrogante que impide saber con certeza si sus graves conclusiones se proyectan también hacia la Corte Interamericana o sólo respecto a la Comisión cuya decisión concreta inaplica en el caso (ver voto mayoritario: la primera hipótesis surge del c. 13 y la segunda del c. 9). De todos modos, advertimos una autocontradicción al insistir en que la jurisprudencia internacional es “guía de interpretación” y, al mismo tiempo y sin dar fundamento plausible, pretender aclarar que no es vinculante para los jueces argentinos, con la grave consecuencia que se observa en el fallo donde se desatiende una recomendación específica (para el caso concreto en que se denunció a nuestro Estado) y no para casos análogos, semejantes o parecidos. De esta forma, la Corte argentina no hace una verdadera implementación del derecho internacional de los derechos humanos, se menosprecia el rango su-

premo de la C. A. D. H. y desvirtúa el verdadero sentido de su sistema de protección (reparar en sede internacional las violaciones a los derechos humanos cometidas en el ámbito estatal) que supone el necesario acatamiento por el Estado Parte de las decisiones supraestatales con el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por violar los artículos 1º, 2º, 51.3 y 68/69 C. A. D. H. y los principios *pacta sunt servanda* y buena fe. A pesar de esas valederas razones, al menos hasta fines de 2000, el Estado continuaba sin satisfacer la requisitoria internacional (ver en gobiernos de facto la irrecurribilidad impuesta por la Ley 23.077).

7.6. La Corte federal también ha admitido, aunque con menor intensidad y frecuencia, que cabe acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la Convención de Roma, incluso para determinar la inteligencia de las normas del Pacto de San José de Costa Rica. Por ejemplo, respecto del artículo 7.5 en el caso "Firmenich" de 1987 (F. 310:1476), y del artículo 8.1, voto de Fayt-Petracchi-Bossert en caso "Nardelli" de 1996 (F. 319:2557).

8. Enfoque consecuencialista (test del resultado): dejamos para el final lo que se ha denominado interpretación "previsora" (Sagüés, 2), que –en rigor– no constituye un método autónomo a los antes señalados. Se trata de un criterio de verificación del acierto o justicia de la interpretación elegida en cada caso concreto, en virtud del cual la faena interpretativa (en cualquiera de las variantes antes analizadas) no puede dejar de ponderar los efectos, derivaciones, consecuencias o resultados a los que conduzca la exégesis elegida. Es decir, que funciona como un test práctico de verificación o corrección por el cual se evalúan predictivamente los resultados de la interpretación. Lejos de reemplazar la justificación lógica y axiológica, la complementa con la previsión acerca de qué ocurrirá si la norma se aplica de una u otra manera. En suma, lo que se postula es que también se tengan en cuenta razones o argumentos extranormativos.

8.1. Este enfoque consecuencialista procura que la interpretación sea funcional, que no paralice el sistema constitucional al preocuparse por los efectos concretos que implica toda aplicación normativa. De alguna manera, es tributario de la teoría sistémico-cibernética que, como vemos, también impacta a la hora de fundamentar el mejor modo

de conocer y aplicar la Constitución. Así, ante alguna dificultad interpretativa (ej. en caso de lagunas, inconsistencias o incompatibilidades normativas, o ante la indeterminación de los conceptos jurídicos acuñados) el intérprete debe centrar su atención también en los efectos de la solución a que arribe, en términos de equilibrio social, de paz pública, de equidad en el reparto. Ello no significa convertir a la eficacia de las normas en la sustancia del fenómeno jurídico, pues eso implicaría un reduccionismo inaceptable que conduciría a abjurar de la justicia como ideal en perpetua transformación.

8.2. La necesidad de no prescindir de las consecuencias que naturalmente derivan del fallo (como ya se dijera en el conocido dictamen del procurador Soler en el caso “Grisolía” de 1956, F. 234:482) se ha convertido en una firme tendencia de la propia Corte federal, quien –en diversos pronunciamientos referidos a variadas materias– viene afirmando que “uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el sistema del que forma parte, es la consideración de sus consecuencias (o efectos)” (F. 302:1284; 303:917; 310:267; 311:1602, entre otros). Veamos algunos usos que la Corte ha hecho de este test:

8.2.1. *Para alejar soluciones notoriamente disvaliosas*: en el caso “Saguir y Dib” –1980– (F. 302:1284) se invocó esta pauta para prescindir de ápicos formales a fin de no demorar la tutela real y efectiva (sin demora) de un trasplante de órganos (c. 2, voto de Gabrielli-Rossi). Para el análisis del fallo ver derecho a la vida en derechos personalísimos.

8.2.2. *Para evitar inconsecuencias lógicas*: en el caso “Morcillo de Hermelo” –1987– (F. 310:267) se invocó este enfoque para desestimar la aplicación de la ley penal más benigna y evitar la actualización de una multa aduanera al advertir que una interpretación contraria conduciría a que bajo la vigencia de una ley penal más benigna que la que la antecedió, el responsable de un hecho ilícito cometido antes merecería menor castigo que quien incurriese en el mismo acto con posterioridad al momento en que comenzó a regir (c. 10). Para el análisis del tema ver bases sustanciales del derecho penal en el capítulo de las garantías.

8.2.3. *Para actualizar una interpretación anterior*: en el caso “Fer-

nández” –1988– (F. 311:1602) se dijo que para no prescindir “de las consecuencias que se derivan de cada criterio” cabe apartarse parcialmente de la doctrina sentada en el caso “Ratto” de 1966 sobre la cláusula del artículo 14 bis de igual remuneración por igual tarea, pues el análisis “hoy” de las consecuencias de su aplicación exige una “nueva revisión del tema” (c. 5/6, voto de Petracchi-Bacqué). Para el análisis de ambos fallos ver derechos sociales de los trabajadores.

8.3. Respecto a cuáles deben ser las consecuencias o resultados a tener en cuenta, aclaramos que cabe ponderar los que afectan o benefician a las partes del juicio (enfoque microscópico), así como –de ser necesario– los que lo exceden (enfoque macroscópico), tanto en forma alternativa como conjunta.

8.3.1. De la breve reseña jurisprudencial se observan –además de los diversos usos que se le han dado a este enfoque– los diferentes efectos tenidos en cuenta: los relativos a la parte del juicio (caso “Saguir y Dib”), o que trascienden al propio juicio (casos “Morcillo de Hermelo” o “Fernández”). Como veremos a continuación, la Corte también ha considerado los efectos sociales o económicos a la hora de interpretar la Constitución.

8.4. *Riesgos del enfoque consecuencialista*: si bien no hay inconveniente alguno cuando el test del resultado se utiliza para seleccionar la opción interpretativa más funcional o justa, en otros casos su uso puede acarrear verdaderos dilemas que obligan a señalar la existencia de “fronteras o topes” de la interpretación “previsora” como mecanismo de opción y de inaplicación (Sagüés, 2):

8.4.1. Un grave problema se presenta si se lo usa para el caso extremo de no declarar inconstitucional una norma pese a ser manifiestamente incompatible con la Constitución por reenvío a las consecuencias negativas que acarrearía (o su inversa). En ambos casos, se corre el riesgo de caer en el absurdo de soslayar la supremacía de la Constitución en favor de un juicio de previsibilidad que, en esos supuestos excepcionales, pasaría a ser lo único supremo. El problema se agrava cuando se invocan consecuencias económicas de magnitud a fin de que la interpretación les dé prevalencia frente al claro texto normativo.

8.4.2. A título ejemplificativo de los riesgos que estas argumentaciones pueden ocasionar basta traer a colación la suerte corrida por la cláusula constitucional sobre “jubilaciones y pensiones móviles” (art. 14 bis, párr. 3º, CN) frente al descalabro financiero del sistema previsional tradicional, a la luz de la jurisprudencia de la Corte en los casos “Rolón Zappa” de 1986 (F. 308:1848) y “Sixto Chocobar” de 1996 (F. 319:3241). Como el tema del derecho a la movilidad previsional se desarrolla en los derechos sociales, allí remitimos.

CAPÍTULO CUARTO

SUJETOS CONSTITUCIONALES

1. Aquí analizamos los sujetos particulares (habitantes de la Nación: nacionales o ciudadanos, y extranjeros) con prescindencia de los órganos públicos (que se estudian en la Sección Cuarta, *Subestructura orgánica constitucional*), en tanto aquéllos conforman el ámbito personal de validez del derecho constitucional argentino y, en especial, el presupuesto de los derechos, garantías y deberes como normas de conducta (que se estudian en la sección siguiente) de todos los individuos como integrantes de la población del Estado.

2. Población del Estado: está formada por todos los habitantes del territorio nacional. *Habitante* es toda persona que permanece en dicho *territorio* (ámbito espacial de validez donde el Estado ejerce su soberanía) y son nacionales (argentinos) o extranjeros. A su vez, los nacionales pueden ser nativos, por opción o por naturalización; se convierten en ciudadanos a partir de los 18 años por la mera actualización, a los 16, de los datos de identificación ante el Registro Nacional de las Personas. Por su parte, los extranjeros pueden convertirse en nacionales y ciudadanos por el trámite de la naturalización y concesión de la carta de ciudadanía. Si bien todos los habitantes no extranjeros son nacionales, no todos los nacionales son habitantes, pues pueden residir fuera del territorio y no perder por ello su carácter.

3. Papel de la nacionalidad y la ciudadanía: la nacionalidad, desde un punto de vista sociológico tradicional, es la relación social en virtud de la cual los integrantes de una población se identifican como parte de un grupo social común y está determinada por la unidad

de lenguaje, la comunidad de costumbres y tradiciones, un destino e intereses comunes. Este criterio, en América Latina, debe necesariamente vincularse con “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas”, que nuestra Constitución muy tardíamente ha venido a reconocer a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 17, CN).

3.1. Sin embargo, la nacionalidad de la que se ocupa el derecho constitucional es una noción jurídico-política dispuesta por cada ordenamiento jurídico, que puede o no coincidir con el concepto sociológico. Desde esta perspectiva, los Estados adoptan criterios diversos respecto a quiénes deben ser considerados jurídicamente como nacionales: los países de inmigración —como la Argentina— utilizan el principio del *ius soli* (la nacionalidad la determina el lugar de nacimiento); los países de emigración utilizan el *ius soli* y el *ius sanguinis* (la nacionalidad está determinada por la de los padres).

3.2. En definitiva, la noción jurídico-constitucional de nacionalidad es la que fija un conjunto de deberes y derechos específicos para sus titulares:

3.2.1. Con fundamento en el artículo 33 CN, el derecho a obtener la protección diplomática del Estado cuando los nacionales se encuentran fuera del país, lo que se traduce en impedir que aquéllos sean agredidos en el extranjero y, eventualmente, que sean repatriados.

3.2.2. La condición de nacional siempre tuvo suma importancia en caso de extradición pasiva a pesar del silencio de nuestra Constitución. En este sentido, la Constitución de Colombia de 1991 prohibió la extradición de colombianos por nacimiento (art. 35, párr. 1º). En nuestro caso, sin perjuicio de los tratados sobre la materia firmados con Estados eventualmente requirentes de algún nacional, la Ley 24.767 de 1996 sobre Cooperación Internacional en Materia Penal rige en caso de ausencia de convenio internacional o para interpretarlo en caso de existir. Dicha ley prevé que si el requerido fuese argentino (al momento de la comisión del hecho), podrá optar por ser juzgado por los tribunales argentinos según la ley penal argentina y se denegará la solicitud de extradición, salvo que fuere aplicable un tratado que obligue a la extradición de nacionales, en cuyo caso el P. E. resolverá si se hace o no lugar a la opción. Asimismo, pensamos que la condición de nacional cede ante un pedido de extradición fundado en delitos de

lesa humanidad (ver su análisis en el capítulo de garantías). En cambio, el Tratado Bilateral de Extradición con los EE. UU. de 1997 (Ley 25.126 de 1999) explícitamente descarta que la nacionalidad pueda invocarse para negarse una extradición (art. 3°).

3.2.3. Por último, la condición de nacional excluye toda posibilidad de ser expulsado del territorio del Estado del cual se es nacional o privado del derecho a ingresar en el mismo (art. 22.5, C. A. D. H.), según se analiza en derecho de circulación dentro de los derechos civiles.

3.3. La ciudadanía es la relación jurídica de los nacionales con el Estado a través de la cual ellos intervienen en la formación del gobierno y participan de la vida política. Al igual que la nacionalidad, la ciudadanía también es un concepto jurídico-político que atribuye derechos y establece obligaciones. Implica la aptitud (capacidad) jurídica de sus titulares para ejercer exclusivamente los derechos políticos (cívicos y electorales).

3.3.1. Sin embargo, para que haya ciudadanía no basta poseer derechos políticos: ellos deben estar referidos a la formación del gobierno federal por parte de los nacionales y no de los extranjeros. De este modo se aclara la situación de los extranjeros que tienen derechos políticos para elegir y ser elegidos autoridad provincial y municipal: en tal caso, los extranjeros no son ciudadanos a pesar de tener derechos electorales (ver su estudio en derechos políticos).

4. Situación de los conceptos ciudadanía y nacionalidad en nuestra Constitución: la Constitución utiliza sin rigor metódico las expresiones “*ciudadanía*”, “*nacionalidad*” y “*naturalización*”; su texto no las distingue claramente. Tampoco atribuye derechos y obligaciones a cada categoría; se limita a reconocer derechos a los habitantes y a los extranjeros cumpliendo el espíritu amplio que inspiró a los constituyentes de 1853, tendiente a atraer una inmigración numerosa que poblara el país.

4.1. El texto trata indistintamente a los argentinos como nacionales o como ciudadanos: el artículo 29 CN protege a los “*argentinos*” de las facultades extraordinarias y de la suma del poder público; el artículo 21 CN habla del argentino como “*ciudadano*”; en tanto que el

artículo 36, párrafo 4º CN menciona a todos los “*ciudadanos*” como titulares del derecho de resistencia.

4.2. En otros lugares, el texto utiliza la expresión ciudadano como equivalente a nacional: en el artículo 20 CN es lo mismo “*admitir la ciudadanía*” que “*obtener la nacionalidad*”; el artículo 21 CN habla del “*ciudadano argentino*”, con lo cual se está refiriendo a los nacionales.

4.3. La reforma constitucional de 1994 modificó, entre las atribuciones del Congreso, el ex artículo 67, inciso 11, parte 2ª (actual art. 75, inc. 12), donde decía que le correspondía dictar leyes sobre naturalización y ciudadanía con sujeción al principio de ciudadanía natural; se substituyó, en ambos casos, el término “*ciudadanía*” por “*nacionalidad*”. Además, se agregó a continuación del “*principio de nacionalidad natural*” al que debe sujetarse la legislación la “*nacionalidad por opción*”, con la aclaración de que el reconocimiento de esa “*opción*” se hace “*en beneficio de la argentina*”, lo cual significa que no podrá invocarla un argentino nativo para obtener otra nacionalidad por el hecho de que sus padres fueran extranjeros.

4.3.1. La substitución terminológica sólo procura separar correctamente la noción de nacionalidad de la de ciudadanía. Empero, lo anteriormente dicho continúa siendo válido incluso luego de la reforma, atento a que no se corrigieron otras disposiciones (como los arts. 20 y 21, CN) donde ambas categorías se usan de modo equivalente.

4.3.2. La mención expresa de la “*nacionalidad por opción*” ha significado llevar a nivel constitucional la previsión de la antigua Ley 346 de 1869, aún vigente, y poner en concordancia la norma general sobre la materia con la norma constitucional que entre los requisitos para ser presidente incluye al “*hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero*” (ex art. 76, actual art. 89). De esta forma, también son argentinos los hijos de argentinos nativos “que habiendo nacido en el extranjero optasen por la ciudadanía de origen” de cualquiera de sus padres nacidos en Argentina (Ley 346, art. 1.2).

4.4. Pero también es obvio que hay disposiciones donde la expresión ciudadano está usada técnicamente con referencia a los derechos políticos: el artículo 48 CN requiere para ser diputado tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio; ello indica que se habla del ciudadano

elector porque si allí ciudadanía fuera equivalente a nacionalidad podrían ser diputados los menores de 18 años. El mismo argumento vale para el artículo 55 CN que regula los requisitos para ser senador. También el artículo 8° CN se refiere a los ciudadanos electores.

4.5. En el año 1926, la Corte equiparó el concepto de ciudadanía con el de nacionalidad en el caso “Emilia Mayor Salinas” (F. 147:252). La citada era extranjera y solicitó la carta de ciudadanía. La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba se la denegó sosteniendo que, en razón de que la ciudadanía consistía en la condición jurídica en virtud de la cual los individuos ejercen los derechos políticos, no cabía otorgarle la carta de ciudadanía porque nuestras leyes no conferían a las mujeres dicho ejercicio. La Corte revocó el fallo y otorgó la ciudadanía sosteniendo que la incapacidad de la mujer para el desempeño del sufragio no amenguaba su nacionalidad, dado que el concepto de ciudadanía no coincide con el ejercicio de los derechos electorales; de lo contrario, los soldados, los suboficiales de las Fuerzas Armadas y los agentes de policía perderían su ciudadanía por estar excluidos del padrón electoral.

4.6. En conclusión, para el texto constitucional, a veces ciudadanía equivale a nacionalidad y a veces es exclusivamente una referencia a la capacidad política del nacional, no obstante la aclaración introducida por la reforma de 1994 en el artículo 75, inciso 12. Es tarea de la ciencia jurídica distinguir ambos conceptos a tenor de los derechos y deberes que cada categoría jurídica ostenta.

4.7. *¿Ciudadanos de cada provincia o sólo ciudadanos de la Nación?* La cuestión surge del artículo 8° CN que dice: “*Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás*”. La disposición admite las siguientes interpretaciones:

4.7.1. Hay ciudadanos de cada provincia con derechos, privilegios e inmunidades inherentes a esa calidad que pueden hacer valer tal condición en las demás provincias. Aunque no prosperó en el fallo de la Corte, fue lo que sostuvo el senador provincial por Mendoza, Ezequiel Tabernea, quien, procesado por defraudación en la Capital Federal y dispuesta su prisión preventiva, alegó su inmunidad de le-

gislador provincial para no cumplir la orden de detención (caso “Tabbernera” –1914–, F. 119:291).

4.7.2. Hay ciudadanos de cada provincia con sus respectivos derechos que no sólo los pueden ejercer en las otras jurisdicciones sino que tienen el derecho a gozar de los privilegios que poseen los ciudadanos de las restantes provincias, cuando estuvieran en dicho ámbito. Vale decir, el derecho de un sanjuanino residente en Corrientes, de invocar el derecho a elegir o ser elegido autoridad local, si se trasladase a esta última provincia.

4.7.3. No hay ciudadanos de cada provincia sino sólo ciudadanos de la Nación, de forma que cualquiera sea su provincia de origen y en cualquier lugar del país donde estén, tienen el derecho de invocar los derechos inherentes a su única ciudadanía (la argentina). Fue lo que resolvió la Corte en el citado caso “Tabbernera” –1914– (F. 119:291), donde sostuvo como fundamento para su decisión:

- a) Que los poderes locales actúan en su esfera propia de acción, y sólo dentro de sus respectivos límites las provincias pueden ejercer el poder no delegado al gobierno federal (las inmunidades no pueden ser invocadas fuera de la provincia);
- b) de no ser así, los ciudadanos amparados fuera de su provincia podrían tener más privilegios que los de la provincia donde se hubieran trasladado, pues varían en las diversas constituciones las circunstancias y la duración de los derechos (inmunidades);
- c) que los privilegios de los ciudadanos argentinos (únicos reconocidos por la Constitución) son los inherentes al título de ciudadano y no los privilegios correspondientes a los legisladores.

4.7.4. Creemos correcta la interpretación de la Corte, con la salvedad de que ello no implica que cada constitución local les reconozca derechos políticos a quienes vivan, o lo hayan hecho, en su jurisdicción a los efectos de la integración de sus respectivos gobiernos.

5. Situación de la nacionalidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos: la base constitucional relativa a la nacionalidad se ha visto complementada con las previsiones contenidas

en los instrumentos internacionales que, por la reforma de 1994, han adquirido jerarquía constitucional.

5.1. Es dable aclarar que en ese ámbito se presenta la nacionalidad como un derecho humano de múltiples facetas: derecho a tener una nacionalidad y a cambiarla (art. XIX, D. A. D. D. H.), al que se agrega derecho a no ser privado arbitrariamente de ella (art. 15, D. U. D. H.). Por su parte, la C. A. D. H. dedica el artículo 20 al derecho a la nacionalidad: luego de reconocer dicho derecho (art. 20.1), consagra, como principio, la regla del *ius soli* (art. 20.2) y la prohibición de privar del derecho a cambiar de nacionalidad o ser privado de ella (art. 20.3). También aparece como derecho de los niños de adquirir una nacionalidad (art. 24.3, P. I. D. C. P.), y como un aspecto de la identidad del niño (art. 8.1, C. D. N.).

5.2. Por su parte, dos instrumentos internacionales específicos, con jerarquía constitucional, protegen a la nacionalidad de ciertas discriminaciones. En primer lugar, la C. E. T. F. D. M. otorga a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad, con la expresa previsión de que el matrimonio con extranjero o cambio de nacionalidad del marido no implicará necesariamente un cambio en la nacionalidad de la mujer (art. 9.1). A su vez, la C. I. E. T. F. D. R., si bien prohíbe la discriminación basada en el "origen nacional" (art. 1.1), a continuación aclara que dicho instrumento no se aplica a las distinciones efectuadas entre ciudadanos y no ciudadanos, en la medida en que no se discrimine a una nacionalidad en particular (art. 1.2 y art. 1.3).

5.3. Teniendo en cuenta el ya apuntado valor para nuestro derecho interno de la jurisprudencia internacional (ver interpretación constitucional), es de destacar la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la compatibilidad o no con el artículo 20 C. A. D. H. de una proyectada modificación a la Constitución de Costa Rica. Por un lado, ese organismo regional dijo que no constituye discriminación la estipulación de condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centro e iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros, pero sostuvo que sí es discriminatorio y viola el artículo 20 citado otorgar condiciones preferentes para adquirir nacionalidad por causa

de matrimonio sólo a favor de uno (en el caso, la mujer) de los cónyuges (O. C. N° 4/84).

5.4. Todo lo anterior demuestra la importancia que se otorga a la nacionalidad en el derecho internacional de los derechos humanos, no obstante que el titular de los mismos sea la persona humana con independencia de su condición jurídica respecto de un Estado en particular. Ello, por cuanto la realidad política demuestra que en el caso extremo de una persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado (apátrida) ésta sufre condiciones de desamparo que es menester evitar. Precisamente, procurando regular y mejorar esas situaciones se ha dictado, en el marco de Naciones Unidas, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 que establece algunas obligaciones para los Estados donde se encuentran (aprobada por Argentina en 1972 por ley de facto 19.510; con rango superior a la ley por el art. 75, inc. 22, párr. 1° *in fine*, CN).

5.5. La Corte Suprema de la Nación dijo en el año 1938 que la legislación argentina no admitía el supuesto de doble nacionalidad (casos "Juan Mari Mas", F. 181:175, y "José Dos Santos", F. 182:289). Posteriormente, y en virtud de diversos instrumentos internacionales bilaterales, se ha aceptado que una persona pueda adquirir una nueva nacionalidad sin perder la anterior (por ej. los Convenios con España e Italia).

6. Modos de acceder a la nacionalidad argentina: en 1984 se restableció la Ley 346 de 1869 (Ley 23.059 que derogó la ley de facto 21.795), la cual entró a regir incluso para las causas judiciales en trámite iniciadas durante la vigencia de la norma de facto derogada (caso "Zamudio", F. 306:417). En aquel año, el Poder Ejecutivo reglamentó nuevamente el texto de la antigua ley (por Decreto 3213/84).

6.1. De esta forma, con base en el texto constitucional reformado (art. 75, inc. 12 y art. 20, CN) y en las señaladas normas infraconstitucionales, el cuadro demográfico vinculado con la nacionalidad en nuestro país supone tres categorías de argentinos: una dispuesta imperativamente para los nacidos en nuestro territorio (los argentinos nativos o naturales) y dos adquiridas por manifestación de voluntad del interesado (argentinos por opción y argentinos naturalizados), cada una con sus respectivos requisitos.

6.2. Argentinos nativos: son todos los individuos que nacen en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, con excepción de los hijos de ministros extranjeros y miembros de las legaciones residentes en el país (Ley 346, art. 1.1).

6.2.1. Como el concepto de territorio comprende a las aguas jurisdiccionales y al espacio aéreo, pues tal extensión integra los límites que configuran la soberanía nacional, también son argentinos nativos:

6.2.1.1. Los nacidos en las legaciones y buques de guerra de la República (Ley 346, art. 1.3). El concepto de legación debe comprender el de sede de la representación diplomática, y el de buque abarca, asimismo, el de aeronave. Razones de interpretación dinámica del texto legal así lo aconsejan.

6.2.1.2. Los nacidos en mares neutros bajo pabellón argentino (Ley 346, art. 1.5). El concepto de mar neutro significa alta mar, y, asimismo, debe extenderse la prescripción a las zonas internacionales y a los respectivos espacios aéreos. Por ello será argentino nativo el nacido bajo pabellón foráneo en aguas territoriales argentinas.

6.2.1.3. Los hijos de los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación o de cualquier funcionario argentino, de carácter nacional, provincial o municipal, o dependiente de un organismo internacional, que nazca en el extranjero en ocasión de la prestación de servicios por parte de los padres (Ley 20.957, art. 91).

6.2.2. Los argentinos nativos gozan de todos los derechos y garantías constitucionales, enumerados y no enumerados, y están sujetos al ordenamiento jurídico de la República, por tanto, alcanzados por los deberes públicos subjetivos que se analizan al final de la Sección Tercera.

6.2.3. Esta nacionalidad es irrenunciable, como surge del carácter imperativo (de orden público) de las normas constitucionales que la establecen (extensión de la doctrina sobre irrenunciabilidad de aspectos extrapatrimoniales: caso "Guzmán" -1971-, F. 279:283). No puede perderse la nacionalidad argentina; ella no puede ser revocada por acto de autoridad (ni administrativa ni judicial). En efecto, el derecho a la nacionalidad es el a priori jurídico que determina el nacimiento del Estado, y por ello posee nivel constitucional. De acuerdo con ello,

cualquier reglamentación que disponga la pérdida de la nacionalidad argentina sería inconstitucional.

6.3. Argentinos por opción: son los hijos de argentinos nativos que habiendo nacido en país extranjero optasen por la ciudadanía de origen (Ley 346, art. 1.2). Corresponde entender que basta para que se cumpla la condición exigida por la ley, que uno solo de los progenitores sea argentino nativo (F. 199:165 y 179).

6.3.1. El derecho de optar por la nacionalidad argentina se ejerce por la simple petición efectuada ante la justicia federal (o ante el cónsul argentino si se encontrare en país extranjero y tuviere menos de 18 años), y debe ser admitida sin someterla a los recaudos exigidos para el otorgamiento de la naturalización a los extranjeros. En rigor, la opción es el cumplimiento de la condición suspensiva por la cual se pasa a tener la nacionalidad con carácter retroactivo a la fecha del nacimiento. Ésta es la consecuencia de haber introducido el *ius sanguinis* en el derecho argentino.

6.3.2. La ley no determina la edad que debe tener el interesado para ejercer la opción ni si ésta puede ser ejercida por un representante antes de los 18 años de edad del interesado.

6.3.2.1. Ese vacío legal ha sido reglamentado por el artículo 2º del Decreto 3213/84, en el sentido de permitir que la opción pueda ser ejercida también para hijos menores que aún no hayan cumplido 18 años por los padres en ejercicio de la patria potestad, ante el cónsul si se encontrase en país extranjero o ante el juez federal respectivo (según modificación del dec. 231/95).

6.3.2.2. De esta forma, se modifica normativamente una doctrina de la Corte (F. 221:245 y 300:55) que consideraba la opción como un acto del propio interesado mayor de 18 años insusceptible de suplirse por vía de representación legal de los padres con anterioridad. Los argumentos de la Corte eran que “la patria potestad no se desarrolla dentro de la órbita de los derechos políticos del menor”, y porque sólo en aquella edad se supone el discernimiento y la responsabilidad necesarios para adoptar “una determinación tan trascendental” (aplicación analógica del artículo 2.1 de la Ley 346, que sí exige la edad de 18 años para que el extranjero pueda manifestar su deseo de naturalizarse).

6.3.3. La Corte ha resuelto que los hijos de argentinos por opción, nacidos en el extranjero, no tienen el derecho de ejercer, a su vez, el derecho de opción (caso “Lotario Wallfisch” –1941–, F. 190:517). No coincidimos con este criterio, pues la opción no constituye una categoría de argentino distinta al nativo, sino una modalidad para adquirir el derecho a ser argentino: la calidad de argentino es una sola, de acuerdo con el texto de la Ley 346.

6.3.4. Es de aplicación todo lo expuesto en relación con la imposibilidad de perder la nacionalidad natural, y por las mismas razones expuestas para los nativos entendemos que no es renunciable ni revocable la nacionalidad por opción. Por ello, reconocerle a un hijo de argentino nativo nacido en el extranjero el derecho de naturalizarse en vez de optar por la nacionalidad argentina nos parece inconstitucional. No sólo porque no está previsto en la ley, sino porque implica dar la posibilidad al peticionante de especular con los beneficios de la renunciabilidad de la naturalización, frente al carácter irrenunciable que tiene el ser argentino por opción.

6.3.5. Antes de la reforma de 1994, se discutía la constitucionalidad de la nacionalidad por opción atento a que introduce el *ius sanguinis* y que el ex artículo 67, inciso 11 sólo consagraba el *ius soli*. Sin embargo, la propia Constitución facultaba para ser presidente o vicepresidente de la Nación a los nacidos en el extranjero si fueran hijos de ciudadanos nativos (ex art. 76, actual art. 89, CN). De esta forma, si bien la norma no regula la nacionalidad, sino los requisitos para ser presidente o vice, la implicaba –e implica–. Además, la Corte federal ya se había pronunciado al respecto:

6.3.5.1. Caso “Villalonga Nazar” –1935– (F. 172:220):

Hechos: el citado había nacido en Francia y optó por la nacionalidad argentina por ser hijo de un argentino nativo. Tanto el juez como la Cámara Federal de Apelación de Capital le concedieron la opción, pero González Calderón, integrante de la Cámara, votó en disidencia y sostuvo la inconstitucionalidad del inciso 2º, artículo 1º, Ley 346, por entender que violaba el principio de la ciudadanía natural (*ius soli*) dispuesto en el ex inciso 11 del artículo 67 de la CN y, por ello, los hijos de argentinos nativos nacidos en el extranjero sólo podían naturalizarse.

Sentencia de la Corte: reconoció el derecho de opción del peticionante y desestimó la mentada inconstitucionalidad, fundándose en que dicha disposición incorporaba el *ius soli* con opción al *ius sanguinis*, en tanto que en la anterior ley de octubre de 1857 se consagraba el *ius sanguinis* con opción al *ius soli*, y que la disposición ya tenía fundamento en el ex artículo 76 de la CN (actual art. 89) que consagra el derecho de los hijos de ciudadanos nativos que han nacido en el extranjero a ser elegidos presidente o vice.

6.4. Argentinos por naturalización: los extranjeros pueden adquirir esta condición si residen en la República dos años continuos (art. 20, CN) a partir de los 18 años y manifiestan ante el juez federal la voluntad de serlo (Ley 346, art. 2.1).

6.4.1. Las circunstancias de edad y extranjería deben ser acreditadas con la cédula de identidad otorgada por la Policía Federal, o con el pasaporte de su país visado por el cónsul argentino del lugar. Podrán justificar esas circunstancias con un acta de estado civil en que hayan intervenido contrayendo matrimonio o denunciando o reconociendo hijos en el país con anterioridad a agosto de 1995 (art. 10, Ley 346 modif. por ley 24.533).

6.4.2. Ha sostenido la Corte que “la residencia de dos años en el país cumplidos por el extranjero antes de los 18 años, debe ser computada a los efectos de adquirir la ciudadanía porque la ley 346 al fijar una mayoría de 18 años de edad no tiene el propósito de determinar un punto de partida para computar los dos años de residencia requeridos” (caso “Arango” –1939–, F. 183:241).

6.4.3. La residencia de dos años en el país debe ser inmediata y continua, debiendo especificar el peticionante cada uno de los lugares donde haya estado domiciliado, acreditándose aquélla por medio de sumaria información de testigos y por certificación de inmigración u otra forma fehaciente. Además, la residencia debe acreditarse mediante información policial de cada uno de los lugares en que el solicitante haya estado domiciliado (Dec. 3213/84, reglamentario de la Ley 346, arts. 3° y 4°).

6.4.4. El término de dos años puede acortarse alegando y probando servicios a la República (art. 20, CN). Dichos servicios –que deben

ser acreditados ante el juez federal— están previstos en la Ley 346 (art. 2.2) y el Decreto 3213/84 (art. 3º). Son los siguientes:

6.4.4.1. Haber desempeñado con honradez empleos de la Nación, de las provincias o de los municipios dentro o fuera de la República (Dec. 3213/84, art. 3.a), lo cual se prueba con certificado de trabajo autenticado por policía, banco o escribano público, o por certificaciones comerciales, idénticamente certificadas, o con todo tipo de certificación que acredite el ingreso o los bienes que le permiten vivir al extranjero. No corresponde denegar la nacionalidad a quien, no estando en condiciones de trabajar, subsiste de la ayuda de su hijo, pero ha demostrado —luego de 43 años de residencia en el país— su incorporación y adaptabilidad al hogar nacional (caso “Campo del Barrio” —1951—, F. 221:335);

6.4.4.2. Haber servido en el ejército o en la escuadra (el dec. 3213/84 se refiere correctamente a las Fuerzas Armadas), o haber asistido a una función de guerra en defensa de la Nación;

6.4.4.3. Haber establecido en el país una nueva industria o introducido un invento útil;

6.4.4.4. Ser empresario o constructor de ferrocarriles en cualquiera de las provincias (no incluido en el art. 3º, dec. 3213/84);

6.4.4.5. Hallarse formando parte de las colonias establecidas o que en adelante se establecieran con tal de que posean en ellas alguna propiedad raíz (esto último eliminado por el dec. 3213/84, art. 3.d);

6.4.4.6. Habitar o poblar territorios nacionales en las líneas actuales de frontera o fuera de ellas. Esta franquicia debe continuar aunque la frontera se encuentre en territorios provinciales en aras de favorecer la integración de los habitantes de esas zonas del país (el dec. 3213/84 se refiere sólo a Tierra del Fuego, en momentos en que ésta aún no era provincia);

6.4.4.7. Haberse casado con mujer argentina en cualquiera de las provincias. La exigencia de matrimonio con mujer argentina no significa que dicho matrimonio deba ser efectuado en el país; tampoco obsta a ello la unión irregular del peticionante. El decreto reglamentario agrega el supuesto de tener hijo argentino o cónyuge argentino (art. 3.f);

6.4.4.8. Ejercer el profesorado en cualesquiera de los ramos de la educación o la industria.

6.4.5. A los ocho casos indicados que permiten acortar los dos años de residencia continua en el país se agregan dos supuestos en los que tampoco se exige dicho término de residencia. Uno es cuando se tratare de los hijos de los naturalizados que, siendo menores al tiempo de la naturalización y habiendo nacido en el extranjero, se hubieren enrolado en la Guardia Nacional (en las Fuerzas Armadas a los efectos de la conscripción) en el tiempo que la ley dispone. El otro caso favorece también a los hijos de los naturalizados pero cuando ellos hubieren nacido después de la naturalización, bajo la misma condición de enrolamiento en las Fuerzas Armadas (arts. 3° y 4°, Ley 346).

6.4.6. En aplicación de la garantía de no discriminación, la Ley 346 aclara que no podrá negarse la ciudadanía por razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales (art. 11 *in fine*, agregado por ley 20.835).

6.4.6.1. En este marco nos parece que se debe inscribir la doctrina de la Corte federal que no niega a los analfabetos la posibilidad de naturalizarse, ya que una postura contraria caería fulminada por la tacha de discriminación. Ya en 1948 la Corte (caso “Simene Gutierre”, F. 211:376) señaló que no estando exigido ni en la Constitución ni en la ley que el extranjero sepa leer y escribir para obtener la ciudadanía, la situación de analfabeto no es óbice para el otorgamiento de dicho beneficio, ya que no cabe exigir recaudos que ni expresa ni implícitamente están contenidos en la Constitución ni en la ley (correcto criterio reiterado en 1976 en el caso “Celestino Benítez”, F. 295:209).

6.4.6.2. Despejada la irrelevancia de la condición de analfabeto, el argumento de la imposibilidad de exigir en la materia aquello no requerido por el derecho vigente también abona el criterio que descarta que sea condición necesaria para obtener la nacionalidad argentina el saber expresarse en idioma nacional por no estar exigido expresa ni implícitamente por la Constitución, por la Ley 346 (art. 2°), ni por su Decreto reglamentario 3213/84 (ya no rige el art. 10, inc. e, del Reglamento del 19-12-31 que exigía “saber expresarse inteligiblemente en idioma castellano”). Ello por considerar que el conocimiento de cierto lenguaje no es esencial a la calidad de argentino (voto en disi-

dencia de Farrell en el caso “Kuo Cheng Yi” de 1989, CCCom. Fed., sala 1ª, de Capital Federal, J. A. 1998-III-1158).

6.4.7. *Derechos y obligaciones de los naturalizados*: como los extranjeros a través de la naturalización pierden esa condición y se incorporan, al mismo tiempo, a la nacionalidad y a la ciudadanía, podemos entender que ellos tienen los siguientes derechos y obligaciones:

6.4.7.1. *Derechos*: tienen los mismos que los nacionales de origen y por opción (tanto los políticos como los no políticos), con la excepción de que no pueden ejercer la presidencia y vicepresidencia de la República (art. 89, CN). Sin embargo, subsisten en el derecho infraconstitucional nacional y locales numerosas discriminaciones injustificadas.

6.4.7.1.1. El caso “Radulescu” –1974– (F. 290:83) es un claro ejemplo de la errónea doctrina de la Corte federal en la materia. En efecto, allí consideró constitucional el diferente tratamiento entre argentinos en tanto no se infrinjan los límites de la razonabilidad, o no se concreten propósitos persecutorios o de hostilidad al reconocer validez al Decreto 8823/69 que impedía ser prácticos de puerto a los naturalizados por tratarse de una función que interesa a la soberanía y seguridad nacional. Tiempo después (1996), la Suprema Corte de Mendoza sienta un criterio opuesto en el caso “Sanhueza” (L. L. 1996-C-525), donde se calificó de irrazonable, ilógica, prejuiciosa y contraria al generoso llamado que la Constitución Nacional sigue haciendo a quienes han nacido fuera del territorio pero viven aquí y han decidido tomar nuestra nacionalidad, la ley local 4747 que impedía el ingreso a la policía mendocina a los argentinos naturalizados. Más recientemente, en el caso “Hoof” –1999– (F. 322:3034) la disidencia de Boggiano declara inconstitucional el artículo 177 de la Constitución bonaerense que exige ser argentino nativo o por opción para ser juez de cámara, distinción sólo requerida por el artículo 89 CN (c. 14); vale destacar que como el resto de los ministros no se pronunció en contra del reclamo sino que simplemente no resolvió el fondo del asunto por razones procesales, cuando lo haga es de esperar que cancele la discriminatoria doctrina sentada en el caso “Radulescu”.

6.4.7.1.2. Antes de que se reconociera a las mujeres el derecho al sufragio, las extranjeras que obtenían la carta de ciudadanía no ad-

quirían por ello el derecho a votar. En tal caso, no adquirirían la ciudadanía en su acepción técnica, sino la nacionalización, la cual –debido a la confusión de términos de la Constitución– es denominada también ciudadanía. Tal lo resuelto por la Corte en el caso “Julieta Lanteri de Renshaw” –1929– (F. 154:283). La actora había obtenido en 1911 su carta de ciudadanía, tras lo cual solicitó se le reconocieran los derechos electorales. La Corte sostuvo “que la ciudadanía no implica siempre el mismo conjunto de derechos y deberes, pues ello varía en virtud de múltiples circunstancias de edad, aptitudes morales y físicas, etcétera; con mayor fundamento si la desigualdad de situación se establece por razón de sexo, de donde la mujer extranjera, al naturalizarse y adquirir los mismos derechos derivados de la nacionalidad que conciernen a las mujeres nativas argentinas, no pierde por su exclusión en el registro de enrolamiento, la ciudadanía que le fue conferida”. Para nosotros –aparte de la valoración sobre la insoslayable necesidad de reconocer el voto femenino–, la cuestión lleva implícito un juego de palabras basado en denominar ciudadanía a la nacionalidad, sin tener claro que los institutos jurídicos son lo que son por los derechos y obligaciones de que se componen, y no por su denominación. En definitiva, las naturalizadas en aquel tiempo no eran ciudadanas por carecer de los derechos políticos, aunque hubieran obtenido la carta de ciudadanía.

6.4.7.2. *Obligaciones*: tienen las mismas que los nacionales de origen y por opción, con la sola excepción de que no tienen la obligación de armarse en defensa de la patria y de la Constitución dentro de los diez primeros años contados desde el día en que obtuvieron la carta de ciudadanía (art. 21, CN), período durante el cual su ejercicio es potestativo.

6.4.8. Los argentinos naturalizados pueden renunciar a esta condición, a diferencia de los argentinos nativos y por opción. La Corte ha establecido que la ciudadanía puede perderse por renuncia expresa o tácita del interesado (caso “Juan Mari Mas” –1938–, F. 181:175) basándose en que la Ley 346 no admite el supuesto de doble nacionalidad. En la práctica la justicia federal acepta las renunciaciones presentadas por los naturalizados. La Corte ha entendido como renuncia tácita el ejercicio por el naturalizado de la nacionalidad de origen: por ejem-

plo, obtener pasaporte de su país de origen, ocultando la naturalización argentina (F. 181:175, y 182:289). El efecto de la renuncia no es sólo la exclusión del padrón electoral sino la pérdida de la ciudadanía argentina.

6.4.8.1. La Corte, en el caso “Alcalde y García” (no publicado en *Fallos*; *Gaceta del Foro* 119:116), ha distinguido la renuncia de la ciudadanía para eludir el cumplimiento de la obligación de defender a la patria (en cuyo caso no cabría dicha renuncia) de la que se efectúa al abandonar el país ejerciendo el derecho natural de buscar mejores condiciones de existencia (en este caso valdría la renuncia).

6.4.8.2. Si se rechaza la renuncia de la ciudadanía por naturalización para impedir que se eluda el cumplimiento de deberes propios de esa condición (servicio militar), no puede luego declararse la caducidad de la misma por dicho incumplimiento. Sólo cabe la renuncia de la ciudadanía cuando el extranjero la funda en la necesidad de mejorar condiciones de vida fuera del país, y no para eludir las cargas propias de ese Estado, luego de haber disfrutado de los beneficios propios de la nacionalidad argentina.

6.5. Suspensión de la ciudadanía argentina: según prescribe el artículo 8° de la Ley 346, no podrán ejercer en la República los derechos políticos: los naturalizados en país extranjero, los que hayan aceptado empleos de gobierno extranjero sin permiso del Congreso, los declarados por sentencia como quebrados fraudulentos, o los que tengan sobre sí sentencia condenatoria que imponga “pena infamante o de muerte”. Según surge del artículo 16, Decreto 3213/84, dicha suspensión del ejercicio de los derechos políticos no priva de los derechos ni exime de las obligaciones inherentes a la nacionalidad argentina, sea ésta nativa o adquirida. Criterio invocado en el con. 14 de la disidencia de Petracchi-Bacqué en el caso “Olmo y/o Kutschman” de 1986 (F. 308:301), donde se discutía una cuestión de competencia acerca del pedido fiscal de cancelar la nacionalidad adquirida por fraude de una persona que, según la embajada alemana, era ex oficial nazi.

6.5.1. La doctrina de la irrevocabilidad de la nacionalidad no puede tener aplicación, porque es potestativo otorgar o suspender el ejercicio de los derechos políticos, pero no los civiles (en el sentido de no políticos), dado que éstos hacen a la condición humana del hombre

en sociedad, lo cual no es disponible por el Estado. Es lógico sostener que se trata de suspensión del ejercicio de los derechos políticos (como sugiere la letra del artículo 8º, Ley 346, y expresamente los arts. 14 y 16, Dec. 3213/84), en razón de que su cancelación equivaldría a la pérdida de la nacionalidad, efecto que ya hemos considerado inconstitucional.

6.5.2. Siguiendo esta línea argumental, diríamos que la suspensión de la ciudadanía, para los nativos, corresponde en caso de que ellos se naturalicen en país extranjero, o cuando hayan aceptado empleos y honores de gobiernos extranjeros sin permiso del Congreso, o cuando se sufra condena como quebrado fraudulento o se le aplique pena de cierta gravedad (art. 8º, Ley 346); en cambio, la anulación de la naturalización, para los extranjeros, corresponde cuando hubiere mediado fraude por ser falsos los hechos invocados para la obtención de la naturalización (art. 15, Dec. 3213/84).

6.5.3. La jurisprudencia ha sostenido que aun a falta de ley, la cancelación de la ciudadanía en caso de comisión de delitos que determinen indignidad pública o de actos contrarios a la seguridad de la Nación se encuentra incluida como causal para ello en el propio texto de la Constitución. Lo mismo cabe entender si el naturalizado ha renunciado tácitamente a su naturalización, o la ha obtenido fraudulentamente (caso “Jacobo Folguerona” de 1945, F. 203:185). En el caso “Samuel Schnaider” de 1952 (F. 222:85), la Corte llegó al extremo de considerar que quien hace el pedido de nacionalidad diciendo falsamente estar domiciliado en una localidad procede con malicia, lo cual habilita a la cancelación.

6.5.4. La ley dispone que la rehabilitación se decretará de oficio por el juez electoral, previa vista del fiscal, siempre que la cesación de la causal inhabilitante surja de las constancias que se tuvieron al disponerla (art. 9º, Ley 346, modif. por la ley 20.835). Los hechos nuevos o nuevas probanzas deberán ser acreditados en el expediente, sea por informes oficiales o por presentaciones de parte interesada.

6.5.4.1. La cesación de la causal deberá consistir en que los argentinos nativos dejen de ejercer otra nacionalidad (se hace uso de otra nacionalidad adquiriendo la de otro país: no basta con sacar el pasaporte extranjero), renuncien a los honores o cargos públicos que

les fueron otorgados por otro país, o el Congreso convalide dicho otorgamiento, que hubieren cesado las causas penales que los involucraban o que las condenas estuvieran cumplidas, los delitos prescriptos o mediare amnistía.

6.5.4.2. En el caso de los argentinos naturalizados la readquisición de la ciudadanía perdida no puede proceder de oficio, sino a pedido del interesado que demuestre su real interés por volver al cuerpo de la nacionalidad; además se deberá constatar nuevamente que los extremos de residencia, medios de subsistencia y falta de impedimentos se mantengan para no hacer de la readquisición de tan importante *status* jurídico una cuestión meramente formal. Si mediare una amnistía respecto del delito que determinó la caducidad, la Corte tiene resuelto que el ciudadano naturalizado recupera la condición que poseía, sin que sea menester realizar las diligencias necesarias para obtener de nuevo aquel estado (caso “Antonio Martínez” –1927–, F. 149:214; reiterado en F. 169:8 y 178:157).

7. Status de los extranjeros: la noción de extranjero se define por oposición a la de nacionales: son todos los individuos nacidos fuera del territorio de la República o que no se encuentren en las condiciones de excepción previstas por la ley para ser considerados nativos. A fin de determinar su situación en el derecho argentino los extranjeros pueden clasificarse según se encuentren dentro o fuera del país.

7.1. Extranjeros fuera del país: por no ser habitantes sólo tienen el derecho a obtener el visado de su pasaporte para ingresar al país, y obtener una radicación temporaria o permanente, según los casos (esto necesariamente se vincula con el tema de la inmigración); el derecho de asilo, en especial si son ciudadanos de Estados contratantes del Tratado de Montevideo de 1889 (ver su análisis como derecho no enumerado: art. 33, CN), y el derecho a la jurisdicción argentina para hacer valer sus derechos. La situación del extranjero fuera del país fue analizada por la Corte federal en el caso “Bunge” de 1940 (F. 186:421), donde se discutió si podía gravarse en forma diferencial una sucesión cuando el causante y el heredero no eran habitantes. La mayoría sostuvo que ello violaba el artículo 17 de la CN, pues los extranjeros no habitantes también están protegidos por la Constitución y las leyes cuando realizan actos lícitos y adquieren derechos en el

país. En cambio, la disidencia de Sagarna consideró que el derecho de propiedad sólo alcanza a quien vive en el país, contribuyendo a su afianzamiento y progreso.

7.1.1. Inmigración. La migración es el movimiento de población desde (emigración) hacia (inmigración) y dentro del país (migración interna). La inmigración fue la preocupación de Alberdi; “gobernar es poblar” fue el lema prominente para quien la Argentina en 1853 era un “desierto” lleno de barbarie: había que poblar y civilizar, y la civilización, según él, estaba en Europa; de este modo, su idea era cuantitativa (atraer extranjeros) y cualitativa (selectividad europea propiciada). Alberdi (1) decía, con un indeseable rasgo de inferioridad americana bajo la obvia influencia eurocentrista de superioridad racial: “poblar es instruir, educar, moralizar, mejorar la raza [...] es civilizar cuando se puebla con gentes civilizadas, es decir, con pobladores de la Europa civilizada”.

7.1.1.1. Estas ideas se plasmaron en el texto de la Constitución histórica: ya desde el Preámbulo se aseguran “*los beneficios de la libertad [...] para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*” (remitimos a lo dicho en clasificación de normas y en interpretación), lo que luego repercute en ambas partes de la Constitución. En la parte orgánica aparece la promoción de la inmigración como una de las formas de proveer a la prosperidad del país como obligación concurrente del Congreso (art. 75, inc. 18, CN) y de las provincias (art. 125, párr. 1º, CN). En la parte preceptiva se plasma la norma central en la materia (art. 25, CN).

7.1.1.1.1. El artículo 25 obliga al “*gobierno federal*” al fomento de la inmigración, la cual, de acuerdo con la motivación expresada por los constituyentes de 1853, debe ser “*européa*”. Si bien esa calificación nunca tuvo por objeto invalidar el ingreso de otras corrientes inmigratorias, es reveladora de la ideología desvalorizadora y dominante de aquella época. El paso del tiempo la ha convertido en superflua y, en especial luego de la reforma de 1994, en contradictoria con la preferencia que denota la Constitución hacia los “*Estados de Latinoamérica*” (art. 75, inc. 24, párr. 2º, CN), y ni qué decir respecto a la “*preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos*” (art. 75, inc. 17, párr. 1º, CN). En suma, la supervivencia textual no

significa que sea inconstitucional admitir en el país extranjeros no europeos y tampoco fomentar inmigración de otras latitudes; lo inconstitucional sería prohibir la inmigración europea.

7.1.1.1.2. Al margen de esa visión eurocentrista, el artículo 25 retoma la amplia invitación del Preámbulo al no permitir “*restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros*”. Esta verdadera autorrestricción estatal genera un específico derecho exigible por parte de los extranjeros pero sujeto a una explícita condición (la utilidad de su ingreso) que se formula con un vetusto lenguaje: “*que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes*” (art. 25 *in fine* CN).

7.1.1.2. La igualdad civil fue el instrumento utilizado por nuestra Constitución para propiciar el ingreso y radicación en nuestro país de los extranjeros al consagrar los derechos a partir de la categoría de “habitante” (arts. 14, 16, 17, 18 y 41, CN), y ratificado por lo dispuesto en el artículo 20 CN.

7.1.1.3. En el importante caso “Di Cesare” de 1939 (F. 184:110) la Corte dijo que debe reputarse extranjero inmigrante a aquel que llega al país por primera vez, y no al que habiéndose incorporado al mismo por haber cumplido con los requisitos necesarios para su entrada, luego se ausenta y pretende reingresar. En tales condiciones, sería inoficioso que a esos extranjeros se les exigiera cada vez que se ausentan y regresan renovar los recaudos relativos a los inmigrantes, pues ya tienen acreditado su carácter de habitantes del país.

7.1.1.4. La ley de facto 22.439/81, sustitutiva de la vieja ley 817, consagra un título especial al fomento de la inmigración, además de otros aspectos que hacen a la extranjería.

7.2. Extranjeros dentro del país: según la forma de ingreso y/o permanencia (conforme o no a las normas internas sobre la materia) es necesario distinguir entre los extranjeros habitantes y aquellos casos en que se discute si poseen esta condición. Sin perjuicio de esto, todo extranjero cuando estuviere en juicio tiene la facultad de optar por el fuero federal como garantía de imparcialidad (art. 116, CN).

7.2.1. *Extranjeros habitantes:* son los que ingresan al país cum-

plimentando los requisitos que marcan las normas infraconstitucionales sobre migraciones (ley de facto 22.439/81 y sus decretos reglamentarios 1434/87 y 1023/94). De esta forma, obtienen la calidad de habitante en los términos de la Constitución y por ello, en principio, tienen todos los derechos de los nacionales, excepto los derechos políticos (art. 20, CN), pero sujetos a las restricciones de tiempo y lugar que resulten necesarias. Según dichas normas, existen:

7.2.1.1. *Extranjeros residentes no permanentes*: los que ingresan con el propósito de permanecer un tiempo limitado en el país, por lo que se los autoriza a quedarse en él durante un período variable según las subcategorías que prevé la ley. Están sujetos al orden jurídico del país y privados de ciertos derechos no políticos (ej., no tienen derecho de trabajar los que ingresan como turistas). Tienen derecho a obtener su radicación definitiva (equivale a la residencia permanente) justificando su buena conducta y atendiendo al interés socioeconómico y demográfico del país, como lo reconoció la Corte en 1967 en los casos “Argüello Argüello” (F. 268:393) y “Silvestre Brites” (F. 268:406), que se analizan en poder de policía de seguridad con afectación al derecho a permanecer.

7.2.1.2. *Extranjeros residentes permanentes*: los admitidos en esta categoría pueden permanecer sin límite de tiempo en el país, pero están obligados a no ausentarse más de 24 meses del país (término prorrogable en casos previstos por la ley, por no más de 12 meses), bajo advertencia de perder su condición de residencia permanente. Obviamente que también están sujetos al orden jurídico del país y tienen todos los derechos que la Constitución otorga a los habitantes, salvo los políticos (por excepción, y de acuerdo con determinados regímenes municipales y provinciales, podrán votar y ser elegidos en cargos electivos). Sin embargo, en numerosas ocasiones se les han desconocido, en forma inconstitucional, esenciales derechos y libertades, como se demuestra a continuación con algunos precedentes judiciales.

7.2.1.2.1. *Derecho de permanecer*: a pesar de que este derecho constituye el presupuesto para el ejercicio de todos los demás, ha sido flagrantemente negado a lo largo de nuestra historia con el abusivo expediente de expulsión de extranjeros. Para el análisis de este tema remitimos al estudio del poder de policía de seguridad con afectación

al derecho a permanecer, en especial en el caso “Transporte Chaco” de 1932 (F. 164:344). En este aspecto, como nuestra Constitución es mucho más protectora de los extranjeros que las normas internacionales con nivel supremo: C. A. D. H. (art. 22.6, 22.8 y 22.9) y P. I. D. C. P. (art. 13), aquélla se impone sobre estos últimos en virtud de la cláusula del individuo más favorecido (ver su análisis en supremacía constitucional).

7.2.1.2.2. *Derecho de trabajar*: a pesar de que un aspecto de este derecho civil consiste en que todo habitante (argentino o extranjero) pueda elegir la actividad laboral sin prohibición normativa alguna, frecuentemente se han dictado normas restrictivas para el acceso de los extranjeros a ciertos trabajos, respecto de las cuales la Corte federal ha tenido oportunidad de pronunciarse:

7.2.1.2.2.1. Caso “Repetto” –1988– (F. 311:2272):

Hechos: Inés María Repetto, nacida en los EE. UU., se radica en el país desde temprana edad (año 1965), donde obtiene el título de Profesora de Educación Preescolar; en 1984 trabaja como maestra jardinera en un establecimiento de enseñanza no oficial de la Provincia de Buenos Aires cuando por inspección de la autoridad escolar se le impide continuar en ese cargo por no tener la nacionalidad argentina como lo exigía la reglamentación vigente (art. 5º, inc. a, Regl. Gral. de Escuelas Privadas y otras). Ante el resultado negativo de sus gestiones administrativas, inicia acción declarativa contra la Provincia de Buenos Aires en instancia originaria de la Corte donde impugna esos reglamentos por lesionar los derechos de los extranjeros consagrados en los artículos 14, 20 y 25 CN.

Sentencia de la Corte: por unanimidad, aunque en votos separados, se declaró inconstitucional el reglamento bonaerense por violar el artículo 20 CN, para cuya interpretación se dijo: “mal puede acudir a la jurisprudencia elaborada en los EE. UU.”, ya que la Enmienda XIV de su Constitución en modo alguno les asegura a los extranjeros los mismos derechos civiles que la nuestra garantiza a sus nacionales (c. 4, votos de Caballero-Belluscio y Petracchi-Bacqué, y c. 5 de Fayt). Los primeros ministros destacan que los extranjeros están total y expresamente equiparados a los argentinos (art. 20, CN) en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, en especial, al desempeño de sus

profesiones en el país, lo que determina que su reglamentación no puede ser dictada discriminando entre aquéllos, y ello ocurre si se prohíbe a los extranjeros el ejercicio del derecho de enseñar (tanto en el ámbito de la educación estatal como privada), pues así se priva de todo efecto al citado artículo 20. En especial, el voto concurrente de Fayt advierte que el ejercicio por extranjeros de su industria y profesión “no puede llegar hasta el acceso incondicionado a actividades sujetas a la reglamentación estatal” (c. 9), aunque en el caso considera que las normas atacadas no resisten “en la actualidad” el control de razonabilidad. Por su parte, el voto de Petracchi-Bacqué agrega que ante los categóricos términos del artículo 20 CN, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros “en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad”; por tal razón, quien sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquélla, y no es suficiente que la medida adoptada sea “razonable” (c. 7).

Comentario al fallo: el impecable *dictum* de la Corte hace gala, con los distintos matices de los votos concurrentes, de la amplitud de nuestra Constitución en materia de extranjeros frente a otras (por ej. EE. UU., de donde paradójicamente es oriunda la afectada), lo que también se proyecta en nuestro sistema educativo a través del derecho de enseñar. La Corte hace caso omiso de que el impedimento normativo se superaba con la adquisición de la ciudadanía de la que carecía Repetto, pues ello significaba la obligatoriedad de naturalizarse en contra de la letra del artículo 20 CN. También merece destacarse el generoso aporte a favor del extranjero del voto de Petracchi-Bacqué acerca del valioso *standard* de la presunción de inconstitucionalidad en materia reglamentaria (ver su trascendencia en subprincipio de razonabilidad). A su turno, el con. 9 de Fayt parece formular una advertencia o limitación en la materia que, bien utilizada, puede constituir una importante pauta para distinguir en concreto, no tanto entre extranjero-nacional sino más bien entre extranjeros (no es lo mismo una maestra extranjera que un especulador financiero o inmobiliario foráneo).

7.2.1.2.2.2. La doctrina del caso “Repetto” es ratificada por la Corte

ampliada en el caso “Calvo y Pesini” de 1998 (F. 321:194), donde se declaró inconstitucional el artículo 15.a, de la ley cordobesa 7625 que prohibía desempeñarse como psicóloga en un hospital local a una profesional extranjera.

7.2.2. *Extranjeros irregulares*: son los que ingresan y permanecen en el territorio, por vez primera, sin someterse a control migratorio, o violando los requisitos legales de dicho control, o permaneciendo luego de vencida la autorización respectiva. Esta categoría pone en tensión, por un lado, la apertura al mundo que emana de varias normas constitucionales (Preámbulo, art. 25, CN), y por otro, la potestad estatal de policía demográfica.

7.2.2.1. No teniendo ningún derecho constitucional el carácter de absoluto, cuando el artículo 14 CN dice que “*Todos los habitantes [...] gozan de los siguientes derechos*”, supone que ellos han cumplido con los recaudos que la ley exige para convertirse en habitantes. Sin embargo, los residentes ilegales tendrán el derecho a la jurisdicción a fin de proteger el cumplimiento de los actos jurídicos celebrados en el territorio y reparar los daños provenientes de delitos o de restricciones a sus derechos que ellos sufrieran. Se les reconoce el derecho de solicitar la regularización de su situación migratoria, pero —en rigor— están obligados a ello cuando así lo disponga la autoridad, con el riesgo de sufrir la expulsión cuando ésta lo decreta.

7.2.2.2. En un valioso fallo de 1913 (caso “Miguel, Juan y otros”, F. 117:165), conocido como “caso de los gitanos”, la Corte sostuvo que constituye una ilegítima restricción a la libertad individual violatoria del artículo 14 CN la detención por autoridad migratoria de un grupo de gitanos que ya habían ingresado a Neuquén desde Chile para impedir la continuación de su viaje y regresarlos al lugar de donde provenían bajo el pretexto de que no eran honestos ni laboriosos. En realidad, todos ellos se costeaban su viaje y la mayoría eran comerciantes que junto a sus familias hacía años que vivían en el país y sólo regresaban a donde se domiciliaban antes de partir a Chile. Tiempo después (en 1939), incluso con más contundencia (en el ya citado caso “Di Cesare”, F. 184:110), la Corte dijo que no pierde su condición de habitante y no se le pueden cerrar las puertas del país a aquel extranjero que luego de haber entrado legalmente, vivido y trabajado por largos

años, procura regresar a nuestro territorio aunque ahora lo haga escondido en un buque para no pagar pasaje por falta de recursos económicos.

7.2.2.3. A pesar de la trascendencia de los fallos recién citados, el *leading case* en la materia lo constituye el caso “Lino Sosa” –1956– (F. 234:203).

Hechos: el actor, paraguayo de origen, ingresó por primera vez al país en un buque extranjero del cual deserta; de inmediato se le deniega la radicación definitiva solicitada (entretanto sufrió una pena condicional por la infracción cometida). Luego de cuatro años volvió a solicitar su radicación definitiva: el pedido fue nuevamente denegado y Sosa fue detenido y ordenada su expulsión del país. En tal estado, el extranjero interpuso hábeas corpus.

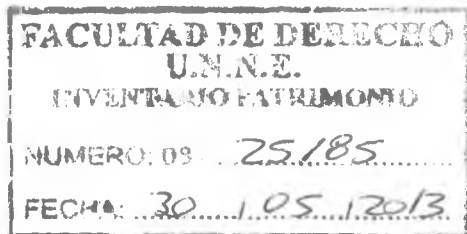
Sentencia de la Corte: hizo lugar a la acción y declaró que el interesado era habitante del país y estaba alcanzado por el derecho a permanecer en él. Como fundamento se invocó la buena moral y comportamiento durante el lapso de cuatro años en que estuvo en el país, sin traba de la autoridad a su permanencia y su aptitud para trabajar.

Comentario del fallo: se trata de un valioso precedente en sintonía con la amplitud en la materia de nuestra Constitución. Se sienta la doctrina de que un extranjero, a pesar de su residencia irregular (por su primer ingreso al país en forma clandestina), debe ser considerado como habitante en los términos del artículo 14 CN si cumple ciertas condiciones que le permitan purgar ese vicio de origen. Ello significa que la Corte interpreta que la omisión de la autoridad para expulsar al extranjero de inmediato o en corto tiempo bonifica el vicio de su ingreso irregular.

SECCIÓN SEGUNDA

**SUBESTRUCTURA DE DERECHOS,
GARANTÍAS Y DEBERES CONSTITUCIONALES**





CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS CONSTITUCIONALES

A) Nociones preliminares

1. Dentro de la subestructura normativa e integrando una clase de normas constitucionales (las de conducta por oposición a las de organización), el estudio de los derechos constitucionales viene a desenvolver la teoría de los derechos subjetivos (también denominados derechos humanos) como atributos eminentes y exclusivos de los particulares en sus múltiples significaciones, vinculadas cada una de ellas a funciones diferentes en el ordenamiento: como facultad a la propia conducta de los sujetos o como correlato de la conducta debida por el Estado o por terceros.

2. Así, los derechos constitucionales no pueden dejar de poseer la característica esencial a lo constitucional: ellos son, también, una especie de competencia negativa asignada por las normas de organización a los órganos constitucionales.

2.1. De esta forma, los derechos también funcionan como límite a cierta competencia positiva como la que estudiamos bajo el subprincipio de reglamentación (poder de policía) dentro del principio de limitación, luego del tratamiento especial de cada derecho. Por esta razón el estudio de los derechos constitucionales es doble: a partir de sí mismos y a partir de su reglamentación, ya que todo derecho es relativo (ninguno es absoluto) en el sentido de que siempre es potencialmente reglamentable.

2.2. Aunque se admiten particularidades en la tensión libertad-po-

der, según la naturaleza de los derechos, por nuestra parte procuramos enfatizar la fuerza expansiva de los derechos y no el poder limitador del Estado. Empero, ello es cuando corresponda, puesto que hay reglamentaciones del poder de policía que si bien reducen ciertos derechos lo hacen para aumentar el ejercicio de otros (eliminar injusticias, corregir desigualdades, terminar con discriminaciones).

3. En principio, los derechos se encuentran consagrados en la tradicional parte dogmática o preceptiva (Primera Parte), a partir de la reforma de 1994 dividida en: Capítulo Primero (arts. 1º a 35, sin alteración gramatical alguna desde 1860) denominado *Declaraciones, derechos y garantías*, y el nuevo Capítulo Segundo (arts. 36 a 43) denominado, precisamente, *Nuevos derechos y garantías* por haber sido incorporado en 1994.

3.1. Sin embargo, como se dijo, el carácter de norma de conducta o de organización no depende solamente de su ubicación en la sistemática seguida por nuestra Constitución con sus dos grandes partes (dogmática y orgánica) ya que algunos derechos aparecen en la Segunda Parte (ej. derechos de los indígenas: art. 75, inc. 17, CN) y algunas normas de organización se encuentran en la Primera Parte (ej. estado de sitio: art. 23, CN).

3.2. Ello se profundiza con la reforma constitucional de 1994 que coloca a nuestra Constitución con una "dualidad de fuentes en el sistema de derechos" (Bidart Campos, 1): la interna y la internacional, reconociendo la tendencia universal progresiva del derecho internacional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) que se estudia en principio de supremacía.

4. Por otra parte, como el análisis meramente formal aparece como insuficiente, es preciso subsumir la reflexión jurídica de los derechos constitucionales en la realidad concreta de una sociedad dividida, con claros antagonismos de intereses. De esta forma, se observa que lo extranormativo se enfrenta frecuentemente con las normas que consagran derechos. La dramática conclusión es que no basta el simple reconocimiento constitucional del atributo de la libertad para que todos puedan usar, disfrutar y usufructuar de ella, problemática que se conoce en doctrina como la diferente aptitud o capacidad de ejercicio, de goce o de acceso a los derechos, noción preliminar de ineludible planteo.

4.1. Una primera razón de esa discordancia es la estrategia de la programaticidad. Como vimos, muchas veces se condiciona la eficacia de las normas constitucionales de conducta al dictado de una norma inferior de implementación (ver clasificación de normas y el problema de la operatividad de las declaraciones de derechos). Empero, superada esta cuestión, o incluso prescindiendo de ella, en la praxis diaria subsiste el inconveniente apuntado.

4.2. En efecto, aunque una norma de conducta esté reglamentada —o no lo necesite—, también se constata que, no obstante, en la realidad no todos pueden ejercer esos derechos, ya no por razones normativas, sino de otro carácter y de más difícil remoción: condicionamientos de índole patrimonial de los titulares de los derechos que, sin duda, determinan la medida del ejercicio concreto de ellos e incluso su no ejercicio. Una persona de escasos o ningún ingreso se verá muy dificultada de ejercer ciertos derechos civiles (ej. ejercer industria o publicar sus ideas por la prensa) por más que la Corte los considere operativos (con más razón los derechos sociales del art. 14 bis, CN); en cambio, aquella persona dotada de posibilidades patrimoniales podrá ejercer todos los derechos que desee.

B) Derechos personalísimos

1. Introducción:

1.1. Son los derechos más conexos con la persona individual que se han desprendido, como categoría autónoma a partir del siglo XX, de los clásicos derechos individuales o civiles reconocidos desde los inicios del constitucionalismo y consagrados premonitoriamente en nuestra Constitución desde 1853 en sendas normas (art. 19, parte 1ª y art. 18, partes 4ª y 5ª). El adjetivo de personalísimos enfatiza su íntima e inescindible vinculación con su titular.

1.2. Se caracterizan por ser: vitalicios y necesarios por oposición a lo contingente; esenciales en el sentido de que funcionan como presupuesto para el ejercicio de los demás derechos; no patrimoniales, aunque su violación puede acarrear consecuencias económicas; relativamente indisponibles e irrenunciables (intransmisibles, inembargables, inejecutables, inexpropiables), pero sí puede disponerse del as-

pecto patrimonial de los derechos personalísimos; oponibles *erga omnes* ya que valen tanto frente al Estado como ante los demás particulares, e imprescriptibles.

1.3. En estos tiempos, la identificación del contenido, número y alcance de esta categoría de derechos se encuentra en acelerada expansión, lo que hace que su estudio no pueda agotarse en esta obra de carácter general. Así, en este acápite se intenta tan sólo un esbozo de algunas de esas problemáticas, en especial a partir de que la reforma de 1994 otorgó a ciertos instrumentos internacionales jerarquía constitucional que los contienen.

2. Derecho a la vida:

2.1. A pesar de funcionar como presupuesto existencial de los demás derechos, no encuentra reconocimiento expreso en el texto constitucional. Salvo la mención del vocablo “*vida*” en el artículo 29 CN, como bien jurídico a tutelar, su base constitucional la debemos buscar en el artículo 33 de los denominados derechos no enumerados o implícitos (que se estudian al final del capítulo). Después de la reforma de 1994, al darle jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos, encontramos nuevos fundamentos constitucionales relativos a este derecho (en forma específica: art. 1, D. A. D. D. H.; art. 3º, D. U. D. H.; art. 4º, C. A. D. H.; art. 6º, P. I. D. C. P. y C. D. N.).

2.2. No sólo se refiere a la protección de la mera existencia biológica de la persona, también supone la tutela de una existencia digna (material y espiritual) y, por ende, tiene múltiples manifestaciones que abarcan cada momento de la vida, desde su comienzo hasta su final. Tiene como correlato dos deberes: el negativo de abstenerse de atentar contra la vida por los particulares o el Estado (ej. homicidio y pena de muerte), y el positivo en sus dos aspectos: por obligaciones de dar a través de la provisión de prestaciones que la aseguren, también por particulares (familia y sociedad) y por el Estado, y por obligación estatal de hacer. A continuación haremos un desarrollo del estado actual de cada uno de estos tres aspectos.

2.3. *Obligación de no hacer*: si se admitiera la potestad estatal de prever y aplicar en su caso la pena de muerte, confrontaría abiertamente

con el derecho a la vida. En nuestro país, esta cuestión se enmarca constitucionalmente de la siguiente forma:

2.3.1. El artículo 18, parte 5ª CN prohíbe expresa y enfáticamente (al decir “para siempre”) la pena capital por “*causas políticas*” en el sentido de delitos políticos. Éstos son los que se cometen contra los poderes públicos y el orden constitucional, según un criterio identificatorio objetivo y exterior, y/o aquellos cometidos por motivos políticos, es decir delitos conexos calificados por un criterio subjetivo e interior. La prohibición constitucional, tomada aisladamente, siempre pareció implicar la validez del establecimiento de la pena capital para delitos comunes.

2.3.2. A tenor de la reforma constitucional de 1994, dicha cláusula debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 4º, C. A. D. H. (similar al art. 6.2, P. I. D. C. P.). Ambos instrumentos de jerarquía constitucional, sin adoptar el abolicionismo puro, consagran una tendencia progresivamente limitativa de la pena de muerte. El Pacto regional distingue dos situaciones: los países que la abolieron no podrán restablecerla (art. 4.3), y en los países que aún no la han derogado se la tolera con fuertes limitaciones, como lo confirmó la Corte Interamericana en la O. C. N° 3/83:

- a) Prohibiciones materiales: de extenderla a delitos para los que no estaba prevista anteriormente y de imponerla a delitos que no sean de los “más graves” (art. 4.2) o “políticos ni comunes conexos con los políticos” (art. 4.4); de aplicarla a “personas menores de dieciocho o mayores de setenta años” al momento del delito, ni a mujeres embarazadas (art. 4.5);
- b) recaudos procesales específicos: en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente, de conformidad con ley previa a la comisión del delito (art. 4.2); el condenado a muerte tiene derecho a solicitar amnistía, indulto o conmutación (art. 4.6);
- c) estas prohibiciones y recaudos ni siquiera ceden ante estados de excepción (art. 27.1 y 2), puesto que el derecho a la vida forma parte del denominado “núcleo irreductible” (este tema se desarrolla al estudiar el estado de sitio dentro del principio de estabilidad).

2.3.3. En sede internacional estas disposiciones han sido ampliadas por los Protocolos sobre abolición de la pena de muerte de 1989 (universal) y 1990 (americano).

2.3.4. En Argentina, la legislación penal común no prevé la pena de muerte desde su derogación en 1984 por la Ley 23.077. No obstante subsistir dicha pena para ciertos delitos en el Código de Justicia Militar (aunque, obviamente, acotada al personal militar), es evidente que bajo ninguna circunstancia esta previsión podrá extenderse a ningún otro supuesto a través de ninguna norma.

2.3.5. Reciente jurisprudencia de la Corte Federal de los Estados Unidos en materia de pena de muerte:

2.3.5.1. Sabido es que de los cincuenta Estados de la Unión federativa estadounidense, aproximadamente la mitad tiene prevista en sus respectivas constituciones la pena de muerte, debido a que la Constitución Federal no la prohíbe, al contrario de la CN argentina. Es por ello que ese país, entre otras razones, no ha aceptado ratificar el Pacto de San José de Costa Rica.

2.3.5.2. El 26 de junio de 2008 el diario *El País* de Madrid nos brinda el siguiente informe sobre un fallo de la Corte Federal donde, por estricta mayoría de cinco a cuatro, en el caso “Patrick Kennedy”, prohibió aplicar la pena de muerte a los condenados por violación de un niño. Sostuvo el Alto Tribunal que “la pena de muerte, en tal caso, no es un castigo proporcional a la violación de un niño”. Se agrega que la pena de muerte sólo es un castigo que se puede aplicar donde se sigue la muerte de la víctima. Esta sentencia va a obligar a que seis de los Estados de la Unión supriman de sus respectivas constituciones las cláusulas que permiten la aplicación de la pena de muerte por ese tipo de delito. La cuestión tiene trascendencia política porque los candidatos presidenciales para las próximas elecciones, Barack Obama y John McCain, han manifestado su desacuerdo con el fallo judicial que comentamos.

2.3.5.3. El caso del procesado Kennedy, de Lousiana, trata de un hombre de 43 años que se encuentra en el corredor de la muerte por haber violado a su hijastra de ocho años en 1998. La sentencia de la Corte Federal implica la condonación de la pena capital por la cadena perpetua. En la misma situación se encuentra, en el mismo Estado,

Richard Davis, quien ha violado a una niña de cinco años, en varias oportunidades, en el transcurso también de cinco años.

Sorprende la información que nos brinda *El País*, en el sentido de que en los Estados Unidos, solamente en cuatro meses del año 2004 hay más de 3.300 condenados a pena de muerte, resultando que Kennedy y Davis son los únicos condenados por violación de menores sin haber cometido un asesinato. Los últimos ejecutados por delitos que no fueron homicidios ocurrieron en 1964: uno fue por robo en Alabama, y el otro por violación de una mujer en Misuri.

2.4. *Obligación de dar:*

2.4.1. En el caso “Baricalla de Cisilotto” –1987– (F. 310:112), la Corte federal rechazó la pretensión de la madre de un menor enfermo de cáncer que solicitaba por vía de amparo el suministro de las dosis necesarias de la droga conocida como crotovina. Luego de reconocer que el fundamento de la demanda es “el derecho a la vida en cuanto comprensivo de la salud”, y reafirmar que aquél “es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Constitución”, la Corte sienta una discutible doctrina al rechazar el amparo, pues si bien parece reconocer el deber positivo del Estado lo condiciona a dos recaudos: primero, que el Estado materialmente cuente con la sustancia terapéutica (como si se excluyera el derecho a exigir al Estado su adquisición o producción), y segundo, que el tratamiento reclamado tenga eficiencia probada para el fin que lo motiva y en caso de existir dictámenes desfavorables de organismos con competencia sanitaria, como se dijo en este precedente, el interesado tiene la carga de acreditar “inequívocamente la inexactitud” para que los jueces hagan lugar al pedido contra el Estado.

2.4.2. En cambio, el 24 de octubre de 2000, en el caso “Campodónico de Beviacqua” (F. 323:3235) se confirmó la procedencia del amparo interpuesto por la madre de un menor para que el Estado nacional continuase suministrando sin cargo una droga imprescindible para el tratamiento de su enfermedad ante la amenaza estatal de cesar en su entrega pretextando que esto sería deber de la obra social o, en su caso, del Estado provincial. Con cita del caso “Baricalla” la Corte sostiene que el derecho a la preservación de la salud derivado de la vida es una obligación impostergable del Estado nacional con base en

el artículo 28, C. A. D. H. con rango constitucional en virtud del artículo 75, inciso 22 CN cuando los otros obligados no satisfacen este derecho. En otras palabras, el incumplimiento local no es óbice para que la Nación se desligue de responsabilidad en materia de salud.

En el caso “Ramos Mejía c/Provincia de Buenos Aires”, del 12 de enero de 2002, la Corte dio un paso atrás en relación con su doctrina del ya citado caso “Beviacqua”, cuando denegó asistencia a varios menores en estado de indigencia, tratándolo virtualmente como una cuestión política no justiciable, remitiendo la resolución del caso a la vía administrativa. La Corte se declaró incompetente. Aclaramos que en el caso se solicitaba una cuota mensual alimentaria de un organismo estatal.

Afortunadamente en el caso “N. L. M. y otra c/Swiss Medical” (sentencia del 21 de octubre de 2003) volvió a la buena doctrina y sostuvo la obligación de la medicina prepaga de hacerse cargo de una prestación mensual a favor de un menor con serios problemas de salud, en salvaguarda de su salud; sostuvo que “los menores necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, de los jueces y de la sociedad toda”. Ejemplar fallo solidarista que cumple con el tratado internacional de protección al niño.

La misma orientación tuvo la Corte en el caso “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” (sentencia del 18 de diciembre de 2003), donde se dispuso la cobertura integral de quienes sufren esclerosis múltiple, sin hacer exclusiones en razón de tipos de esclerosis o de si han o no iniciado el tratamiento.

En el caso “O. S. B.” (sentencia citada en *Debates de Actualidad*, revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 197, p. 112) la Corte dispuso que la Provincia de Buenos Aires provea gratuitamente de medicamentos a una persona sin recursos económicos que sufre discapacidad visual y motora, a causa de esclerosis múltiple, y que lo haga en forma regular (citó la doctrina de F. 321:1684, 323:1339, 324:3569 y 326:4931).

2.4.3. En el caso “Asociación Benghalensis” del 1° de junio de 2000 (L. L. 2001-B-126), la Corte adopta una trascendente decisión vinculada al par de derechos vida-salud en su dimensión colectiva. Con voto de todos sus ministros se confirma la procedencia de un amparo colectivo (art. 43, párr. 2°, CN) iniciado por seis instituciones

intermedias en representación de los afectados de sida en el país ante la omisión estatal de cumplimentar su obligación de entregar los medicamentos exigidos por la Ley 23.798. Como el impugnado incumplimiento estatal repercute en la salud de todos los que padecen el virus, la condena a suministrar medicamentos gratuitos se expande a todos los que se encuentran en esa misma situación y en la imposibilidad de adquirirlos. Esta resonante decisión debe insertarse con lo dicho en amparo colectivo dentro del subprincipio de control.

Lo sorprendente es que, en actitud autocontradictoria, la Corte no legitima a las ONG para accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva, en flagrante desconocimiento de la letra explícita de la Constitución Nacional en tal sentido (art. 43, párr. 2º). Casos “Prodelco” y “Consumidores Libres” (F. 321:1252 y 1352, respectivamente).

2.5. *Obligación de hacer:*

2.5.1. En el caso “Saguir y Dib” –1980– (F. 302:1284) la Corte tuvo que resolver el urgente pedido de los padres de una menor de 17 años para que se la autorizara a donar un riñón a su hermano –quien sobrevivía con tratamiento de diálisis– por ser la única donante histocompatible disponible. La Corte de ese entonces calificó de “natural” y “preexistente a toda legislación positiva” el derecho a la vida del receptor en aparente conflicto con el derecho a la integridad corporal de la dadora. Al entender que esta última no estaba en riesgo, autorizó la ablación.

2.5.2. Una encomiable decisión de la Cámara Contencioso-Administrativa Federal, sala 4ª, de 1998 en el caso “Viceconte” (J. A. 1999-I-485) es que, entendiendo que se encontraban en juego los derechos a la vida y a la salud, ordena al Estado nacional elaborar, sin demoras, la vacuna contra el mal de los rastrojos (imposición de típica obligación de hacer). Lo relevante es que el tribunal de grado reconoció legitimación a un particular y al Defensor del Pueblo para interponer un amparo colectivo en los términos del artículo 43, párrafo 2º, CN y el efecto *erga omnes* de la decisión en defensa del derecho a la salud en su modalidad colectiva ya que favorece a la “totalidad de la población” potencialmente afectada por la mentada enfermedad, calculada en el fallo en 3.500.000 (para esta cuestión ver amparo colectivo). A

su vez, por el contenido de lo ordenado aparece la salud en su dimensión social (ver derecho a la salud al final de derechos personalísimos). Un límite a lo decidido es el rechazo a la petición complementaria de recomposición del ecosistema (ver derechos ambientales) que sirve de hábitat a los animales cazadores de los roedores generadores del mal en cuestión, por entender que el tema requería una mayor amplitud de debate y prueba que excede el estrecho marco del amparo.

2.6. También directamente vinculado al derecho a la vida se presenta la trascendente temática del genocidio según lo reconoce el artículo 6.3, P. I. D. C. P., el que –a su vez– reenvía a la Convención específica de 1948, ambos con rango constitucional. La C. P. S. D. G. entiende que el genocidio no sólo se refiere a la matanza de miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruirlo total o parcialmente, sino también a la lesión grave a la integridad física o mental de sus miembros; el sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y traslados por la fuerza de niños del grupo a otro grupo (art. II). Importantes consecuencias (como se analiza en el capítulo sobre garantías) acarrea la consideración de este delito como de lesa humanidad.

3. Actualización doctrinaria y jurisprudencial en materia del derecho a la vida:

3.1. Como homenaje a Germán Bidart Campos recordamos su doctrina sobre el derecho a morir con dignidad, a partir del conocimiento informado al paciente por parte del médico, y evitar así una prolongación inútil de la vida, con el sufrimiento del caso, no obstante que los familiares y el propio paciente se opongan. Sabemos que la posición es discutible, pero ampliamos su fundamento: en rigor el paciente actúa sin libertad por el miedo o el dolor que sobrelleva, y los parientes actúan con el natural sentimiento de culpa que un consentimiento de tal magnitud les genera (ver número especial de la *Revista del Colegio Público de la Capital* titulado *Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud*).

El diario *El País* de Madrid, en su edición del 27 de junio de 2008, nos informa cuál es la posición de la Iglesia Católica sobre el tema de la muerte digna: por un lado tenemos el Catecismo de la

Iglesia, en su artículo 2279, que dice que “el uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme con la dignidad humana”. Por el otro lado tenemos la Encíclica *Evangelium Vital* de Juan Pablo II, de marzo de 1995, donde se sostiene que “La eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios, en cuanto a eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana”. Para agregar luego que “si la muerte se prevé inminente o inevitable se puede renunciar a tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia”.

3.2. En el caso “Quilmes” (citado en diario *La Nación* del 25 de mayo de 2006) la Corte reconoció el derecho a que los desnutridos sean alimentados por el gobierno nacional y por el Municipio de Quilmes: virtual acción colectiva, pues se hace referencia a la situación en la cual se encuentra ese sector de la población en el barrio La Matera; sin embargo luego hubo dos casos que fueron accionados en los tribunales por acciones individuales.

3.3. En el caso “Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (L. L. 2001-A-189) la Corte hizo lugar al aborto de una mujer embarazada con nula viabilidad del feto, por encontrarse afectado de anencefalia: es decir que en estos casos no se comete el delito de aborto.

3.4. En el caso “Portal de Belén, Asociación sin fines de lucro” (L. L. 2002-B-520), el Alto Tribunal consideró como abortiva la píldora del día después, sin tener en cuenta que no hay prueba científica fidedigna de que dicho medicamento sea abortivo: en caso de duda debe estarse a favor del imputado.

4. Derecho a la integridad personal:

4.1. No encuentra reconocimiento expreso en el texto constitucional, salvo la mención de la abolición de “*toda especie de tormento y los azotes*” del artículo 18, parte 5ª, CN. Dicha expresión constitucional, que denota una de las formas de afectación de la integridad personal, debe entenderse comprensiva de toda especie de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la más moderna y comprensiva terminología utilizada en el derecho internacional de los derechos humanos. Con esa nueva formulación o directamente

como integridad personal se encuentra consagrado en: artículo I, D. A. D. D. H.; artículo 5º, D. U. D. H.; artículo 5º, C. A. D. H.; artículo 7º, P. I. D. C. P.; artículo II, C. P. S. D. G., y, especialmente, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

4.2. Este derecho es una especificación derivada, necesaria y directa del derecho a la vida en sentido amplio como lo señalamos más arriba. Por ende, la integridad personal comprende tanto los aspectos físicos como los psíquicos y morales (art. 5.1, C. A. D. H.), y también sirve de base para el derecho a la salud (ver su análisis al concluir derechos personalísimos). Integra el elenco de derechos que conforman el “núcleo irreductible” insusceptible de suspenderse por emergencia alguna (art. 27.2). Al igual que el genocidio, ciertas violaciones a la integridad personal (torturas y desaparición forzada) son consideradas delitos de lesa humanidad (para su categorización y efectos ver capítulo de garantías).

4.3. Como se señalara, una paradigmática afectación de este derecho son las torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La C. T. T. P. C. I. D. define a la tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas” (art. 1.1).

4.3.1. A su vez, consagra la conocida “cláusula del individuo más favorecido” en el artículo 1.2 (ver explicación en principio de supremacía), y como fuertes limitaciones para los Estados la imposibilidad de invocar como justificación de la tortura situaciones excepcionales o la obediencia debida (art. 2.2 y 2.3).

4.3.2. Asimismo, es obligación de los Estados tipificar como delito

penal todo acto de tortura (art. 4.1), con graves penas (art. 4.2), cumplida por Argentina por la Ley 23.077 de 1984 que elevó la pena para este delito al equipararla a la prevista para el homicidio simple, y en caso de muerte de la víctima prevé hasta la reclusión perpetua; además, incluye como sujeto activo a cualquier particular (art. 144 ter, CP).

4.3.3. En 1985 el gobierno argentino firmó la C. T. T. P. C. I. D. (adoptada por la Asamblea de la ONU el 10-12-84) y en 1986 la aprobó por Ley 23.338, depositando en sede internacional la ratificación; empero, al siguiente año sancionó la ley 23.521 conocida como de Obediencia Debida que eximió de responsabilidad penal a cierto personal de las fuerzas armadas, policiales, de seguridad y penitenciarias a quienes se les imputaba la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, entre los que se incluía el delito de tortura (ver su comentario en amnistía dentro de atribuciones exclusivas del gobierno federal).

4.3.3.1. La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de este conflicto normativo, pero por mayoría declaró constitucional dicha ley en el caso "Camps" de 1987 (F. 310:1162) con la honrosa disidencia de Bacqué. En lo que aquí interesa, señaló el voto minoritario: que la ley 23.521 no tendría ningún efecto para borrar la invalidez del delito de tortura ante la clara formulación del artículo 18 CN (c. 13), y que violaba la C. T. T. P. C. I. D. que excluye la eximente de obediencia debida en caso del delito de tortura, aunque en relación a ella dijo que "no parece formar, todavía, directamente parte de nuestro derecho interno, pues de las veinte ratificaciones requeribles por su artículo 27 [...] se han producido diecinueve. Sin embargo la Convención aludida tiene plenos efectos en cuanto a la creación de responsabilidad internacional para el Estado argentino" en virtud del artículo 18 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (c. 39). Igual argumento se observa en el con. 12 del voto de Petracchi pero con un decisorio diametralmente distinto. Por su parte, la mayoría de la Corte —que nada dijo sobre el punto en el caso "Camps"— señaló en el caso "ESMA" de 1988 (F. 311:409) que la Convención se encontraba vigente, pero erróneamente no la aplicó por considerarla posterior y más gravosa y, por ende, violatoria del artículo 2º del CP que establece la regla de la ley penal más benigna (c. 4 del voto de

Caballero-Belluscio-Fayt; ídem c. 4 del voto especial de Petracchi); por su parte, el voto de Bacqué, nuevamente en soledad, remite a su voto en la causa “Camps”. Este tema se retoma al estudiar la amnistía (en atribuciones exclusivas del gobierno federal) y los delitos de lesa humanidad (en capítulo de garantías).

4.4. Otra flagrante afectación del derecho a la integridad la constituye la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas, sin desconocer que este crimen de lesa humanidad constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos y garantías esenciales de la persona humana (privación arbitraria de libertad, ser llevado sin demora ante juez y controlar la legalidad del arresto, entre otros), y que la lamentable y frecuente práctica de las desapariciones en nuestro hemisferio ha implicado “la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida” (caso contencioso “Velásquez Rodríguez” de 1988 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

4.4.1. Esta realidad que aún subsiste en parte de nuestro hemisferio a pesar de la recuperación de las democracias a partir de la década de los ochenta, llevó a que en el seno de la OEA se sancionara en 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que nuestro país aprobó en 1994 por Ley 24.556 y que, a su vez, es el primer instrumento internacional sobre derechos humanos que adquirió, a través de la Ley 24.820 de 1997, jerarquía constitucional según el nuevo mecanismo previsto en artículo 75, inciso 22, párrafo 3° CN.

4.4.2. Esta Convención considera desaparición forzada, en sentido estricto, a “la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (art. II).

4.4.3. Sin perjuicio de que el tema reaparece al analizar los delitos

de lesa humanidad y en la nueva especie de hábeas corpus por desaparición forzada de personas (art. 43, párr. 4º, CN), aquí destacamos que la Convención obliga a los Estados Partes: a tipificar como delito la desaparición forzada, a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad, y a considerarlo como delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (art. III), a no sujetar la acción penal a prescripción (art. VII), y prohíbe: considerarlo delito político para la extradición (art. V), admitir la eximente de la obediencia (art. VIII) y someter a jurisdicción especial, en particular la militar, a los presuntos responsables, quienes sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes (art. IX).

4.4.4. A tenor del alto valor hermenéutico de la jurisprudencia de los organismos internacionales ya señalado al estudiar la interpretación constitucional, interesa destacar la citada decisión de la Corte Interamericana en el primer caso contencioso “Velásquez Rodríguez” donde se condenó al gobierno de Honduras por la desaparición forzada de ese ciudadano. Allí se sostuvo que aun cuando el orden jurídico interno no permitiera sancionar a quienes fueran responsables de delitos de esta naturaleza (lo que de por sí viola la C. A. D. H.), los familiares de la víctima siempre tienen derecho a conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos. Así, el Estado tiene el deber de investigar los hechos de este género mientras subsista la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida con todos los medios a su alcance.

4.4.4.1. En relación con el caso argentino, dado que varias normas (leyes 23.492 y 23.521 y dec. 1002/89 que se analizan en las atribuciones exclusivas del gobierno federal: amnistía e indulto) impidieron la prosecución de causas relacionadas con la masiva desaparición forzada de personas ocurrida durante el gobierno militar de 1976/83, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe de 1992), luego de declarar aquellas normas internas incompatibles con la D. A. D. D. H. y la C. A. D. H., recomendó al gobierno argentino la adopción de “medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”. En consecuencia, en

diversos tribunales federales argentinos (entre otros: la CFed. de La Plata a partir de septiembre de 1998) se han reiniciado investigaciones judiciales para satisfacer este denominado “derecho a la verdad” ante planteos de algunos familiares de las víctimas y de organización no gubernamental de defensa de los derechos humanos.

4.4.4.2. A su vez, la Corte federal se pronunció, ante una particular y concreta situación, sobre esta cuestión en el caso “Facundo Urteaga” de 1998 (F. 321:2767), analizado en hábeas data dentro del subprincipio de control.

4.4.5. Registro de violadores: como consecuencia del recrudecimiento de violaciones en nuestro país, especialmente en las zonas muy pobladas, como lo son la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, se ha solicitado, con acierto, la creación de un Registro de Violadores y de Portadores de ADN, habiéndose también creado una ONG llamada Asociación de Víctimas de Violación y otra denominada Madres del Dolor. Otro curso de acción es considerar la viabilidad médica de producir la “castración” de los violadores, porque si ellos poseen un instinto incontrolable para hacer lo que hacen, cuando salen en libertad se ha visto que lo primero que hacen es reincidir. Lo decimos para abrir el debate, no en forma asertiva, por cierto.

Nos da la razón en lo que decimos el diario *El País*, de Madrid, en una noticia del 23 de junio de 2008, donde el título de la noticia lo dice todo: *La libertad de un pederasta obliga a sus víctimas a abandonar Mijas*. El juez de la causa, agrega el diario, en relación con un abusador de tres niñas, que por razones procesales pudo obtener su libertad, emitió orden de que dicha persona se alejara de las tres niñas. El tema es que puede abusar o intentar hacerlo con otras, con lo cual el remedio resulta, obviamente, insuficiente.

5. Derecho al honor:

5.1. No encuentra reconocimiento expreso en el texto constitucional, salvo la mención del vocablo “*honor*” en el artículo 29 CN, como bien jurídico a tutelar. Su base constitucional la encontramos en el artículo 33 de los denominados derechos no enumerados o implícitos. Después de la reforma constitucional de 1994, al darle jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos, encontramos nuevo fundamento normativo relativo a este de-

recho, el cual es consagrado con diferente terminología (honra, honor o reputación): artículo V, D. A. D. D. H.; artículo 12, D. U. D. H.; artículo 17, P. I. D. C. P.; artículo 11, C. A. D. H.

5.2. Su alcance, a veces impreciso, reconoce dos facetas: una, la autovaloración y aprecio que cada sujeto tiene de sí mismo (subjetiva), y la otra, la valoración que los demás efectúan sobre uno (objetiva). Sin perjuicio del conflicto entre ambos aspectos, este derecho, a su vez, puede verse enfrentado con el legítimo interés social de conocer algún aspecto del comportamiento de un individuo. Como generalmente el acceso a esa información se produce en virtud de la tarea periodística, su análisis en particular lo efectuamos en oportunidad de estudiar el derecho a la información –a donde remitimos– en aquellos casos en que se discute su alcance (prohibición de censura previa; responsabilidades civiles o penales).

6. Distinción entre intimidad y privacidad:

6.1. Ante la frecuente confusión en que se incurre al tratar la intimidad y la privacidad como sinónimos o promiscuamente, coincidimos con Nino en la necesidad de distinguir entre ambas nociones como dos esferas de protección del ámbito reservado de la vida humana. Así, entendemos por intimidad la faceta de la personalidad exenta del conocimiento e injerencia por parte de los demás; en cambio, por privacidad, la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas, o sea, acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública y que mantienen este carácter por más que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público.

6.2. La confusión apuntada también se traduce normativamente en la Constitución Nacional en la que encontramos un mismo fundamento (arts. 33 y 19, parte 1ª cuando se refiere a las “*acciones privadas*”). Lo mismo ocurre en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional: D. A. D. D. H. (arts. V, IX y X); D. U. D. H. (art. 12); C. A. D. H. (art. 11.2); P. I. D. C. P. (art. 17). Estos últimos, incluso, protegen en una misma cláusula tanto la “*vida privada*” como algunas de las más importantes manifestaciones de la intimidad (domicilio y correspondencia); en cambio, nuestra Constitución específica en norma aparte esa protección de la intimidad al

consagrar la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados y de la correspondencia (art. 18, parte 4ª, CN).

6.3. La reforma constitucional de 1994 introdujo en el artículo 43, párrafo 3º la acción de hábeas data que, en alguna de sus especies, funciona como medio de protección tanto de la intimidad como de la privacidad (remitimos al estudio especial del amparo como género de tutela dentro del subprincipio de control).

6.4. El artículo 19, parte 1ª CN proclama que “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”. Esta norma menciona ciertos límites que producen un efecto polar: no sólo son límites para la libertad sino también, y en relación recíproca, para el Estado (Sampay, 1).

6.4.1. El orden público es el límite jurídico indisponible (imperativo) a la esfera de reserva, colocado allí donde las acciones de cada uno (“acciones privadas”) interfieren el ámbito de las acciones de los demás. ¿Hasta dónde puede limitar el orden público la esfera de reserva y hasta dónde ésta puede avanzar sobre aquél? No hay una respuesta lineal para ambos interrogantes: hay una zona gris que depende de la valoración política vigente y dominante que, obviamente, cambia con el tiempo. Si el orden público ocupa todo el ordenamiento jurídico habrá Estado totalitario y no Estado de Derecho. El artículo 19 es la valla que el constituyente ha puesto para evitar este extremo. Sólo la ley en sentido estricto (emanada del Congreso) puede manifestar al orden público como límite del ámbito reservado; el ámbito de la intimidad o de la privacidad o la determinación de lo que interesa al todo social no pueden quedar en manos del Ejecutivo. La moral pública, al igual que el orden público, opera como límite indisponible, pero se diferencia en que no proviene de la determinación legal sino del sentido común social expresado por los usos y costumbres de la comunidad aunque sea receptado, a veces, por el legislador, y otras, por los jueces. Ejemplo paradigmático de la relatividad de estas categorías jurídicas son las encontradas posiciones en el seno de la propia Corte Suprema en el caso “CHA” de 1991 (remitimos a su estudio en poder de policía de la moralidad).

6.5. De acuerdo con la distinción conceptual efectuada, a continuación se analizan por separado lo que entendemos como dos derechos, emparentados pero distintos: a la intimidad y a la privacidad.

7. Derecho a la intimidad:

7.1. No obstante que la intimidad ha sido una preocupación constante desde los orígenes del constitucionalismo, ha tomado en los últimos tiempos una importancia inusitada ante las múltiples formas de su avasallamiento, a partir del avance tecnológico que ha creado sofisticadas formas de invasión y por el desarrollo de los medios masivos de difusión y de la publicidad.

7.2. Este derecho pretende asegurar el secreto, el desconocimiento por terceros o la reserva al conocimiento de los próximos que uno mismo decida. Faculta a todo individuo a impedir que ciertos aspectos de su vida y de su persona sean conocidos por terceros o tomen estado público a través de diferentes formas de intrusión (desde la interceptación de comunicaciones telefónicas, apertura de correspondencia, allanamiento de domicilio, hasta la divulgación de hábitos sexuales, opiniones políticas o religiosas, difusión de fotografías personales tomadas con ardid), y en caso de su efectiva invasión, exigir tanto su cese como la consecuente responsabilidad (civil y/o penal).

7.3. Lo atinente a la inviolabilidad del domicilio como de la correspondencia y los papeles privados (art. 18, parte 4ª, CN), a pesar de constituir claras manifestaciones de la intimidad de las personas, se estudia dentro del capítulo de las garantías constitucionales, a donde remitimos.

7.4. El *leading case* sobre la protección de la intimidad frente a las pretensiones de la prensa de hacer prevalecer sobre aquélla el derecho de la sociedad a la información de sucesos que se juzgan de trascendencia es el caso "Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida" -1984- (F. 306:1892):

Hechos: la revista *Gente* publicó en su tapa la fotografía del líder radical R. Balbín en la sala de terapia intensiva del sanatorio donde, unos días después, fallecería. Su viuda e hijo demandaron a la editorial de la revista (Atlántida) por daños y perjuicios nacidos de la vulneración de

su derecho a la intimidad. La demandada vencida en las instancias de grado recurre a la Corte invocando la violación de la libertad de prensa.

Sentencia de la Corte: “en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público, su actuación pública o privada, puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, siempre que lo justifique el interés general. Pero este avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas, y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegido de toda intromisión. Máxime cuando no se ha [...] autorizado, tácita o expresamente la invasión a la privacidad [...] en cualquiera de sus manifestaciones”. Agregó la Corte que la fotografía de Balbín publicada en la portada de la revista mostrándolo en la sala de terapia intensiva, la víspera de su muerte, no admite justificación y configura una violación a su derecho a la intimidad. Por ello declara procedente la demanda de daños promovida contra la editorial.

Comentario al fallo: aunque la Corte utiliza promiscuamente intimidad-privacidad, constituye un valioso precedente al consagrar que los hombres públicos no renuncian a su intimidad; que entre este derecho y el derecho a la información que tiene la sociedad hay casos en que prevalece la protección a la intimidad; que a ésta sólo se puede acceder si a la opinión pública le interesa, previa autorización del afectado o de sus familiares; que si dicha autorización no ha sido dada, la difusión pública produce un entrometimiento arbitrario en la esfera de la intimidad; que producida dicha intromisión corresponde la reparación por aplicación del artículo 1071 bis CC.

7.5. Otro ámbito de la intimidad especialmente vulnerable es el sometimiento inconsulto a practicarse análisis de HIV (virus de inmunodeficiencia humana). En el caso “B., R. E. c/Polici a Federal” –1996– (F. 319:3040) la mayoría de la Corte consideró que no violaba la intimidad del agente policial la realización del test de HIV sin consentimiento expreso del afectado y sin previsión legal, y cuyo resultado positivo motivó su posterior pase a retiro. El tribunal, en franco retroceso respecto de la doctrina del caso “Ponzetti de Balbin”, consideró que la medida en cuestión no configuraba una intrusión irrazonable al ámbito de la intimidad del personal policial por estar mo-

tivada por un interés superior al individual y ser proporcional a los fines de la institución. Incluso llegó a invocar la doctrina del sometimiento voluntario a un régimen especial para justificar la violación de este derecho al decir que quien ingresa a una institución de este tipo está aceptando espontáneamente que el empleador acceda a su intimidad en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes, de lo cual se deriva una “relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la Policía Federal” que implica que aquéllos no gozan de un ámbito de intimidad “equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular”. En cambio, es de resaltar el voto parcialmente disidente de Fayt, quien sostuvo que aceptar la limitación a la intimidad personal “no autoriza a cohonestar la pulverización de ese derecho”, y con cita del artículo 19 CN señaló que el proceder de la autoridad policial constituye “un acto intrusivo que desconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual”.

7.6. La protección fuerte del derecho de la intimidad:

7.6.1. El derecho a la intimidad de una mujer que realiza un aborto en un hospital, sea público o privado, prevalece sobre la obligación del médico de denunciar el delito (fallo de la Corte de Santa Fe, por Bidart Campos en nota de su autoría ya citada en p. 142).

7.6.2. En la causa “V. F. D. K.” (sentencia del 30 de setiembre de 2003) la Corte decidió dejar sin efecto la prueba compulsiva de sangre ordenada respecto de una persona mayor de edad, quien, presuntamente, había sido una víctima, consecuencia de una desaparición.

En el caso “M.” (F. 313:113) el involucrado era un menor, abandonado en la vía pública, donde sus abuelos piden la prueba de sangre para determinar su condición de tales, pero luego se prueba que han aportado como prueba un certificado de nacimiento del menor adulterado. La Corte no hizo lugar a la prueba de sangre solicitada.

En el caso “H. G. S.” (F. 318:2518) la Corte hizo lugar a la procedencia de la referida medida solicitada. En el caso se investigaba la sustracción y tráfico de niños, y quienes recurren son los presuntos padres del menor, con el fundamento de que en el caso la víctima era precisamente el menor, que la prueba tenía relación directa con el objeto de la causa, que no se violaba el derecho de la persona a no declarar en su contra. El Alto Tribunal sostuvo, sentando doctrina,

que la prohibición rige respecto de la obtención de expresiones que deben provenir de la libre voluntad de las personas a quienes se les solicita autorización para la extracción. Importante sentencia de nuestra Corte Suprema.

En el caso “G. M. L.” (F. 319:3370) también se hace lugar a la extracción compulsiva de sangre. Se trata de un caso donde lo que se investigaba era la supresión de identidad y apropiación de un menor durante el último gobierno militar, presumiéndose que la víctima vivía con los apropiadores. Es el presunto abuelo quien solicita la medida y los imputados y representantes del menor se oponen. La Corte hizo lugar a la extracción compulsiva sosteniendo que con el examen no se afecta la presunción de inocencia de los imputados, pues debe realizarse en la persona del menor, que sirve para investigar los hechos de la causa y aparece como el medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor. De este modo, decidió la Corte, la medida resulta constitucional, lográndose con su producción resguardar la responsabilidad del Estado frente al cumplimiento de los tratados internacionales (art. 75, inc. 22, CN).

8. Derecho a la privacidad:

8.1. Este derecho deriva del principio de la autonomía de la persona que valora la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana y veda la interferencia en esa libre elección. Las áreas más frecuentes respecto de las cuales hay mayor tentación (por parte del Estado) de interferencia perfeccionista son las de la religión, la vida sexual y familiar, la salud, los gustos y estilos de vida. Para ilustrar esta dimensión de la libertad estudiaremos algunos casos paradigmáticos, sin perjuicio del esclarecedor contrapunto que se observa en el caso “CHA” de 1991 analizado en poder de policía de la moralidad, a donde remitimos necesariamente.

8.2. Aunque a primera vista aparente ser una cuestión intrascendente, tiene graves implicancias constitucionales por afectar la privacidad de un individuo la imposición de determinadas pautas estéticas personales, tanto por parte del Estado como de particulares:

8.2.1. En el caso “Urricelqui” –1973– (F. 285:127) llega a los estrados de la Corte una infrecuente cuestión constitucional: en una causa criminal seguida al comisario Urricelqui por vejámenes al haber

dispuesto el corte de pelo del detenido Deira, sin entrar al fondo de la cuestión, revocó el sobreseimiento con base en la doctrina de la arbitrariedad por considerar que un acto semejante viola “el derecho a usar el cabello como quieran y en la forma que les plazca” en virtud del artículo 19 CN (c. 5), desestimando los supuestos fines docentes e higiénicos invocados por el funcionario público (c. 6). En cambio, es lamentable la indirecta convalidación de la facultad policial de detener por averiguación de antecedentes (c. 4) al confirmar el sobreseimiento por privación ilegal de la libertad del citado comisario (ver el estudio de esta atribución policial en debido proceso dentro del capítulo de garantías).

8.2.2. La cuestión referida trasciende lo relativo al “Estado peluquero” (Bidart Campos, 7) e involucra otras manifestaciones de la privacidad vulneradas también por particulares como en el ámbito del trabajo en relación de dependencia por intromisiones patronales a la privacidad de sus empleados (por ej. sanciones disciplinarias o despidos por uso de barba o de ciertas ropas), ya sea por voluntad unilateral o por cláusulas de algunas convenciones colectivas para ciertas actividades. Más allá de las particularidades de cada caso, no hay razón constitucional para restringir la protección del artículo 19 CN en este ámbito. Sin embargo, la justicia del trabajo, de modo no uniforme, ha distinguido según el tipo de actividad para descartar la violación a la privacidad cuando esas restricciones guarden relación con la tarea (ej. trabajadores de la salud, gastronómicos, etc.). Como esta álgida cuestión se vincula con los despidos discriminatorios, remitimos más adelante a lo dicho en igualdad ante la ley y la no discriminación en el capítulo de garantías.

8.3. Otra trascendente cuestión atinente a la privacidad que motivó reiterada intervención de la Corte ha sido dilucidar si viola o no el artículo 19, parte 1ª CN la penalización de la tenencia de droga para consumo personal como delito de peligro abstracto (art. 6º, ley 20.771, hoy art. 14, Ley 23.737). La Corte no ha mantenido una posición uniforme, observándose marchas y contramarchas (que en líneas generales han seguido a los cambios de sus integrantes) hasta describir un círculo perfecto:

8.3.1. *Primera etapa*: en el caso “Colavini” –1978– (F. 300:254),

suscitado por haber sido encontrado el procesado en una plaza con dos cigarrillos de marihuana entre sus ropas, se consideró constitucional la tipificación como delito de la tenencia de droga para consumo. Se entendió que la actividad del Estado se encuadra en los límites que el artículo 19 CN impone para las conductas autorreferentes, y se calificó la toxicomanía como “calamidad social”, “peste”, “plaga”, que gravita negativamente en la moral de los pueblos, provoca delincuencia común y subversiva y destruye la familia.

8.3.2. *Segunda etapa*: se inicia en 1986 con los casos “Basterrica” (F. 308:1392) y “Capalbo” (F. 308:1468), donde la Corte con su nueva composición, por mayoría (Bacqué-Belluscio, y Petracchi con su voto), declaró la inconstitucionalidad del artículo 6º, ley 20.771 por entender que la ley ha hecho caso omiso a la protección de la privacidad consagrada en el artículo 19 CN; en tanto que en ambos casos, la disidencia (Caballero y Fayt) reitera la doctrina del caso “Colavini” y concluye que la tenencia de estupefacientes para consumo personal queda “fuera del ámbito de inmunidad” del artículo 19 toda vez que dicha conducta es proclive a ofender el orden y la moral pública o causar perjuicio.

8.3.2.1. Es importante prestar atención a las circunstancias fácticas relevantes de ambos casos: en un allanamiento del domicilio de Basterrica se encuentran 3,6 g de marihuana y 0,06 g de clorhidrato de cocaína; en tanto que a Capalbo, como pasajero de un taxímetro, se le requisó un envoltorio con 54 g de hojas secas de marihuana que llevaba debajo de su suéter.

8.3.2.2. Entendemos que en esta segunda etapa la mayoría de la Corte encuadra la tenencia de drogas en cantidades tales que permitan invocar su fin de consumo personal dentro del ámbito del derecho a la privacidad para fundar su posición. El voto de Belluscio-Bacqué sostiene que el artículo 19 impone límites a la actividad legislativa del Estado al exigir “que no prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realicen en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino como aquellas que no ofenden al orden o a la moral pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones” (c. 8), y que el artículo 19 “responde a una concepción según la cual

el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan” (c. 12). Por su parte, el extenso y lúcido voto de Petracchi señala que el artículo 19 CN “establece el deber del Estado de garantizar y promover el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia” (c. 12), y concluye que están vedadas las incursiones del Estado, en especial a través de la punición penal, en las conductas que integran la esfera del individuo con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas (c. 24).

8.3.3. *Tercera etapa*: la doctrina mayoritaria de la etapa anterior, en rigor, se mantiene por breve tiempo, pues ya en el año 1987 la misma Corte empieza a esbozar un desplazamiento en sus posiciones no obstante seguir citando los casos “Basterrica” y “Capalbo”. En efecto, en una atenuación de su inicial amplitud, a partir del caso “Noguera” (F. 310:294), reafirmado en el caso “Von Wernich” (F. 310:2836) de fines de 1987 y, en especial, con el caso “García” (F. 311:2228) de fines de 1988, se empieza a hacer jugar como nuevo elemento expreso de análisis el carácter ostensible o no de la tenencia de droga para, de esta forma, girar a nuestro entender del inicial encuadre de la cuestión dentro del derecho a la privacidad hacia el derecho a la intimidad.

8.3.3.1. En el citado caso “García”, la misma mayoría de la etapa anterior, ahora acompañada por los anteriores disidentes Caballero y Fayt, sostiene que esa doctrina no es aplicable al argumentar circunstancias de hecho distintas (el procesado fue sorprendido en posesión de 1,6 g de marihuana en un bolsillo en oportunidad en que circulaba en un automóvil particular en compañía de amigos y hermana); es decir, dio relevancia al hecho de transitar por la vía pública, con acompañantes a los que habría invitado y uno aceptado consumir droga, para concluir que esto no puede incluirse en la esfera de la intimidad preservada por el artículo 19 CN. A nuestro entender, el cambio judicial de la Corte es relevante y hacia atrás en relación con la doctrina de la etapa anterior. Sin perjuicio de las diferencias propias de cada caso, en “García” la cantidad de droga era inferior a la encontrada en los casos “Basterrica” y “Capalbo”, y en este último, además, se la encontró

en un transporte público y, sin embargo, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 6º, ley 20.771.

8.3.4. *Cuarta etapa*: con la ampliación de los miembros de la Corte en el año 1990 se profundiza la jurisprudencia de la anterior etapa a partir del caso “Montalvo” (F. 313:1333) donde, con la excepción de Petracchi y Belluscio, se vuelve a la primera etapa signada por el caso “Colavini” al declararse constitucional el artículo 6º, ley 20.771. La nueva mayoría dijo que entre las acciones que ofenden el orden, la moral y la salud pública (este último aspecto es novedoso) se encuentra “sin duda” la tenencia de estupefacientes para uso personal porque “de algún modo, siempre” serán perjudiciales, con apoyo en una interpretación literal del artículo 19 CN cuando señala “*de ningún modo*”; llegando a decir que la punición de la tenencia no es una actitud autoritaria del legislador sino que traduce su preocupación por reprimir el narcotráfico que atenta contra la supervivencia del Estado y sus instituciones. Claro que las circunstancias del caso fueron haber encontrado a Montalvo con 2,7 g de marihuana cuando, conducido detenido como sospechoso de hurto en un auto de alquiler, al bajar del mismo frente a la dependencia policial arrojó una bolsita con ese contenido.

8.3.4.1. Además del retroceso que supone este caso para la privacidad de las personas, curiosamente la detención de Montalvo ocurrió dos meses antes de que la Corte anterior se pronunciara en los casos “Basterrica” y “Capalbo”, pero al momento de resolver aquél la nueva mayoría de la Corte tuvo un criterio absolutamente distinto. Dualismo de interpretación que no asegura un tratamiento igualitario ante la misma ley por hechos semejantes.

9. Derecho a la salud:

9.1. Es un derecho multidimensional y de tendencia expansiva, lo que entorpece su ubicación en una sola categoría de derechos. Ante esta dificultad metodológica, optamos por ubicarlo en el elenco de derechos personalísimos por cuanto ya señalamos en derecho a la vida que la salud estaba comprendida implícitamente en aquél, aunque también es claro que se vincula con los derechos a la integridad y a la privacidad y que, en última instancia, goza de autonomía y ostenta

una peculiar y amplísima fisonomía que se confirma desde la noción misma del bien jurídico protegido.

9.2. La Organización Mundial de la Salud adopta una concepción integral de “salud” al definirla como “un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (párr. 2º, Preámbulo de la Constitución de la OMS). Sin embargo, es obvio que el primer nivel de este derecho empieza con este último matiz, es decir, con una atención específica al tratamiento de las enfermedades, al menos, desde dos dimensiones que se yuxtaponen (social e individual). En este sentido, a pesar de tener más de medio siglo, continúa siendo bastante descriptiva la fórmula adoptada por la Constitución italiana de 1947 al estatuir que “La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado [...] La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana” (art. 32).

9.3. Se reconocen diversas etapas en la conformación definitiva de este especial derecho de múltiples proyecciones en varios ámbitos:

9.3.1. En sus orígenes, el constitucionalismo liberal no conoció este derecho como tal, sino que bajo el signo de la “salud pública” habilitaba la intervención estatal en procura de su resguardo como lo legitimó la Corte en el caso “Saladeristas” desde época temprana (ver poder de policía de la salubridad en su modalidad sanitaria o higienista). Así, las personas sólo eran beneficiarias en forma refleja pero no como titulares de derechos subjetivos; por el contrario, muchas veces sus derechos personales se veían restringidos por esa vigilancia e injerencia públicas. Por ello es que la Constitución histórica no incluía a la salud en su catálogo de derechos, sino como objetivo preeminente que podía desprenderse, como lo dijo la propia Corte, de la finalidad preambular de “promover el bienestar general” (c. 15 del caso “American Cyanamid” –1970– F. 278:313). No obstante siempre pudo considerarse como un típico derecho no enumerado (art. 33, CN).

9.3.2. Con posterioridad, a esta forma clásica de injerencia pública de connotaciones reducidas se suma una nueva dimensión de la salud al aparecer también como derecho subjetivo de la mano del constitu-

cionalismo social y ligado a los derechos de 2ª generación: primeramente, limitado al ámbito estrictamente profesional como derecho de los trabajadores a trabajar en condiciones salubres y a recibir atención médico-sanitaria frente a accidentes o enfermedades contraídas con motivo u ocasión de la actividad laboral, y en su caso, a ser indemnizados por sus efectos dañosos; y, luego, expandiendo su ámbito subjetivo se universaliza y se predica como derecho de “toda persona” y no sólo del trabajador. Desde esta perspectiva societal, el derecho a la salud no se caracteriza como derecho a la propia conducta sino de naturaleza prestacional, preventiva y curativa, de reclamar una variada gama de prestaciones. Aparece en nuestra Constitución implícitamente con la reforma de 1957 en el artículo 14 bis al referirse a las “condiciones dignas” y al “descanso” del trabajador (párr. 1º) y a la “seguridad social” de toda persona (párr. 3º), para cuyo estudio remitimos a derechos sociales. Respecto a lo primero ha dicho la Corte en el caso “SMATA” de 1983 (F. 305:2040) que el derecho a la salud del hombre trabajador tiene “superior naturaleza” frente a los derechos patrimoniales del empleador. Por su parte, la reforma constitucional de 1949 avanzó al prever expresamente el “derecho a la preservación de la salud” (art. 37, párr. I, ap. 5º) pero reducido al hecho del trabajo.

9.3.3. En forma tardía, se comienza a visualizar la existencia de un auténtico derecho a la salud cuando además de aceptar el intervencionismo estatal a través del poder de policía higienista y las prestaciones médico-sanitarias propias del Estado benefactor, surge como nueva dimensión de este derecho la posibilidad de negarse a recibir tratamientos que puedan afectar la esfera personalísima del individuo. A partir de este momento, el Estado tiene respecto a la salud una doble obligación: activa o positiva (dimensión social), pero también pasiva y respetuosa de un nuevo sujeto titular (dimensión personalísima): el enfermo y su derecho a disponer del propio cuerpo y de todo lo atinente a su salud.

9.3.4. Por último, se produce una nueva expansión de este derecho también a partir del sujeto titular del mismo: de considerarlo sólo como personal y exclusivo (del trabajador o de toda persona física) a lo supraindividual (un conjunto o categoría de personas afectadas actual o potencialmente). Es decir, además de derecho social (prestacional)

y personalísimo (respetar la dignidad de la persona) juega como derecho colectivo a la salud (para esto último ver los trascendentales casos “Viceconte” y “Asociación Benghalensis” comentados en derecho a la vida). De esta forma, aparece de manera explícita en la Constitución luego de la reforma de 1994 cuando se utiliza el adjetivo “sano” con que se califica al ambiente (art. 41, párr. 1º), como derecho de los consumidores y usuarios a “la protección de su salud” (art. 42, párr. 1º), y en forma más abarcativa al regularse el amparo colectivo en protección de “los derechos de incidencia colectiva en general” (art. 43, párr. 2º). Para estos novedosos aspectos remitimos a derechos de incidencia colectiva.

9.4. Estas diversas dimensiones que en forma yuxtapuesta conforman el complejo perfil del derecho a la salud, a su vez, se multiplican en variadas situaciones que directa o indirectamente se vinculan con él:

9.4.1. Desde una óptica o faceta negativa pueden mencionarse, entre otros, el derecho a negarse a ser objeto de tratamiento o prácticas médicas (ver caso “Bahamondez” en objeción de conciencia dentro del derecho a profesar un culto); exigir la confidencialidad acerca de la salud pasada y presente del paciente (ver caso “Zambrana Daza” en prohibición de autoincriminación en garantías, pero también la acción de hábeas data en subprincipio de control); no ser discriminado por motivo de salud (ver caso “B., R. E.” en derecho a la intimidad, y no discriminación en garantía de igualdad); no sufrir los efectos dañinos de la contaminación ambiental (ver derechos ambientales).

9.4.2. Desde una óptica o faceta positiva pueden mencionarse, entre tantos otros, la facultad de exigir servicios médico-hospitalarios (ver seguro de salud en derechos de la seguridad social); suministro de medicamentos (ver casos “Baricalla de Cisilotto”, “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua” en derecho a la vida); también a recibir la información adecuada y suficiente relativa al diagnóstico y tratamiento que se le propone a fin de que el paciente pueda decidir libre y esclarecidamente (temática conocida como del “consentimiento informado”).

9.5. Al igual que en el plano nacional, en el derecho internacional de los derechos humanos el derecho a la salud también se recepta como derecho de 2ª generación. Entre los distintos instrumentos in-

ternacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) se puede distinguir los del ámbito universal y los del regional, pues su reconocimiento es diverso.

9.5.1. En el ámbito universal: la D. U. D. H. no habla explícitamente de derecho a la salud; tan sólo en la parte dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales (art. 25.1) aparece un especial derecho “a un nivel de vida adecuado” que incluye como aspectos del mismo a “la salud y el bienestar” junto con otras especificaciones (“alimentación”, “vestido”, “vivienda” y “asistencia médica”, y por último reconoce “derecho a los seguros en caso de [...] enfermedad”). El P. I. D. E. S. C. reconoce el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12.1). La C. I. E. T. F. D. R. se limita a enunciar entre los derechos de 2ª generación el “derecho a la salud pública” (art. 5.e.iv), y la C. E. T. F. D. M. sólo se ocupa de la eliminación de discriminación entre hombres y mujeres respecto al “acceso a servicios de atención médica” (art. 12.1). En cambio, la C. D. N. avanza un poco más. En efecto, en su artículo 24.1, luego de designarlo igual que el artículo 12.1 del Pacto de 1966, agrega “servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, para terminar reafirmando la intangibilidad de “su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. A partir de allí enriquece el contenido del artículo 12.2 del Pacto al incluir tres incisos más (art. 24.2, 24.3 y 24.4).

9.5.2. En el ámbito regional: ya la D. A. D. D. H. consigna el derecho “a la preservación de la salud y al bienestar”, integrado por varios aspectos que se condicionan sobre el final (art. XI). La C. A. D. H. no dice nada por referirse mayoritariamente a derechos de 1ª generación, empero aparece implícito dentro de los derechos a la vida (art. 4.1) y/o a la integridad personal (art. 5.1). En cambio, su Pacto anexo (Protocolo de San Salvador de 1988, aprobado por Ley 24.658 de 1996) contiene una precisa regulación de este derecho que, en líneas generales, sigue al P. I. D. E. S. C. pero termina por superarlo. Tiene similar estructura: dos incisos, uno general y otro que enumera distintas situaciones especialmente protegidas. Se mejora la denominación y alcance de este derecho frente a cierta reticencia a nombrarlo por parte del Pacto de 1966: en tanto el Protocolo regional nomina al “derecho

a la salud” y agrega la noción amplia de salud como el “disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (art. 10.1); además, en el artículo 10.2 reitera la nominación de “derecho a la salud”, en tanto que el artículo 12.2 P. I. D. E. S. C. se refiere ambiguamente a “este derecho”. A su vez, mientras éste incluye el medio ambiente dentro del derecho a la salud (art. 12.2.b), el Protocolo de 1988 va más allá al reconocer a aquél por separado (art. 11). De igual forma, el Protocolo regional desgaja la higiene del trabajo del derecho a la salud al atribuirle un espacio propio (art. 7.e).

9.6. El caso de la medicina prepaga:

9.6.1. La Corte se ha pronunciado en el sentido de que la medicina prepaga está obligada a cubrir la atención de la salud, al margen de los contratos concertados, cuando el respectivo servicio hospitalario no haya probado que el costo del mismo le produzca un perjuicio económico (L. L. 2001-C-385).

C) Derechos civiles

1. Introducción:

1.1. Son los clásicos derechos individuales que fueron objeto de protección preferencial de la primera etapa del constitucionalismo, razón por la cual también se los conoce como derechos de primera generación. Se caracterizan en parte por negación, en parte por afirmación. Por negación y como residuo, derecho civil es aquel que no es personalísimo, ni político, ni social, ni público subjetivo o colectivo. En sentido afirmativo, derecho civil es la facultad de toda persona de desenvolverse en las relaciones privadas con arbitrio sobre la propia conducta del sujeto del derecho.

1.2. Sin perjuicio de que las normas constitucionales que enuncian derechos civiles son –sin duda alguna– operativas, como se vio al analizar esa clasificación de normas, se los puede clasificar en civiles extrapatrimoniales (por ej. a permanecer en el país, profesar un culto) y en civiles patrimoniales (por ej. ejercer industria, propiedad). La importancia de esta distinción es, al menos, triple:

1.2.1. Primero, acerca de la posibilidad de la renuncia ante un

caso concreto del ejercicio de los derechos civiles, ha dicho la Corte que su conocida doctrina de la disponibilidad de los derechos está referida a los de contenido patrimonial (F. 311:1132; 315:2584), y no a aquellos instituidos en resguardo de otros intereses como son los vinculados con el “estatuto personal de la libertad” (caso “Guzmán c/Prov. de Entre Ríos” –1971–, F. 279:283) o “instituidos en resguardo de derechos ligados al régimen personal de libertad” (caso “Sisto” –1998–, F. 321:92). Empero, la irrenunciabilidad de los derechos extrapatrimoniales no modifica su carácter discrecional: lo no disponible es el goce, lo discrecional es su ejercicio. En suma, los derechos patrimoniales no son de orden público, lo cual no significa que puedan ser desconocidos por el Estado o por los particulares, pues también gozan de jerarquía suprema.

1.2.2. En segundo lugar, porque los derechos civiles patrimoniales admiten una intensidad mayor acerca de su reglamentación por parte del Estado, en relación a aquellos derechos que no tienen ese carácter, y por tanto, el test de razonabilidad debe ser más o menos riguroso (ver principio de limitación, en especial subprincipio de razonabilidad).

1.2.3. Por último, como ya vimos al estudiar la interpretación constitucional y el valor de las nuevas normas, la distinción en estudio también resulta de suma utilidad a la hora de resolver un conflicto concreto entre derechos de diverso linaje.

1.3. A continuación se analizan los derechos civiles enumerados expresamente en el texto constitucional a partir de su aparición cronológica en el artículo 14 (aquellos no enumerados se estudian sobre el final del capítulo al analizar algunas de las manifestaciones del art. 33, CN).

2. Derecho de trabajar:

2.1. Es la facultad de todo individuo a elegir la actividad laboral que le servirá como medio de subsistencia y realización personal (art. 14, CN). Se trata de un derecho subjetivo como facultad: se refiere a la propia conducta que no debe ser coartada por el Estado ni los particulares. Por ende, se excluye de su ámbito los derechos emergentes del trabajo en relación de dependencia que implican una prestación concreta por parte de terceros (los derechos sociales de los trabajadores que se analizan por separado más adelante).

2.2. Altamente disvalioso es excluir de este derecho la posibilidad de obtener un trabajo, con el especioso argumento de que éste sería derecho “a” trabajar y no “de” trabajar. Salvo que la mentada distinción se efectúe sólo por razones metodológicas, para incluir el derecho “a” en otra categoría de derechos como son los sociales, no compartimos esa distinción, máxime cuando se pretende conceptualizar el derecho de trabajar como verdadero derecho-deber.

2.3. Con el deslinde anterior, este derecho del artículo 14 CN se refiere a dos aspectos:

2.3.1. La libertad de trabajar o no, lo cual veda tanto el trabajo forzado u obligatorio como la prohibición de efectuar ciertos trabajos a ciertas personas. Respecto a lo primero, según dice la C. A. D. H. (art. 6.2 y 6.3), no debe entenderse por tal ni los trabajos o servicios que se exijan normalmente a una persona recluida en cumplimiento de resolución de autoridad competente, ni otro tipo de cargas públicas (por ej. servicio militar). Lo atinente a la no prohibición de trabajo tiene relevancia respecto a los extranjeros habitantes, como lo ha destacado la Corte en los casos “Repetto” de 1988 y “Calvo” de 1998 (ver su análisis en el capítulo de los sujetos constitucionales).

2.3.2. Implica elegir libremente la actividad, tipo y condiciones de trabajo. En la terminología del derecho internacional de los derechos humanos, este aspecto del derecho del artículo 14 de la CN es la “libre elección de su trabajo” (art. 23.1, D. U. D. H.) o “seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo” (art. XIV, párr. 1º, D. A. D. D. H.) o “derecho [...] de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” (art. 6.1, P. I. D. E. S. C.).

2.4. Ilustra, al menos, el segundo aspecto señalado, el caso “Outon” de 1967 (F. 267:215) donde la Corte declaró inconstitucional un decreto que imponía la afiliación compulsiva a un sindicato como requisito para obtener trabajo por violar el derecho de trabajar del artículo 14 CN. Aunque este caso se estudia en particular dentro de la acción de amparo, aquí destacamos que —en forma precursora para la época del fallo— en el con. 25 se cita el artículo 23 D. U. D. H. para interpretar nuestra Constitución (ver su importancia en principio de supremacía).

2.4.1. En cambio, tiene dicho la Corte que no viola el derecho de

trabajar la obligación legal de matricularse en un colegio profesional (asociación de profesionales y no asociación profesional o sindicato) para desempeñar alguna profesión liberal (ver doctrina admisoría en derecho de asociarse), ni la obligación de asociarse de productores de ciertas actividades (ver casos “CAP” de 1944 y “CAVIC” de 1970 que se estudian en poder de policía de la emergencia que afecta el orden económico y social por distorsión de oferta y demanda).

2.4.2. De igual forma, son absolutamente legítimas las exigencias estatales de poseer título habilitante para el ejercicio de determinadas profesiones en las que se excede el mero interés personal del sujeto activo (ej. médicos, ingenieros, abogados, etc.).

3. Derecho a ejercer toda industria lícita:

3.1. Es la facultad de elaborar y transformar los bienes y prestar servicios, lo cual implica la posibilidad de organizar dichas actividades (art. 14, CN). Es decir, que el vocablo “*industria*” es utilizado en sentido lato. De alguna manera, este derecho es una modalidad del derecho de trabajar, que supone necesariamente el derecho de propiedad para poder efectivizarlo.

3.2. El agregado de lícito aunque aparentemente tautológico, pues es obvio que todo derecho debe ser ejercido lícitamente, no resulta irrelevante ni superfluo para la validez de toda actividad industrial:

3.2.1. Destaca la preocupación del Estado por impedir un ejercicio irrestricto de este derecho por parte de los particulares: razones de seguridad, salubridad y moralidad públicas justifican el ejercicio del poder de policía preventivo en épocas de normalidad, a donde remitimos *brevitatis causæ*. Así queda por demás claro que el artículo 14 no ha garantizado el derecho absoluto a ejercer una industria o profesión sino con sujeción a las leyes que reglamenten su ejercicio, como lo señalara la Corte federal ya en el siglo XIX (caso “Plaza de Toros”, F. 7:152).

3.2.2. Adquiere en la actualidad un sentido más tajante y riguroso a la luz del desarrollo que en las últimas décadas presenta la problemática ambiental, proceso coronado en el nuevo artículo 41 CN a cuyo análisis remitimos.

3.3. La Corte en la primera década del siglo XX (en momentos de plena interpretación estática) mantuvo el criterio de que para resolver

si una industria es lícita no se debe estar sólo a su utilidad y conveniencia, sino a que no se violen los parámetros del artículo 19 CN: no ser contraria al orden y a la moral pública o perjudicar a terceros (caso “Nougués c/Prov. de Tucumán” de 1903, F. 98:52 hasta caso “Sanatorios c/Prov. de Mendoza” de 1913, F. 118:278). Más adelante (a partir de la utilización creciente de la interpretación dinámica), en el caso “Swift” de 1934 (F. 171:348), se abandona correctamente esta argumentación para vincular lo lícito con lo autorizado pero admitiendo la creciente regulación según se trate de industrias incómodas, peligrosas o insalubres. A partir de la reforma constitucional de 1994, que impone a todos los habitantes (también a las autoridades) el deber de preservar un ambiente “*apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras*” (art. 41, párr. 1º, CN), el criterio para resolver si una industria es lícita deberá ser aún más exigente.

3.4. Las autoridades locales restringen este derecho a través de la concesión de permisos a las industrias para funcionar. No obstante, esas autorizaciones no otorgan un derecho adquirido irrevocable. Desde antiguo, la Corte ha señalado que toda autorización a un establecimiento industrial para funcionar siempre se otorga en términos precarios y nunca puede comprometer la salud de la población (ver el caso “Saladeristas de Barracas” –1887–, F. 31:273, cuyo estudio se efectúa en el poder de policía de la salubridad).

3.5. En la misma Constitución se vincula este derecho con las concesiones de privilegios o recompensas de estímulo (art. 75, inc. 18 *in fine* CN) dadas a un particular con miras a la utilidad general, lo que acarrea la consecuente limitación para el ejercicio de esos mismos derechos por otros particulares.

4. Derecho de navegar:

4.1. Consagrado genéricamente en el artículo 14 de la CN, se completa y especifica en otras normas: los extranjeros pueden “*navegar los ríos y costas*” (art. 20, CN); “*La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas*” (art. 26, CN), y “*Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito*” (art. 12, CN).

4.2. Supone la facultad de trasladarse por vía acuática a través de cualquier medio apto para ello y con cualquier fin (comercial o no). De esta forma, funciona como una modalidad de la libertad de locomoción, que la excede en la medida en que incluye aquellas actividades anexas a la navegación.

4.3. Esta libertad es también una modalidad de la libertad de circulación interprovincial de mercaderías y vehículos, pero referida exclusivamente a la que utiliza la vía fluvial o marítima. El tema precisa alguna aclaración.

4.3.1. La libertad de navegación consagrada por el artículo 26 CN es sólo fluvial: como consecuencia de ello, ni el Estado nacional ni las provincias pueden cobrar por el tránsito fluvial impuesto alguno, aun en el caso de que la navegación no fuera interprovincial.

4.3.2. La libertad de navegación protegida es sólo la de los ríos nacionales (ríos que atraviesan varias provincias, Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal o territorios nacionales), en cambio, las provincias pueden gravar la navegación en sus ríos interiores.

4.3.3. La libertad mencionada no alcanza a la navegación marítima (en el mar territorial argentino), donde la Nación puede percibir derechos de tránsito de los buques que circulan por él (salvo el caso de que los buques transitaran de una provincia a otra, pues se violaría el artículo 12, CN).

4.3.4. Una interpretación constitucional sostiene que los tratados de libre navegación de la Cuenca del Plata, firmados por la Confederación, no obligan a la Provincia de Buenos Aires, pues ella no los ratificó y se encuentra eximida en virtud de la última parte del artículo 31 CN. De acuerdo con esta posición, la Provincia de Buenos Aires podría percibir tasas por el tránsito de buques extranjeros por el Río de la Plata.

5. Derecho de comerciar:

5.1. Como derecho civil receptado en el artículo 14 CN implica la facultad de intercambiar o traficar mercaderías en forma onerosa. Cuando se realiza entre particulares, también supone la atribución de reglar dicho intercambio o tráfico. De este modo, dentro de este derecho

se encuentra implícito el derecho de contratar como lo reconoció la Corte Suprema en el caso “Ercolano c/Lanteri” –1922– (F. 136:164).

5.2. Históricamente, la política económica del Estado ha ido produciendo paulatinas limitaciones a la libertad de comercio a partir del fallo recién citado, justificadas en el interés social de evitar los abusos que el individualismo económico provoca. Distorsionada la igualdad de condiciones –supuesto constitucional de la igualdad ante la ley– por los excesos de la libertad de comercio, el Estado ha intervenido estableciendo monopolios oficiales de hecho o comercializaciones compulsivas en beneficio del interés general. Nos remitimos a lo desarrollado sobre el tema al estudiar el poder de policía del comercio y la industria y la policía de la prosperidad.

5.2.1. Sin embargo, a fines del siglo XX se asiste a la contracara de esa política económica como se observa en el decreto 2284/91 que –invocando “necesidad y urgencia”– establece como principio la desregulación de la oferta de bienes y servicios y la derogación de toda restricción que distorsione los precios del mercado.

5.3. La reforma de 1994 al incorporar los derechos de los consumidores y usuarios en el artículo 42 de la CN ha venido a completar, desde una nueva perspectiva protectoria de la parte más débil de la relación comercial, el alcance del derecho de comerciar y contratar (ver su estudio en derechos de incidencia colectiva).

5.4. *Circulación de mercaderías en el territorio nacional* (art. 10, CN): es otra faceta constitucional del derecho de comerciar. Comprende el comercio interprovincial en sentido amplio, abarcando todo tipo de intercambio, tráfico de mercaderías y su respectivo elemento de transporte, así como la comunicación de toda información por ideas o imágenes a través de cualquier medio idóneo (terrestre, marítimo, aéreo o electrónico). Este aspecto implica:

5.4.1. Que en el interior de la República está libre de todo gravamen la circulación comercial.

5.4.2. Que “*En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales*” (art. 9º, CN), es decir las exteriores. Esto significa que tanto las mercaderías de origen nacional, como las importadas del

extranjero, pueden circular por el interior del país de una provincia a otra sin pagar ese comercio ningún tributo (nacional ni provincial).

5.4.3. La libertad de circulación establecida en los artículos 9º, 10 y 11 de la CN es de carácter territorial, vale decir: se refiere al intercambio, tráfico o tránsito de mercaderías de una provincia a otra, a la Capital Federal, o viceversa a un territorio federal. Pero no comprende la circulación económica: es decir, la incorporación de las mercaderías (y sus transportes) al patrimonio económico de una provincia; cuando dicha incorporación se produce, las provincias asumen su poder impositivo interno pudiendo gravar los productos que vienen de otra jurisdicción.

5.4.3.1. La Corte Suprema ha establecido que una mercadería proveniente de una provincia se incorpora a otra cuando las mercaderías han sido vendidas o puestas en venta en la provincia (F. 30:332 y 173:192), cuando ha sido roto en la provincia el envase original (F. 174:196) y, en general, cuando las mercaderías han entrado en la circulación económica local o se han incorporado a la riqueza provincial (por ej. cuando han sido recobradas o transformadas).

5.4.3.2. El Alto Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de gravámenes provinciales por violar la libertad de circulación territorial: a) impuesto sobre el petróleo y sus derivados, cobrado por la Provincia de Buenos Aires afectando su salida fuera de la misma (F. 151:92); b) impuesto de guías o tabladas cobrado por Entre Ríos sobre la extracción de ganados fuera de la provincia (F. 127:3 y 83); c) impuesto local exigido con motivo de la extracción de valores (mercaderías) de una provincia, sea cual fuera el nombre que se les dé, según el principio de la realidad económica (F. 106:109); d) impuesto de una provincia sobre operaciones realizadas fuera de su territorio y más allá de su potestad jurisdiccional (F. 174:435); e) impuesto diferencial cobrado por una provincia sobre mercaderías provenientes de otras (F. 149:137); f) ley de Santiago del Estero que impedía la salida de ganado en pie fuera de su territorio con destino a otra provincia, aunque el gobierno provincial invocara una situación transitoria de emergencia para regularizar el abasto ante la escasez de carne (caso "Acuña Hnos." -1961-, F. 252:39).

5.4.4. *Libertad de tránsito* (art. 11, CN): sobre los artículos de

producción o fabricación nacional o extranjera y sobre los vehículos que los transporten ningún derecho podrá imponérseles, cualquiera sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio. En rigor, esta libertad es una modalidad de la libertad aduanera interior, pero referida específicamente al tránsito de las mercaderías y sus vehículos (no en general a la circulación comercial). Vale, en consecuencia, todo lo dicho en el punto anterior.

6. Derecho de peticionar:

6.1. Aunque la doctrina disiente acerca del carácter de este derecho: civil (Bielsa y Bidart Campos, 4) o político (Joaquín V. González), para nosotros es un derecho civil en tanto en cuanto su ejercicio no tenga una finalidad política, en cuyo caso se convierte en derecho cívico (modalidad que se estudia dentro de los derechos políticos).

6.2. Es curioso que la Constitución histórica al enunciar este derecho (art. 14) incluya al sujeto pasivo (“*autoridades*”), mención que debe entenderse en sentido amplio comprensivo de todas las categorías de órganos públicos, estatales o no, de todos los niveles; la reforma de 1994 utiliza igual vocablo en materia ambiental (art. 41, párr. 2º) y de consumidores y usuarios (art. 42, párr. 2º), a cuyas explicaciones remitimos. El correlato de este derecho no es sólo la obligación de la autoridad requerida de recibir la petición, sino también la de contestarla; ello no implica que la respuesta deba tener un determinado contenido: puede aceptarse o denegarse.

6.3. A través de la D. A. D. D. H. (instrumento con rango constitucional), bajo la denominación de “derecho de petición” (art. XXIV) se precisan algunas de sus notas: las peticiones deben ser “respetuosas” (en tanto la Constitución no condiciona la forma ni el modo como debe ser efectuada); aclara ante quién (“cualquier autoridad competente”) y por qué motivo (“de interés general” o “interés particular”), y muy especialmente acota el factor temporal de la respuesta que debe brindar la autoridad requerida (“de obtener pronta resolución”).

6.4. A nuestro juicio, el derecho a peticionar tiene un alcance más vasto y rico que el que le ha reconocido tradicionalmente la vida jurídica institucional del país. En él se alberga la denominada acción popular, es decir, el derecho que tiene todo habitante a reclamar por el cumplimiento del derecho, aun en el caso de que el peticionante

no se encuentre personalmente afectado por el incumplimiento. Dicho reclamo es más que necesario frente a las frecuentes demoras de los poderes públicos, cuando se encuentran reticentes y morosos en implementar normas programáticas establecidas en la Constitución o en reglamentar o ejecutar las normas legales dictadas por el Congreso. Visto como acción popular este derecho actuará como instancia de cambio o transformación para que la oferta colocada en el ordenamiento jurídico se traduzca en actos, y para evitar que el escepticismo sobre la eficiencia del derecho como instrumento de renovación desvíe la conducta de la población hacia posiciones no pacíficas. La acción popular es una garantía institucional dirigida a lograr la eficacia de la Constitución (para este tema remitimos al desarrollo del amparo colectivo).

6.5. Una forma concreta de peticionar a las autoridades es la consagrada en el nuevo artículo 39 CN que institucionaliza la iniciativa popular. Como se trata de un medio de participación política, remitimos para su estudio a los derechos políticos electorales.

7. Derecho de circulación:

7.1. El viejo texto constitucional del artículo 14, a través de cuatro verbos (entrar, permanecer, transitar y salir) no hace más que desagregar los cuatro aspectos o facetas en que se descompone lo que actualmente se denomina en el derecho internacional de los derechos humanos el derecho de circulación y su consecuente de residencia, como aquel que permite a la persona trasladarse de un lugar a otro y establecerse en un sitio determinado en forma voluntaria (art. VIII, D. A. D. D. H.; art. 13, D. U. D. H.; art. 22, C. A. D. H., y arts. 12 y 13, P. I. D. C. P.).

7.2. No obstante tratarse de un derecho civil y, por tanto, alcanzado por la igualdad entre argentinos y extranjeros (art. 20, CN), tanto los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional recién mencionados como la regulación interna infraconstitucional aceptan distinto tratamiento según sean nacionales o extranjeros quienes pretendan entrar, transitar, permanecer y/o salir del país. Según vimos al tratar el ámbito personal de validez de la Constitución, la calidad de extranjero hace aumentar las restricciones estatales al ejercicio de estos derechos, lo que se vuelve a confirmar al estudiar el poder de policía, en especial

el vinculado a la seguridad. La misma C. A. D. H. parece perder su amplitud protectoria al ocuparse del derecho de circulación y permanencia de los extranjeros en los Estados Partes en su artículo 22, a nuestro juicio una de las normas más restrictivas de toda la Convención.

7.3. Derecho de entrar: la redacción del artículo 14 de la CN al referirse a que gozan de este derecho los "*habitantes*" provoca un superable cuestionamiento. En efecto, si para poder ejercer el derecho a ingresar se requiriera previa e inexcusablemente haber vivido en el país, pareciera que se reduciría al derecho a reingresar (volver a entrar luego de haber salido). Sin embargo, no es ésa la inteligencia de la norma. Basta pensar en el caso de los extranjeros que sin ser habitantes (una de las categorías de extranjeros ya analizadas en los sujetos constitucionales) pretenden ingresar por vez primera al país (tema también desarrollado en el poder de policía); asimismo, en el caso de un argentino por opción que siempre ha residido en el exterior. Claro está que las restricciones migratorias sólo se aplican a los extranjeros no habitantes, paradójicamente exorbitantes en muchos casos para una Constitución que pretende alentar la inmigración (ver Preámbulo y art. 25, CN).

7.3.1. A nuestro entender, cualquier restricción económica al ingreso está absolutamente vedada no sólo para los inmigrantes como expresamente lo dispone el artículo 25 CN, sino también, y con más razón, para los argentinos.

7.3.2. Una derivación específica del derecho de entrar de los extranjeros la constituye el derecho de asilo, que debido a su trascendencia se estudia autónomamente dentro de los derechos no enumerados (art. 33, CN).

7.3.3. En el caso "Nadel" de 1993 (F. 316:567) un ministro de la Corte explicitó la faceta negativa de este derecho al incluir en él la prohibición de ingreso compulsivo: el derecho de entrar no debe ser sólo entendido "en el sentido de que el Estado argentino no está autorizado a impedir la entrada de personas fuera de los casos de rechazo que establecen las leyes; significa además que nadie puede ser obligado contra su voluntad a ingresar al territorio argentino fuera de los casos que establecen las leyes [...] La ley y los tratados de extradición son las normas reglamentarias que establecen una excepción a la libertad

de entrar al territorio, pero fuera del caso de extradición, los agentes del Estado argentino no pueden valerse de procedimientos no previstos por ley alguna, para obtener contra la voluntad del reo, su presencia ante los tribunales” (c. 21, disidencia de Boggiano).

7.3.4. La información periodística brindada por el diario *Clarín* el 30 de junio de 2008 (p. 25), donde se alerta sobre el alcance que tiene para el país que la IV Flota de los Estados Unidos se encuentre patrullando aguas latinoamericanas, abre un importante debate de tipo constitucional. En primer lugar la nota periodística no informa si la IV Flota va a navegar por aguas jurisdiccionales argentinas, sometidas a su soberanía. En caso de que así ocurra debe dar la respectiva autorización el Congreso de la Nación (inc. 28 del art. 75). También es importante saber qué tipo de actividades va a desarrollar la IV Flota, sobre todo cuando está de por medio la protección ambiental, y cuánto tiempo va a desarrollar actividades, porque si ha venido para quedarse, esto implica, sin duda, un debate más profundo en nuestro Congreso. La cantidad de recursos naturales que tiene la zona amerita la alarma: agua dulce, petróleo, pesca. La IV Flota tiene once buques y un portaviones.

7.4. Derecho de permanecer: bien podría subsumirse en la faz negativa del derecho a salir (derecho a no abandonar el país) tanto para nacionales como para extranjeros.

7.4.1. Respecto a estos últimos y a la controversial facultad del Estado de expulsarlos remitimos al análisis jurisprudencial que se efectúa en el poder de policía de la seguridad. Debe tenerse presente que el artículo 22.6 de la C. A. D. H., en principio, no lo niega y establece sólo dos prohibiciones expresas relativas a la expulsión de extranjeros: enviarlo a un país donde su vida o libertad personal están en riesgo de ser violadas (art. 22.8) y la expulsión colectiva (art. 22.9).

7.4.2. Respecto a los nacionales está claro que no pueden ser expulsados del territorio del Estado del cual se es nacional (art. 22.5, C. A. D. H.), y, según ya vimos, en relación a la extradición gozan de la regla interdictoria salvo excepciones (ver el papel de la nacionalidad y ciudadanía en sujetos constitucionales).

7.5. Derecho de transitar: en sentido estricto es la facultad de trasladarse voluntariamente de un lugar a otro dentro del país y coincide

con la denominada libertad de locomoción o ambulatoria. Por ello, una directa y severa restricción constitucional a este derecho constituye la facultad presidencial durante la vigencia del estado de sitio de trasladar personas “*de un punto a otro de la Nación*” (art. 23, CN), a cuyo estudio remitimos en principio de estabilidad.

7.5.1. Peaje: una importante cuestión aneja al derecho de transitar (arts. 9º, 10, 11 y 14, CN) es dilucidar si es compatible con el pago exigido a quien circule real y efectivamente por una vía de comunicación determinada, lo que comúnmente se da en llamar “peaje”.

7.5.1.1. Tradicionalmente la doctrina condicionó su constitucionalidad a varios requisitos: que el monto pagado se utilizara exclusivamente para financiar la construcción o mantenimiento de la obra vial (camino, puente, canal, etc.); que existiese una vía alternativa (gratuita) a la sujeta a peaje, en la medida en que aquélla no sea irrazonable (excesivamente onerosa o intransitable), aunque siempre el pago de peaje debiera generar un beneficio o ventaja por su uso, y que cumplierse las bases constitucionales de la tributación desde el momento en que al peaje se le atribuye carácter tributario (remitimos a lo dicho al estudiar el tema en atribuciones exclusivas del Estado federal).

7.5.1.2. Todo ello ha sido dejado de lado por la Corte federal en el caso “*Arenera El Libertador SRL*” –1991– (F. 314:595):

Hechos: el Estado nacional inicia cobro de pesos contra la propietaria de los buques Fortuna y Libertador por haber utilizado el canal Emilio Mitre sin abonar la tarifa (peaje) que por su uso impone la ley de facto 22.424. La demandada plantea la inconstitucionalidad de ese peaje por cuanto: no recibía beneficio alguno por las obras de dragado que se pretendían financiar ya que sus buques tenían poco calado; no existía vía alternativa y el monto fijado era confiscatorio.

Sentencia de la Corte: el voto de la mayoría consideró que si bien el peaje no se encuentra previsto expresamente en la Constitución, se trata de una contribución (especie de tributo) amparada por aquélla; que no es obligatoria la existencia de las invocadas vías alternativas gratuitas para obviar el peaje (c. 14/15), y además que el peaje no constituye un pago exigido por el solo paso, sino una forma más de financiar obras públicas y por ello no se afecta el derecho a transitar

(arts. 9º y 12, CN) pues su finalidad no es gravar el comercio inter-jurisdiccional (c. 16). Por último entendió que sólo podría atacarse de inconstitucional un peaje en caso de que se demuestre (lo que no hizo la demandada) que la tarifa fuera irrazonable (por su elevado monto sumado a la inexistencia de otra vía), pues ello sí tornaría ilusorio el derecho a transitar (c. 20). Los votos concurrentes (Belluscio y Petracchi-Moliné-Nazareno) sólo ahondan los fundamentos brindados por la mayoría.

Comentario al fallo: aunque la Corte en 1989, en su composición de cinco miembros, ya había avalado el peaje en una causa similar a la presente contra la misma empresa (caso “Arenera El Libertador SRL”, F. 312:1098), en esta segunda ocasión la Corte de nueve jueces profundiza los argumentos. De esta forma tan simple se deja de lado la sana construcción doctrinaria anterior sobre la insoslayable existencia de otras vías. Así quedaba clausurado, por la instancia judicial suprema, cualquier reclamo contra la generalizada privatización de rutas argentinas de la década de los noventa bajo el sistema de peaje.

7.6. Derecho de salir: es la facultad de desplazarse fuera del país en forma voluntaria, es decir, abandonarlo definitiva o transitoriamente, en cuyo caso se conecta con el derecho a reingresar al que ya aludimos. Esta faceta del derecho de circular obviamente excede el ámbito interno en la medida en que para su ejercicio efectivo se necesita compatibilizarlo con las exigencias de ingreso del Estado extranjero de destino.

7.6.1. Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, las restricciones económicas impuestas por el Estado nacional bajo diversos ropajes jurídicos (impuesto, contribución o tasa) violentan este derecho hasta hacerlo ilusorio cuando no satisfacen las bases constitucionales de la tributación. Por ejemplo, la Corte Suprema en el caso “Ventura” –1976– (F. 294:152) hizo lugar al amparo interpuesto contra una circular del Banco Central que imponía a quienes habían adquirido pasaje aéreo al exterior el pago de las diferencias cambiarias entre el momento de su compra y el del efectivo viaje; consideró que ello era un verdadero impuesto al tránsito de las personas y que afectaba, entonces, el derecho constitucional de salir (art. 14, CN).

7.6.2. A su vez, este derecho se vincula con el llamado derecho de opción previsto en el artículo 23 *in fine* cuando durante el estado

de sitio la persona arrestada o trasladada prefiera “*salir fuera del territorio argentino*”. Es claro que en este caso la manifestación de voluntad se encuentra condicionada por la restricción a la libertad física que se sufre dentro del país (ver su estudio en el principio de estabilidad).

8. Derecho a la información:

8.1. La clásica fórmula del artículo 14 CN que consagra como derecho de todos los habitantes el “*de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa*” (a su vez, única mención expresa de la libertad de expresión) aparece hoy como insuficiente y limitada frente al formidable desarrollo producido en las últimas décadas del siglo XX en la teoría y práctica de la comunicación. Aquella estrecha manera de enunciar corresponde al primer momento de evolución del derecho a la información y se refiere a un solo aspecto de uno de los sujetos implicados en el acto informativo.

8.2. El llamado derecho a la información ha atravesado diversas etapas en relación a los sujetos titulares y sus respectivas facultades. La primera (en la que se inscribe el art. 14, CN), propia del constitucionalismo decimonónico, es la que identifica a la libertad de prensa con la libertad de empresa, es decir, como derecho del dueño del medio (en principio sólo de imprenta) a organizar la empresa informativa y expresar ideas y/o noticias a través de ella. Un segundo momento, a principios del siglo XX, lo constituye la aparición de los derechos del sujeto profesional (periodista) que trabaja en aquellos medios informativos (en nuestra Constitución receptado tardía y parcialmente en la reforma de 1994 en el art. 43, párr. 3º *in fine*). La tercera etapa es la de la universalización del sujeto en la que se reconoce a todo ser humano los derechos de investigar, difundir y recibir informaciones y opiniones.

8.3. En esta última fase parece enrolarse la reforma de 1994 a través del mecanismo de otorgar jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos que receptan este derecho en toda su amplitud (tanto de los sujetos como del plexo de facultades que poseen): artículo IV, D. A. D. D. H.; artículo 19, D. U. D. H.; artículos 13 y 14, C. A. D. H.; artículos 19 y 20, P. I. D. C. P. A su vez, se refuerza esta tendencia amplia a través de la in-

corporación explícita en el propio texto constitucional de dispersas cláusulas sobre aspectos particulares de la información: en materia ambiental (art. 41, párr. 2° *in fine* CN) y de los consumidores y usuarios (art. 42, párr. 1°, CN), y el ámbito del amparo, con el hábeas data (art. 43, párr. 3°, CN).

8.4. De algún modo, esta extensión del derecho a la información ya había sido reconocida por la Corte Suprema en el caso “Ponzetti de Balbín” de 1984 (F. 306:1892) en el cual produjo una serie de definiciones en relación con el alcance del ejercicio de esta libertad en una sociedad moderna, que constituyen el presupuesto para una modificación del tradicional criterio. Señaló el Alto Tribunal que “el desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de nuevas técnicas de difusión e información, obligan al reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento”. De esta forma la Corte da pie a otorgar asidero a la consideración de la libertad de prensa como derecho público, pasando luego a distinguir tres tipos de derechos que operan interrelacionadamente: a) el derecho de industria y comercio de la prensa (que es un derecho individual del empresario, aunque no lo diga la Corte); b) el derecho individual de información a través de la palabra, el sonido y la imagen, y c) el derecho social de información (c. 7, voto de la mayoría).

8.5. Esta nueva óptica pone de manifiesto que la comunicación social no puede dar fundamento a un derecho de un solo perfil. Como la información es bidireccional (emisor-receptor), con fines didácticos optamos por explicitar el cúmulo de facultades comprendidas a partir de la posición de cada uno de los sujetos involucrados: informadores e informados. Ambos aspectos se interrelacionan recíprocamente desde el momento en que uno no existe sin el otro, y ambos en su conjunto conforman un elemento indispensable de una sociedad democrática.

8.5.1. En el caso “Asociación de Telerradiodifusoras Argentinas” (sentencia del 7 de junio de 2005) la Corte Suprema dispuso la inconstitucionalidad de la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que prohibía la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de las encuestas electorales

desde 48 horas antes del comicio hasta tres horas después de finalizado. Los argumentos que fueron dando los distintos integrantes del tribunal fueron los siguientes:

- a) La actora tiene legítimo derecho a actuar en cumplimiento de una de las finalidades para la cual existen los medios de prensa.
- b) No corresponde al gobierno limitar la difusión de dichas encuestas, sino que, en todo caso, el Estado podría hacer notar por los medios con los que cuenta el carácter falible de las encuestas a boca de urna.
- c) La prohibición violenta la intimidad de las personas, su conciencia, pues la información que la sociedad recibe debe ser juzgada por la población, no por el gobierno. La prohibición tiene una orientación paternalista intolerable (argumentos de Petracchi, Belluscio, Fayt y Maqueda).
- d) En cambio la disidencia de Highton, Lorenzetti y Argibay se fundó en que la ley nacional 22.285 de ningún modo le prohíbe a la demandada legislar sobre lo relativo a sus derechos locales, pero la referida restricción es inconstitucional porque lo que la ley busca amparar es el espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener para emitir su voto.

8.6. Derechos de los informadores: comprende varias facultades vinculadas a quienes transmiten o expresan informaciones u opiniones.

8.6.1. Derecho a difundir, publicar o emitir informaciones por cualquier medio:

8.6.1.1. Esta faceta del derecho a la información es la receptada por el artículo 14 de la CN, más allá de sus acotadas palabras. Como derecho civil consiste en toda forma de exteriorización de ideas o hechos cualquiera sea el medio utilizado, sin contenido político, pues en este caso funcionaría como derecho cívico (ver derechos políticos más adelante). La Corte Suprema ha señalado reiteradamente que entre las libertades protegidas, la de prensa es una de las que posee más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal, y a través de la prensa la Constitución protege su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (F. 248:291).

8.6.1.2. Cualquier medio utilizado para exteriorizar en público las ideas, hechos y toda manifestación estética está comprendido en la disposición constitucional: prensa escrita u oral, ediciones impresas, teatro, cine, videos, televisión abierta o por cable, radio, discos y cintas grabadas, afiches, murales, divulgaciones orales (F. 282:392). La reforma de 1994 menciona por vez primera a “*los medios audiovisuales*” como objeto de protección (art. 75, inc. 19, párr. 4º, CN). Así, la palabra “*prensa*” del artículo 14 CN, interpretada dinámicamente, coincide con el anglicismo *media* que denomina abreviadamente a medios de comunicación de masas (*mass-media*) y es usado para incluir tanto a los diarios, como a la radio, TV, cine y video.

8.6.2. Prohibición de censura previa:

8.6.2.1. Nuevamente es el artículo 14 CN el que veda toda posibilidad de adoptar cualquier medida que impida la difusión, publicación o emisión, anticipándose en este punto en un siglo al artículo 13.2 C. A. D. H. que, además, es el único de los instrumentos internacionales con rango constitucional que prohíbe la censura expresamente.

8.6.2.2. Toda forma de censura previa está comprendida en la prohibición constitucional: revisión previa de la publicación; exigencias de fianzas, depósitos o cauciones arbitrarios; obstaculización en el funcionamiento de los medios utilizados para la publicación (imprentas, plantas transmisoras, canales de televisión, cines o teatros); distribución oficial arbitraria de papel u otros elementos de trabajo; todo tipo de violación a la igualdad ante la ley; obstaculización en el acceso a la información; imposición de determinada publicación: porque no sólo afecta a la libertad de pensamiento el prohibir expresarla, sino también el obligar a publicar ideas o noticias que no se comparten. La Corte se pronunció a favor de la interpretación de la censura previa en sentido amplio, entre otros, en el caso “La Gaceta” de 1950 (F. 217:145). En igual sentido el artículo 13.3 C. A. D. H. veda cualquier forma de censura encubierta.

8.6.2.3. No son válidos por violar la prohibición de censura previa el permiso o licencia, fianza o garantía como requisitos de funcionamiento para las empresas periodísticas gráficas, para las editoriales, para las empresas filmadoras o grabadoras y para las empresas cinematográficas o teatrales (F. 124:161). Pero es válida la exigencia de

licencias para las empresas de radio y televisión, dado que utilizan para operar el éter; así el Estado regula la distribución de las frecuencias; en tal sentido la ley de facto 22.285.

8.6.2.4. En virtud de este concepto amplio de censura (también la encubierta) estarían alcanzados por su prohibición el monopolio u oligopolio de papel para diarios y la distribución discriminatoria de la publicidad oficial como forma de premio o castigo a los medios periodísticos.

8.6.2.4.1. Caso “Emisiones Platenses SA” –1997– (F. 320:1191):

Hechos: esta empresa periodística, editora del diario *Hoy* de La Plata, inicia un amparo invocando la violación de la libertad de prensa (art. 14, CN y art. 13, C. A. D. H.) contra un decreto del intendente de esa ciudad que beneficiaba al otro diario local (*El Día*) con publicidad oficial en condiciones inequitativas y discriminatorias para el primero. Desestimado en las instancias locales por cuestiones formales, llega la causa a la Corte federal por recurso extraordinario.

Sentencia de la Corte: la mayoría (Nazareno-Belluscio-Boggiano-López-Vázquez) confirma el rechazo del amparo por entender que si bien es obligación gubernamental proteger a la empresa periodística de acciones que afecten su normal desenvolvimiento con maniobras monopólicas o de competencia desleal (c. 17), ello no incluye “la supuesta negativa a brindar propaganda por un precio en dinero” pues esto sólo depende de “la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio” (c. 18); de lo contrario se convertiría a la empresa periodística “en una categoría privilegiada respecto de otras industrias con violación a lo dispuesto por el artículo 16 CN” (c. 20). Por ello, termina por afirmar que el “eventual favoritismo” político respecto de otro medio para difundir la labor gubernamental es sólo una decisión válida que no importa discriminación (c. 47).

Disidencia de Fayt-Petracchi-Bossert: hace lugar al amparo al declarar que la libertad de prensa debe resguardarse “no sólo de violaciones groseras, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas” (c. 24); que debe preservarse “con igual energía de una y otra clase de atentados, pues es también claro que el Estado no puede lograr indirectamente aquello que le está vedado hacer di-

rectamente” (c. 25). Por ello, ordena que las futuras publicaciones oficiales sean adjudicadas con igual criterio para ambos periódicos.

8.6.2.5. La censura previa está prohibida por la Constitución como policía preventiva, pero cabe la policía represiva (a posteriori) de los delitos o infracciones cometidos por la prensa (F. 155:57). En igual sentido, la Corte Interamericana ha dicho que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien haya cometido un delito (O. C. N° 5/85). Entonces, es necesario distinguir entre censura previa y responsabilidades ulteriores: lo primero está expresamente prohibido, lo segundo sólo es posible cuando fuere necesario asegurar otros derechos.

8.6.2.6. A pesar de lo dicho la C. A. D. H. fija dos casos de excepción a la prohibición de censura previa: en forma expresa, al admitir que los espectáculos públicos pueden someterse por ley a censura previa para proteger a niños y adolescentes (art. 13.4); en forma implícita, al no formar parte del “núcleo irreductible” para casos de emergencias (art. 27).

8.6.2.7. La prohibición de censura previa excluye tanto la dispuesta por autoridad administrativa como judicial, porque lo importante es fulminar la limitación en el momento temporal previo a la expresión sin importar de quién proviene, como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar en forma incondicional que cualquier medida preventiva constituye censura previa y menoscaba la libertad del artículo 13 C. A. D. H. (O. C. N° 5/85). De todas formas es conveniente consignar la posición de la jurisprudencia a la luz de tres casos recientes:

8.6.2.7.1. Caso “Verbitsky y otros s/Denuncia de apología del crimen” –1989– (F. 312:116), conocido como “caso de la solicitada”:

Hechos: un juez federal, ante la denuncia de que se estaba por insertar en cinco periódicos una solicitada alabando la actuación de Jorge R. Videla durante la llamada lucha antsubversiva (por la cual había sido condenado penalmente), expidió órdenes de no publicación contra esos medios por considerar que, en principio, su contenido podía implicar apología del crimen (delito que se consideró ya había tenido principio de ejecución y que admitía tentativa). Apelada la decisión

judicial, la Cámara la revoca invocando la libertad de prensa, pero advirtiendo que de publicarse tal solicitada conllevaría la comisión del delito de apología del crimen. Este fundamento, y no lo decidido por la Cámara, es lo que motivó la apelación extraordinaria ante la Corte por parte de los dueños de los periódicos implicados en el entendimiento de que se afectaba la libertad de prensa.

Sentencia de la Corte: declaró inadmisibles los recursos por no existir gravamen actual y concreto, y por considerar inatendible equiparar la supuesta amenaza de sometimiento a proceso en caso de publicar la solicitada con la censura previa proscripta por la Constitución. En disidencia, Fayt revoca la sentencia impugnada por entender que los fundamentos cuestionados forman un todo inescindible con lo resuelto, y por ello ordena que se dicte similar pronunciamiento con abstención de todo prejuizamiento. Es de destacar, además, su remisión a la jurisprudencia norteamericana acerca de las “libertades preferidas” para resaltar el valor de la prensa (este tema se retoma en subprincipio de razonabilidad).

Comentario al fallo: la Corte no resolvió el tema planteado (si los jueces pueden intervenir preventivamente en un caso de delito cometido por medio de la prensa). En cambio sí se pronunció sobre la ineptitud de los considerandos de una sentencia (en el caso, la de la Cámara que resolvió a favor de los recurrentes) para viabilizar la competencia extraordinaria de la Corte como veremos al tratar los requisitos comunes del recurso extraordinario dentro del subprincipio de control. Con relación a la hipótesis de censura previa por parte del Poder Judicial, nosotros nos hemos pronunciado en sentido contrario a dicha censura, y ello ha permitido que nuestra opinión sea citada por el procurador general de la Nación, en su dictamen en el caso “Verbitsky”, para apoyar sus posiciones en el sentido de que no cabe la prohibición de publicar por parte de un juez, ni cuando de un delito se trate. Empero, en esa obra citada, al sostener que tampoco los jueces podían *censurar* a la prensa, no dijimos que ellos no podían intervenir frente a un delito (en el caso la tentativa de delito de apología), pues ello no convierte a su decisión en censura, sino en represión de lo ya cumplido (tentativa) y en impedir la consumación del delito ya iniciado en su ejecución.

8.6.2.7.2. Caso “Servini de Cubría” –1992– (F. 315:1943), conocido como caso “Tato Bores”:

Hechos: una jueza federal de Capital Federal, ante la recepción de una supuesta llamada anónima en la que se le advertía que en un programa de Tato Bores que emitía Canal 13 los domingos por la noche se iba a incluir un pasaje humorístico sobre su polémica actuación pública, interpone amparo preventivo (el viernes anterior) para suspender cautelarmente la citada proyección de imágenes por considerar que se afectaría su honra. Ese mismo día, el juez de primera instancia denegó la medida y el sábado, en días y horas inhábiles, con asombrosa celeridad y sucintos fundamentos, la Cámara hace lugar a la medida precautoria ordenando al canal y a Bores no emitir la parte del programa cuestionado. Contra esta decisión, los demandados presentan sendos recursos extraordinarios por entender que la Cámara había violado los artículos 14 y 32 CN y el artículo 13 C. A. D. H. Al conceder los recursos el tribunal de alzada agrega razones a la resolución impugnada con inusual longitud.

Sentencia de la Corte: ocho ministros (tres por la mayoría estricta más cinco votos separados y concurrentes) revocan la medida cautelar dispuesta por la Cámara; en minoría, el solitario voto de Barra recepta la posición de la amparista. Veamos brevemente algunas reflexiones de los votos:

Voto de Cavagna-Nazareno-Moliné: parten de una posición que sostiene que como los medios de comunicación son instrumento natural para efectivizar la libertad de expresión, toda censura previa que sobre ellos se ejerza padece una “fuerte presunción de inconstitucionalidad” (c. 10).

Voto de Levene: considera incorrecto hacer prevalecer el derecho al honor sobre la prohibición de censura previa, por cuanto la libertad de prensa además de ser un derecho individual tiene el “empinado rango de libertad institucional” (c. 11).

Voto de Fayt: con cita de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, concluye que “a escala universal se tiende a limitar las restricciones en materia de información y de opinión como una necesidad para el perfeccionamiento de la democracia contemporánea” (c. 26).

Voto de Belluscio: destaca que si bien es cierto que la libertad de prensa no es un derecho absoluto, “sí es absoluta la prohibición de censura previa” (c. 11) y que ello es aplicable también a la expresión por TV según interpretación dinámica del artículo 14 de la CN (c. 12); aunque siempre injustificable le parece de mayor gravedad la censura realizada por los jueces, quienes deben asegurar el respeto de los derechos (c. 14).

Voto de Boggiano: aunque la Constitución no se refiera expresamente a la censura judicial, cabe extender la prohibición de censura previa a los jueces (c. 8); empero, disiente con Belluscio respecto a la mayor gravedad de la censura judicial a la que denomina “intervención preventiva” (c. 9) y llega a considerar que en casos donde en forma clara se ofenda el honor o la intimidad “no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión” (c. 10).

Voto de Petracchi: sostuvo que la prohibición de la censura previa “no consiente graduaciones. Existe o no” (c. 19); que la prohibición constitucional absoluta de la censura alcanza a la TV sin mengua alguna, incluso aunque se alegue proteger el derecho a la honra (c. 26).

Disidencia de Barra: sigue la línea esbozada por Boggiano pero, a diferencia de él, termina avalando el decisorio de la Cámara al considerar que las restricciones al derecho a difundir ideas deben interpretarse en grado de intensidad decreciente desde la TV hasta el libro y la prensa (c. 5); agrega que el artículo 14 CN exige que la expresión tenga “un mínimo de contenido útil para el receptor” (c. 9).

Comentario al fallo: se confirma la línea iniciada en el caso “Verbitsky” por la Corte anterior acerca de la imposibilidad del Poder Judicial de censurar, pese a las diferencias entre ambas causas que demuestran la especial importancia de ésta en orden a la cuestionada censura judicial. Aquí no se trata de un particular que promueve la actuación judicial sino de un magistrado (no por denuncia penal sino por vía de amparo); no contra medios gráficos sino contra un medio televisivo, y, por último, en esta causa también se encuentra en juego la protección de la honra.

8.6.2.7.3. Caso “Martorell” –1996–, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 11/96):

Hechos: el periodista chileno Martorell publica un libro en Argentina en 1993 titulado *Inmunidad diplomática* (en base a un artículo periodístico suyo) donde describe actividades impropias del embajador argentino Spinoza Melo. El día que debía comenzar su comercialización en Chile, la justicia de ese país prohíbe temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro a pedido de una de las personas mencionadas en esa obra que se consideró agraviada por ella (Luksic). Agotadas las instancias chilenas que confirmaron la prohibición, Martorell junto a una Organización No Gubernamental internacional (Human Rights Watch) denuncia ante la Comisión Interamericana al Estado de Chile por violación al artículo 13.2 de la C. A. D. H. El gobierno chileno defiende la censura judicial alegando que el artículo 11 del Pacto (privacidad, honra y dignidad) prevalece sobre el artículo 13.

Recomendación de la C. I. D. H.: descarta la posición oficial al sostener que no hay conflicto alguno entre los artículos 11 y 13 C. A. D. H., y que las personas lesionadas en su honor tienen adecuada protección ante la justicia chilena para reparar cualquier agravio. Por ello, recomienda al Estado chileno levantar la censura que pesa sobre el libro citado por violar el artículo 13.

Comentario al informe: al igual que en el caso anterior, se vuelve a plantear el conflicto entre libertad de prensa y honor, con la importancia de que aquí la palabra de la Comisión Interamericana confirma la imposibilidad de la censura judicial. Esto se vincula directamente con el análisis del valor de la jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos que hicimos en interpretación constitucional, a donde remitimos.

8.6.2.8. Para completar el desarrollo de este trascendental tema de la censura previa, remitimos a los fallos de la Corte relativos a esta protección que se analizan en el poder de policía de moralidad y seguridad (ver principio de limitación) y en el estado de sitio en relación a la libertad de prensa (ver principio de estabilidad).

8.6.3. Reserva de las fuentes periodísticas:

8.6.3.1. A partir de la reforma de 1994 se encuentra expresamente

previsto este esencial aspecto del derecho a la información, incorporándolo como limitación a la procedencia de la acción de hábeas data: “No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística” (art. 43, párr. 3º *in fine* CN). Sin perjuicio de su ubicación normativa específica (para lo cual remitimos al estudio del hábeas data en el subprincipio de control), es claro que no corresponde enclaustrar esa disposición en ese estrecho marco textual, pues su extensión y finalidad se amplía hasta el terreno propio de los artículos 14 y 32 CN. Además, para nosotros este derecho ya gozaba de reconocimiento en el anterior texto constitucional con base en la cláusula de los derechos no enumerados (art. 33, CN) o como derivación necesaria de la libertad de prensa (art. 14, CN).

8.6.3.2. De esta forma, la prensa de nuestro país encuentra notablemente fortificado el ejercicio de su libertad de expresión, mejorando, no cabe duda, la ya muy amplia protección de la Constitución histórica, ya que sin la garantía del secreto de la fuente u origen de la información periodística y su correlato (los datos confidenciales obtenidos por ellas), el ejercicio de la libertad de prensa puede convertirse, de hecho, en ilusorio. Mediante esta protección especial se procura impedir la virtual autocensura de todos aquellos que tuvieren informaciones útiles a la función informativa e investigativa que debe cumplir la prensa, por temor a encontrarse incluidos en algún tipo de responsabilidad penal o civil, o de ser objeto de represalias como consecuencia de haber facilitado los datos que luego la prensa hace públicos. La forma más relevante en que opera esta protección es a través del reconocimiento del secreto profesional, lo que acarrea la abstención de revelar la fuente de información especialmente en sede judicial. Como consecuencia de lo anterior, la prueba obtenida por revelación forzada carecería de valor de convicción y debería ser anulada (ver regla de exclusión en el capítulo de garantías).

8.6.3.3. La cláusula del final del artículo 43, párrafo 3º CN es operativa. De lo contrario se estaría negando ese carácter a la libertad de prensa. Esta aclaración es de suma importancia desde que a nivel nacional no existe reglamentación legislativa específica, a más de una década de la reforma de 1994 (tampoco en varias provincias). Mientras tanto, la situación para los periodistas debe encuadrarse en el artícu-

lo 156 del CP y en las normas procesales que exigen del deber de testificar a aquellas personas cuya declaración versa sobre hechos revelados por razón de su profesión, aunque no nombren a periodistas u otros sujetos vinculados a la información. La falta de ley reglamentaria no es óbice para que sus titulares se encuentren protegidos, pues lo están con base directa en el texto constitucional. De esta forma, sumado a su reconocimiento expreso, ya no podrá negarse, en los casos concretos, el secreto o silencio periodístico con el argumento de su carácter programático como lo hizo alguna jurisprudencia anterior a la reforma de 1994 (ST de La Rioja, caso “Diario El Independiente” de 1969, L. L. 136-795), o por no encontrar disposición expresa constitucional o legal (CCCorr. de Bahía Blanca, caso “Hanuch” de 1993, J. A. 1994-I-389).

8.6.3.4. Cabe dilucidar quién puede invocar esta especial protección y ante quién se puede hacer valer la reserva de las fuentes. Para nosotros, son sujetos activos los informadores *lato sensu* (periodista, editor y director del medio que difunde, publica o emite, en forma actual o potencial), y como reflejo también los informados que colaboran con esas actividades bajo reserva de confidencialidad. Ninguno de ellos puede ser obligado a revelar la fuente de información periodística. Como sujetos pasivos (obligados a respetar el secreto), se debe incluir tanto a las propias empresas periodísticas (respecto de sus periodistas) como al Estado (a través de todos sus órganos). Sin embargo, en la práctica, esta protección tiene especial importancia cuando se enfrenta a la pretensión punitiva del Estado que se invoca por los jueces que citan a declarar a los periodistas.

8.6.3.5. Si se considerara que estamos en presencia de una mera prerrogativa de abstenerse de revelar, habría que admitir que el propio titular podría renunciar a su ejercicio (decidir en qué caso revela y en cuáles no). Como por este camino se resta todo vigor a la protección, pensamos que el sujeto activo no puede disponer voluntariamente, y si decide revelar lo que se le ha confiado en razón de su oficio, empleo o profesión le correspondería alguna sanción, incluso penal (por el art. 156, CP), además de la pérdida de todo valor de la prueba obtenida ilegítimamente (por infidelidad profesional).

8.6.3.6. Otra cuestión que sí deviene controversial es respecto al

alcance (absoluto o relativo) de la protección, es decir, si los jueces pueden relevar, en ciertos casos, del secreto profesional. Quienes reivindican su carácter absoluto consideran que no puede ceder ni aun frente a una investigación criminal. En cambio otros, al otorgarle carácter relativo, admiten situaciones de excepción que habilitarían dejarlo de lado: si el delito se está ejecutando o por ejecutar, o en tanto traiga aparejada la condena de un inocente. En esos especiales casos, si el periodista se negara a declarar quedaría expuesto a las sanciones del artículo 243 CP. Esta controversia no ha sido zanjada por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, quien a más de una década de la reforma no se ha pronunciado sobre este particular aspecto, a diferencia de las instancias inferiores donde aisladamente se han fijado ciertas limitaciones a la reserva de las fuentes:

8.6.3.6.1. En el caso “Elizalde” –1991– (J. A. 1991-III-433) la Cámara de Apelación de Concepción del Uruguay revoca el procesamiento de un periodista radial por el delito del artículo 243 del CP por negarse a identificar la fuente que le había brindado información sobre el accionar ilegal de la policía contra una menor, no obstante haber informado ampliamente sobre los policías involucrados. En erudito fallo, el tribunal admite que el periodista ejerció un derecho reconocido en el artículo 14 CN y declara la nulidad de todo lo actuado, por entender que –en la especie– se disponía de elementos suficientes para esclarecer el hecho denunciado radialmente.

8.6.3.6.2. En el caso “Gorriarán Merlo” –1996– (L. L. 1996-C-637) la Cámara Federal de San Martín, sala I, resuelve una delicada cuestión: ante la emisión televisiva de una entrevista clandestina a Gorriarán en momentos en que éste se encontraba prófugo desde su participación en el ataque al Regimiento de La Tablada, un fiscal requiere pruebas que exigían la colaboración de los periodistas que intervinieron en la investigación (acompañar a la policía para reconstruir el recorrido previo al reportaje, y reconocer en rueda de personas a quienes habrían participado en el encuentro). Como ello era una forma de revelar la fuente de información, los periodistas se niegan con invocación del artículo 43, párrafo 3º *in fine* CN. Con cuidado razonamiento teórico, el tribunal interpretó la nueva cláusula constitucional, reconoció el derecho de los periodistas y confirmó la improcedencia de las citadas

pruebas. Empero formuló dos aclaraciones (una fáctica y otra jurídica): que tuvo en cuenta que Gorriarán ya había sido detenido luego de esa entrevista y que no había elementos independientes de los testimonios periodísticos que permitieran suponer la real y actual existencia de un grupo ilícito permanente, y que admitía “la posibilidad de que el secreto profesional periodístico ceda cuando razones de orden público de relevante jerarquía así lo aconsejen y cuando ello no vulnere el derecho a no autoincriminarse ni afecte los límites previstos en el artículo 28 CN”.

8.7. Derechos de los informados: comprende variadas facultades de los receptores vinculadas a la recepción de toda información u opinión, cualquiera sea el asunto o materia, emitidas por cualquier medio sin limitación de frontera. Como ya señalamos, la reforma de 1994 repara la pretérita laguna del texto histórico respecto a estos derechos, en forma asistemática y parcial, al incluir: el derecho reflejo a la información ambiental (art. 41, párr. 2º *in fine*, CN); el derecho de consumidores y usuarios “*a una información adecuada y veraz*” (art. 42, párr. 1º, CN), y la garantía del hábeas data (art. 43, párr. 3º, CN). Para el estudio particular de cada uno de estos aspectos remitimos, respectivamente, a derechos de incidencia colectiva y al subprincipio de control. Esto se completa con los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional ya individualizados donde se consagran específicos derechos a toda persona: a recibir, buscar y seleccionar informaciones, efectuar réplicas y proteger su honra e intimidad frente a los medios de información.

8.7.1. Derecho a elegir el medio:

8.7.1.1. Esencial al derecho a recibir informaciones u opiniones es la posibilidad de seleccionar los medios informativos, lo cual implica la existencia de varios de ellos y la necesidad de garantizar el pluralismo informativo a través del combate al monopolio (fenómeno de los multimedia). Aunque la temática general de la “libertad de elección” y la “defensa de la competencia” se analizan en derecho de los consumidores y usuarios (art. 42, CN), en este ámbito especial destacamos que, en contra del típico argumento liberal que alega que el mercado mismo puede impedir por sí solo la concentración de medios, resulta legítima la intervención estatal para evitar la centralización de varios

medios en una o pocas empresas (en tal sentido: ex arts. 43.c y 45.e, ley de facto 22.285/80, derogados por art. 65, Ley 23.696), máxime en casos de los mega *media* (poderosos grupos de comunicación en TV, diarios, cine, informática, cable, telefonía, etc.).

8.7.2. Derecho de réplica:

8.7.2.1. Implícito en el artículo 33 CN y expreso en el artículo 14.1 C. A. D. H., aunque sólo hable de derecho de rectificación (para corregir un error) o respuesta (contestar a agravios o manifestaciones que a uno le conciernen aun sin agravios). La jurisprudencia suprema ha discutido sobre si está comprendido este derecho en sentido amplio (responder a ideas, doctrinas u opiniones, aun sin afectación o alusión personal alguna) y también sobre la operatividad de dicha norma, atento a que desde su incorporación al derecho argentino en 1984 (Ley 23.054) no ha sido reglamentado. Al respecto debemos distinguir dos etapas:

8.7.2.2. Hasta el año 1992:

8.7.2.2.1. Caso “Sánchez Abelenda” –1988– (F. 311:2553):

Hechos: el actor promovió amparo contra Ediciones de la Urraca SA con la mera invocación de la C. A. D. H. en razón de haber sido mencionado en 1985 en la revista *El Periodista* (que aquélla editaba) vinculado a un complot contra el gobierno nacional. Pretendía que se condenara a la demandada a publicar en dicho semanario la rectificación correspondiente.

Sentencia de la Corte: rechaza lo solicitado con cita expresa del caso “Costa” (ver su nota más abajo) en lo relativo a la no operatividad de la norma implicada. Agregó que toda restricción a la prensa debía estar expresamente prevista en una norma sancionada por el Congreso y, por tanto, no podía ser encuadrado el derecho de rectificación en el artículo 33 de la CN.

8.7.2.2.2. Caso “Ekmekdjian c/Neustadt y otros” –1988– (F. 311:2497):

Hechos: el actor interpone amparo para replicar (con base en el artículo 14.1, C. A. D. H.) consideraciones políticas vertidas por el ex presidente Frondizi en un programa televisivo (*Tiempo Nuevo*), ante la negativa de sus conductores a otorgarlo.

Sentencia de la Corte: rechaza tal pretensión con los argumentos

del caso “Costa” (no operatividad del Pacto) y del caso “Sánchez Abelenda” (no inclusión de tal derecho en el art. 33, CN), a pesar de que en el caso en análisis no había un agravio personal al actor.

Comentario a los fallos de la primera etapa: vale destacar las diferencias entre ambos casos, ya que en “Sánchez Abelenda” se trataba de la afectación individual de quien solicita rectificación por habérselo involucrado en hechos delictivos, aunque la justicia lo había desvinculado de tales circunstancias. En cambio, en el caso “Ekmekdjian” la afectación radicaba en su mero carácter de ciudadano. Sin embargo, el hilo conductor de la Corte es desconocer el derecho invocado con un supuesto fundamento en el Pacto y en la Constitución. Esto implica desvirtuar la sustancia de este derecho cuyo ejercicio debe admitirse a todo afectado (en particular o en general) por el ejercicio abusivo de otros derechos, si no se quiere fundar el sistema institucional en la desigualdad.

8.7.2.3. *A partir del año 1992:*

8.7.2.3.1. Caso “Ekmekdjian c/Sofovich y otros” –1992– (F. 315:1492):

Hechos: el actor interpone un amparo para replicar, esta vez en su carácter de católico militante, por sentirse agraviado por las expresiones vertidas sobre Jesucristo y la Virgen María por el escritor Dalmiro Sáenz en el programa televisivo *La Noche del Sábado* que conducía el accionado. Rechazado en las instancias de grado, llega al Alto Tribunal.

Sentencia de la Corte: la mayoría modifica la jurisprudencia anterior y reconoce el derecho de réplica al condenar a Sofovich a dar lectura parcial de las opiniones del actor en la primera audición del programa que en ese momento conducía. Merecen destacarse las siguientes cuestiones: a) el derecho de réplica es un medio apto que consagra el artículo 14.1 de la C. A. D. H. para conjugar la libertad de expresión con una adecuada protección de los derechos personalísimos y para equilibrar el poder de los medios con la aptitud de cada individuo para reaccionar frente al avance de aquéllos; b) respecto de la jerarquía de tratados internacionales, con fundamento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (aprobada por ley de facto 19.865), reconoce primacía al derecho internacional

convencional sobre la legislación interna, modificando su vieja doctrina (ver principio de supremacía); c) en relación a la operatividad del artículo 14.1 remitimos a nuestro comentario sobre este caso en operatividad de la C. A. D. H. en clasificación de normas constitucionales, y d) sobre la legitimación del actor, se le reconoce una suerte de representación colectiva, en el caso, de todos los católicos (para este análisis ver amparo colectivo en subprincipio de control).

Comentario al fallo: en este caso histórico, la réplica no aparece como restricción a la libertad de prensa (doctrina anterior de la Corte) sino como un enriquecimiento del ejercicio de esa libertad en favor de los ciudadanos. Superado el escollo de la operatividad o no, el derecho de réplica prosigue su desarrollo en torno a su alcance: quién puede interponerlo (el afectado directo o cualquier agraviado), y contra qué (sólo para inexactitudes o agravios o también contra ciertas opiniones).

8.7.2.3.2. Caso “Conesa Mones Ruiz” –1996– (F. 319:459): el actor dedujo un amparo para que el diario *Pregón* de Jujuy publicara su rectificación a una noticia difundida por dicho medio que agraviaba su persona; el superior tribunal local no hace lugar. La Corte, cuatro años después del segundo caso “Ekmekdjian”, ratifica su doctrina de la operatividad del artículo 14.1 C. A. D. H. y hace lugar a lo solicitado mandando a dictar un nuevo pronunciamiento, el que finalmente es dictado y queda firme en 1998 cuando la Corte, en su última intervención en la causa, rechaza el recurso extraordinario interpuesto por el periódico provinciano.

8.7.2.3.3. Caso “Petric c/Página/12” –1998– (F. 321:885):

Hechos: en una nota publicada en el citado diario en 1993 se atribuye a Petric el carácter de asesor presidencial y que reclutaba mercenarios para la guerra de Bosnia-Herzegovina. El demandante, ante la negativa del periódico de otorgar la rectificación, la solicita por vía de amparo pues, con excepción de su colaboración honoraria en la representación de Croacia (una de las partes en el conflicto bélico), todo lo demás sería falso.

Sentencia de la Corte: por mayoría se rechaza el planteo del medio gráfico a través del voto de Petracchi-Bossert-López al que se suman cinco votos particulares. Los primeros hacen lugar a la réplica solicitada destacando que en el presente no se trata de un “choque de opuestas

concepciones ideológicas”, meramente opinables (mundo de las ideas, creencias o conjeturas), ajeno al derecho de rectificación, sino simplemente de datos eminentemente fácticos, pertenecientes al mundo de lo comprobable (c. 6 y 9). Similar distinción parecen hacer Nazareno (c. 9) y Boggiano (c. 10) al tener en cuenta que el asunto se refiere a “aspectos fácticos”. El voto mayoritario rechaza expresamente el agravio del diario que pretendía reducir la rectificación o respuesta a los medios estatales siempre que no fueran gráficos, pues cuando el artículo 14.1 C. A. D. H. habla de los medios “legalmente reglamentados” no se refiere ni a su propiedad ni a su carácter (c. 6). Por último, los ocho ministros desestiman el planteo de la supuesta inconstitucionalidad del citado artículo 14.1 (se obligaría al diario a publicar lo que no deseaba publicar, en transgresión a los arts. 14 y 32, CN) examinado a la luz de la jerarquía constitucional otorgada por el nuevo artículo 75, inciso 22, párrafo 2° CN: cinco jueces se plantean la necesidad de analizar la concordancia entre el derecho de rectificación (el voto de la mayoría concluye que atento al alcance dado al derecho de rectificación y respuesta, éste no está reñido con la libertad de expresión y, además, procura proteger el derecho al honor y a la intimidad, y, por su parte, tanto Nazareno como Vázquez incluso afirman que la réplica enriquece a la libertad de expresión); en cambio, los tres restantes descartan de plano toda posibilidad de incompatibilidad entre tratados constitucionalizados y Constitución (el voto de Moliné y Boggiano, por remisión a su postura sentada en los casos “Monges” y “Chocobar”, ambos de 1996, y el voto de Fayt al afirmar que los “inconvenientes interpretativos” que pudieran existir entre la C. A. D. H. y la Constitución se zanjaron definitivamente por el artículo 75, inciso 22 CN, por lo que la libertad de prensa debe interpretarse armónicamente con las disposiciones de los tratados de derechos humanos para maximizar la eficacia de todas esas normas).

Disidencia de Belluscio: mantiene la línea de la Corte previa al año 1992 acerca de su no operatividad (c. 3), y agrega que luego de la reforma de 1994, todos los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional son “normas de segundo rango” (sólo prevalecen sobre las normas ordinarias) y así declara la inconstitucionalidad de la réplica

del artículo 14.1 C. A. D. H. por considerarlo incompatible con la libertad de prensa (c. 7) e incluso por “antidemocrático” (c. 6).

Comentario al fallo: por un lado se consolida y desarrolla la línea iniciada en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” en relación al derecho de réplica: todos los votos de la mayoría ratifican la operatividad del artículo 14.1 del Pacto, y en especial se pronuncian expresamente sobre su compatibilidad con el artículo 14 CN luego de la reforma de 1994, a excepción de la solitaria disidencia de Belluscio tan elogiada por la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (para este tema ver bloque de constitucionalidad en principio de supremacía). Empero, en relación al alcance del derecho de rectificación o respuesta (cuándo, por qué y hasta dónde procede), el caso “Petric” parece dejar en un cono de sombra la extensión que se le dio en el caso “Ekmekdjian” al reducirlo doblemente:

- a) No procede contra opiniones divergentes sino sólo ante datos inexactos o agraviantes como textualmente dice el Pacto, y
- b) sólo procede contra sujetos directamente aludidos y afectados (ídem disidencia de Moliné-López en el caso “Rozenblum” –1998–, F. 321:2314).

8.7.3. Derecho a preservar su honra y su intimidad:

8.7.3.1. Estos derechos personalísimos funcionan como límites del ejercicio de la libertad de prensa, en la medida en que por su intermedio se puede ofender tanto la honra como la intimidad de los informados. Como ya dijimos, lo que prohíbe la Constitución es la censura previa, pero no tolera la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos, es decir, que todo exceso está sujeto a responsabilidades ulteriores (art. 13.2, C. A. D. H.).

8.7.3.1.1. El conflicto entre la intimidad y la libertad de prensa ya fue abordado al estudiar los derechos personalísimos a través del *leading case* “Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida” de 1984. Con respecto a la protección de la honra y la intervención judicial preventiva, ya fue estudiado en censura previa (casos “Servini de Cubría” y “Martorell”). Aquí nos ocupamos solamente de la responsabilidad civil o penal por ofensas al honor.

8.7.3.2. *Responsabilidad del editor:* en el caso “Eduardo Pérez”

–1963– (F. 257:308) la Corte dijo que la libertad de prensa protege al editor (R. Bortnik), a quien absuelve frente a la sanción penal que había sufrido por la mera inserción en su periódico (*Avanzada* de Bahía Blanca) de una carta abierta, sin tomar partido en ella ni agregarle su propia opinión, a pesar de que dicha solicitada fuera declarada injuriosa respecto de su autor.

8.7.3.3. *La figura penal del desacato*: una inadmisibles limitación a la libertad de prensa lo constituía el delito de desacato que privilegiaba a los funcionarios públicos respecto del resto de las personas a la hora de la defensa penal de su honor. Para esta injuria especializada por la calificación del sujeto pasivo se preveía una pena mayor a la figura general de la injuria por ofenderse el honor de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Veamos dos casos de la Corte Suprema sobre este delito, el último vinculado a la derogación del desacato como figura delictiva del Código Penal (ex art. 244) a partir de la solución amistosa en sede internacional que también se comenta. Para relacionar esta figura penal con el “desacato” parlamentario ver en el capítulo del Poder Legislativo prerrogativas colectivas.

8.7.3.3.1. Caso “Moreno” –1967– (F. 269:200): la Corte declaró que es esencial manifestación de la libertad de prensa el ejercicio de la libre crítica a los funcionarios por razón de los actos de gobierno. Así sucedió cuando el semanario *Primera Plana* publicó una carta dirigida al director J. Timermann firmada por A. Moreno referida al secuestro judicial de la película *El silencio* que decía: “...aquellos que tienen la potestad sobre la moral y las buenas costumbres de nuestra ciudad, nunca han dicho nada sobre la inmundicia de cada esquina de Buenos Aires donde se exhiben revistas obscenas. Tampoco hicieron nada contra un cine [...] donde proyectaban filmes pornográficos. Si toda esta inmoralidad tiene vigencia en nuestra ciudad, y a una obra de arte con trasfondo religioso se la proscribiera, significa el triunfo de la obscenidad que tiene, en esta justicia sin ojos, su brazo ejecutor”. La Corte no consideró desacato dicha publicación, pues sólo revelaba una discrepancia de criterio, insusceptible de deshonestar, desacreditar u ofender en su dignidad a los jueces. Resulta interesante destacar la temprana mención que hace el tribunal del caso “New York Times vs. Sullivan” de la Corte de los EE. UU. que tanta re-

levancia tendría posteriormente en la jurisprudencia de nuestro país respecto de la doctrina de la real malicia.

8.7.3.3.2. Caso “Verbitsky” –1992– (no publicado en *Fallos*; J. A. 1992-II-62):

Hechos: el juez de la Corte Belluscio inició una acción privada de injurias contra el periodista H. Verbitsky por la publicación de un artículo de su autoría en el diario *Página/12* en 1988 en el cual se refería al accionante utilizando la expresión “asqueroso”, haciendo referencia a una entrevista dada por el juez en la cual éste habría manifestado que el proyecto para ampliar el número de miembros de la Corte (en ese entonces: de cinco a siete) le daba asco. La jueza interviniente convirtió la primigenia acción privada en acción pública de desacato y condenó a Verbitsky por tal delito, lo que fue confirmado por la Cámara.

Sentencia de la Corte: ésta, ya con nueve miembros desde 1990, declaró inadmisibile el recurso extraordinario por aplicación del instituto del *certiorari* con la sola mención del artículo 280 CPCC (texto reformado por Ley 23.774).

Solución amistosa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –1994– (caso 11.012): agotados todos los recursos de jurisdicción interna (art. 46.1.a, C. A. D. H.), el periodista denuncia a la Argentina ante la Comisión, por entender que la figura del desacato (ex art. 244, CP) violaba los artículos 8º (imparcialidad e independencia de los jueces), 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana. Después de varias reuniones las partes llegaron a una solución amistosa (art. 48.1.f, y art. 49) cuyo efecto principal fue la derogación del delito de desacato por Ley 24.198.

8.7.3.4. *Responsabilidad por informaciones inexactas*:

8.7.3.4.1. Caso “Campillay” –1986– (F. 308:789):

Hechos: varios diarios (*La Razón*, *Crónica* y *Diario Popular*) publicaron un comunicado de la Policía Federal que involucraba al actor en la comisión de diversos delitos. Poco después, Campillay fue sobreseído en sede penal de los hechos que se le atribuían, razón por la cual demanda por daños y perjuicios derivados de la publicación de la noticia errónea.

Sentencia de la Corte: la mayoría (Belluscio-Petracchi-Bacqué) confirma la condena civil a los medios demandados por un ejercicio imprudente del derecho de informar que impone propalar la información verificando su exactitud, y en caso de imposibilidad, identificar la fuente, utilizar el verbo en tiempo potencial o reservar la identidad de los implicados (c. 7).

8.7.3.4.2. Caso “Costa” –1987– (F. 310:508):

Hechos: un funcionario municipal fue filmado por un canal de TV en momentos en que conversaba con un vendedor ambulante, al que luego se entrevista, de donde se extrajo la conclusión de que aquél había requerido el pago de una suma de dinero (cohecho). Por esa difusión, la Municipalidad de Buenos Aires deja cesante a Costa, quien luego es sobreseído del delito que se le imputa e inicia demanda civil solicitando daño moral y que se publique la sentencia condenatoria.

Sentencia de la Corte: la misma mayoría del caso “Campillay” hace lugar a la reparación pero no al pedido de rectificación por considerar que la C. A. D. H. “no ha sido aún objeto de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno”, y la no aplicación del artículo 1071 bis del CC en tanto no se ha perturbado su intimidad, sino su honor. Reitera la doctrina mayoritaria del caso “Campillay”; cita el caso “New York Times” de los EE. UU. para distinguir según la calidad del sujeto pasivo de la difamación: entre el funcionario público y el ciudadano privado, confiriendo una protección más amplia a este último.

Comentario a ambos fallos: compartimos la doctrina de la Corte pues ella inaugura una línea que perfila mejor la responsabilidad de la prensa, frente a una posición de impunidad que dejaría indemnes el buen nombre y honor de los ciudadanos. En cambio, aparece como criticable la declaración de la mayoría en el caso “Costa” sobre la no operatividad en nuestro país del derecho de réplica, finalmente superada como vimos más arriba. El *leading case* “Campillay” sobre responsabilidad civil derivada de noticias inexactas es reiterado, por la Corte ampliada, en los casos “Triacca c/La Razón y otros” de 1993 (F. 316:2416) y “Espinoza c/Herrera de Noble” de 1994 (F. 317:1448),

y, en el año 1996, extendida a la responsabilidad penal en el caso "Acuña" (F. 319:2959 y 2965).

8.7.3.5. *Doctrina de la real malicia:*

8.7.3.5.1. Es una creación de la Corte de los EE. UU. a partir del caso "New York Times vs. Sullivan" de 1964, receptada por la Corte argentina en la última década del siglo XX. Dicha doctrina procura dar un tratamiento más protectorio al derecho de informar cuando colisiona con el derecho al honor de personas públicas y por asuntos de interés público; reconoce a esas especiales informaciones una suerte de presunción de legitimidad y la inversión de la prueba en cabeza del demandante o querellante. En concreto, impone a quien solicita reparación civil o penal por ser aludidos en medios informativos en los casos recién señalados, la carga de probar no sólo la falsedad de la manifestación que impugnan (como en cualquier otro caso), sino también que ha sido hecha con conocimiento de su falta de veracidad o con temerario desinterés por averiguar la verdad o con ánimo de ofender. En suma, esta doctrina introduce un estándar atenuado de responsabilidad pero de aplicación circunscripta a la esfera pública (por la calidad del personaje y/o el contenido de la información) para asegurar el libre debate en una sociedad democrática.

8.7.3.5.2. Luego de la pionera y breve mención de esta doctrina hecha por nuestra Corte Suprema en 1967 en el ya citado caso "Moreno", es invocada frecuentemente por varios ministros de la Corte a partir de su ampliación en 1990, sin perjuicio de su acierto o error ante las disímiles circunstancias fácticas a las que se pretendió aplicarla. En efecto, en el caso "Vago c/Ediciones de la Urraca" de 1991 (F. 314:1517) aparece a través del voto de Fayt-Barra, donde se destaca que se aplica a funcionarios públicos y a figuras públicas, aun particulares, que hubieran intervenido en cuestiones de interés público, y que no ampara la injuria, la falsedad ni la mentira (c. 11/12). Al año siguiente, en el caso "Abad s/Calumnias e injurias" (F. 315:632), la disidencia de Fayt-Barra-Cavagna destaca que la doctrina de la real malicia pretende evitar la autocensura de la prensa, de modo que si la publicación es realizada de buena fe y sin dolo, aquélla se privilegia aun cuando las cuestiones principales puedan no ser ciertas (c. 6/7). Es decir, que se extiende su aplicación al ámbito de la responsabilidad

penal, línea reiterada en el voto de Barra-Fayt-Moliné en el caso “Ramos” –1993– (F. 316:2548), y disidencia de Fayt-Petracchi-Boggiano en el caso “Suárez c/Cheraschny” –1995– (F. 318:823).

8.7.3.5.3. A su vez, el ministro Vázquez ha invocado expresamente la doctrina en estudio: en 1996, con. 16/17 del caso “Morales Solá s/Injuria” (F. 319:2741), y con. 16/22 del caso “Gesualdi c/Cooperativa de Periodistas s/Daños” (F. 319:3085); en 1998, con. 9/10 del caso “Rudaz Bissón c/Editorial Chaco SA s/Daños” (F. 321:667). También, los ministros Fayt-Boggiano: en 1997, con. 9 del caso “Pandolfi c/Rajneri s/Injuria” (F. 320:1272); en 1998, con. 6/10 del caso “Kimel” (F. 321:3596).

8.8. Jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso “Patito c/La Nación y otros” (sentencia del 24 de junio de 2008, comentada en *La Nación* del 30 del mismo mes). Se trata de un verdadero *leading case* en materia de “real malicia” por la amplitud del Alto Tribunal para aplicar dicha doctrina en un caso que trataba sobre una nota de opinión publicada en *La Nación* criticando la actuación de funcionarios públicos, en el caso relativa a la posible existencia de graves irregularidades en el Cuerpo Médico Forense.

8.8.1. En definitiva es muy importante que la Corte se haya expedido contra varios de sus propios funcionarios, pues el cuerpo pericial depende del Alto Tribunal. Como bien señala el editorial de *La Nación*, la sentencia colabora en mejorar la mala imagen que, muchas veces sin fundamento suficiente, tiene la Justicia, así como el espíritu corporativo que se le atribuye. Interesa saber, asimismo, que la investigación periodística determinó otra de carácter judicial donde unos treinta médicos vinculados al caso fueron sobreseídos: ello motivó que los médicos querellaran al redactor, así como al diario. Se debe destacar que el hecho de haberse producido el sobreseimiento de los médicos no puede implicar quitarle valor a lo hecho por el diario, porque la libertad de prensa es, en esencia, eso: un control público sobre los gobernantes, para que se cuiden de cometer ilícitos o caigan en mal desempeño en sus funciones, afectando la eficiencia que tiene que tener la administración pública; por supuesto que también es un control de posibles actos de corrupción.

8.8.2. Otra cosa importante es que el mismo día de la sentencia la Corte ordenó efectuar una auditoría en el Cuerpo Médico Forense,

dando por finalizadas las funciones del presidente del órgano. Se debe destacar la importancia que tienen los dictámenes médicos forenses, pues si bien ellos no son vinculantes, para que un juez se aparte de ellos debe producir una fundamentación muy consistente, para evitar incurrir en arbitrariedad de sentencia. Es por eso que el país, lo destaca *La Nación*, debe contar con un cuerpo de peritos oficiales de gran idoneidad y que trabaje con la máxima seriedad y objetividad.

8.8.3. En su sentencia la Corte puso en claro lo que significa una “opinión” en la convivencia social, así como sus posibles efectos en materia jurídica. Dijo el Alto Tribunal que “toda expresión que admita ser clasificada como una opinión por sí sola, no da lugar a la responsabilidad civil o penal. Los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor”. Agregó la Corte que ello es especialmente relevante cuando los debates se vierten en torno a asuntos de interés público, de gobierno o referidos a funcionarios públicos. Con esos fundamentos la Corte revocó la sentencia del tribunal de alzada que había condenado al periódico. Invocando jurisprudencia internacional la Corte Suprema argentina amplió la aplicación de la real malicia, al extenderla también a una nota de opinión.

Por otra parte, en el caso “Baquero” (sentencia del 14 de octubre de 2003) la Corte se expidió a favor de la protección de la libertad de prensa, haciendo invocación de la doctrina de la real malicia, en forma compatible con la doctrina general que ya hemos reseñado.

8.8.4. El caso “Amado Menem”: improcedencia de la doctrina de la real malicia. En este caso donde el actor demandó por daños al diario *La Voz del Interior* de Córdoba (sentencia del 5 de agosto de 2003), el diario había publicado que el actor, incluyendo su fotografía, había cobrado cheques emitidos por un prestamista que manejaba una mesa de dinero. Pero el caso es que se probó que se trataba de una persona homónima, razón por la cual el afectado inició acción por daño moral. En las instancias inferiores la pretensión fue rechazada. En cambio la Corte la receptó, sosteniendo que en el caso no resultaba adecuada la doctrina de la real malicia, dado que el actor no era un funcionario público ni tampoco persona pública, porque dicho estándar está concebido para los casos en que quienes piden reparación están comprometidos en temas de interés general.

8.9. Poder de policía y jurisdicción en materia de prensa (art. 32, CN):

8.9.1. Las dos cláusulas constitucionales que consagra el artículo 32 (incorporado en 1860) se vinculan con la libertad de prensa del artículo 14 CN, pero refiriéndose sólo a un aspecto de ésta (la prensa escrita). En efecto, al utilizar la expresión “*libertad de imprenta*”, la doble prohibición al gobierno federal no alcanza a los otros medios o formas de comunicación o expresión: radiodifusión, televisión y cine. Al impedirse ciertas competencias al gobierno federal, el artículo 32 CN también se vincula con la distribución de poderes entre la Federación y las provincias (para ello remitimos al capítulo de Estado federal).

8.9.2. Primera cláusula del artículo 32 CN:

8.9.2.1. La norma comienza diciendo que “*El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta*”. Ello significa que las provincias se han reservado la reglamentación de la libertad de imprenta, esto es, que al poder de policía sólo lo pueden ejercer los gobiernos locales (de provincias o de la Ciudad de Buenos Aires), pero no el gobierno federal (ver en principio de limitación el carácter local del poder de policía). En cambio, en virtud de la reforma de 1994, se habilita al Congreso Nacional a dictar leyes que protejan los medios audiovisuales (art. 75, inc. 19, párr. 4º, CN).

8.9.2.2. El Congreso federal puede incriminar como delitos a las actividades que considere convenientes, sea cuando utilicen a la imprenta como medio para cometer el delito o como objeto en sí del mismo (delitos de imprenta); ello porque cuando la Constitución le prohíbe al Congreso restringir la libertad de imprenta está apuntando al poder de policía (limitación de los derechos) y no a la sanción de la conducta (incriminación de delitos).

8.9.2.3. Sin embargo, la Corte Suprema no siempre admitió esta interpretación:

8.9.2.3.1. *Hasta 1970*: la jurisprudencia de la Corte sostuvo que eran las leyes locales (provinciales o para la Capital) las que debían definir los delitos de imprenta y determinar los caracteres que los constituían (caso “*Eliseo Acevedo*” –1886–, F. 30:128), y que los delitos que utilizan la prensa como instrumento, incriminados por el

Código Penal, debían ser incorporados por cada provincia en su legislación local sobre la materia para que tengan vigencia localmente (caso “Segovia c/Orellana” –1918–, F. 128:175). Esta jurisprudencia era errada, pues confundía la prohibición de “restringir”, prevista en el artículo 32 CN, con la de “reprimir” no establecida en esa disposición. Empero, en el caso “Laforest” –1866– (F. 3:371) ya había sentado un aislado precedente de lo que se decidiría correctamente después: el Congreso –dijo– puede dictar leyes que no restrinjan la libertad de imprenta y “que definan sus delitos”, “declarar delito de imprenta a la injuria, a la calumnia y a la incitación a la traición no es restringir la libertad de imprenta”.

8.9.2.3.2. *A partir de 1970*: en el caso “Batalla” (F. 278:62), la Corte orientó correctamente su jurisprudencia y sostuvo que, con prescindencia del medio empleado (prensa u otro), la represión de todos los delitos comunes es atribución del Congreso (ex art. 67, inc. 11, actual art. 75, inc. 12, CN); de lo contrario, podría haber tantas leyes especiales sobre prensa como provincias, y podría darse el caso de que una misma acción fuere delito en una jurisdicción y en otra no.

8.9.3. *Segunda cláusula del artículo 32 CN:*

8.9.3.1. La última parte de la norma, cuando dispone que el Congreso federal no puede establecer “*la jurisdicción federal*” sobre la libertad de imprenta, quiere significar que no cabe la intervención judicial federal en la aplicación de la reglamentación relativa a la libertad de imprenta. Esta interpretación le otorga coherencia total al artículo 32, pues si no está permitida la restricción del derecho por parte del Congreso federal, tampoco debe admitirse que las restricciones dispuestas por los gobiernos locales sean controladas por la justicia federal. Ello no significa que el Congreso no pueda establecer la jurisdicción federal sobre determinados delitos federales y reservar a los jueces locales la aplicación de los delitos comunes.

8.9.3.2. Sin embargo, la Corte Suprema le ha otorgado una interpretación fluctuante a esta disposición:

8.9.3.2.1. En 1864, en el caso “Argerich” (F. 1:130), quien había agraviado por la prensa al jefe de policía de Capital, la Corte confirmó la declinatoria de la jurisdicción federal dispuesta por el juez de sección que sostuvo que los delitos de imprenta escapaban a la misma.

8.9.3.2.2. Pocos meses después, en el caso “Calvete” (F. 1:297 y 340), quien habría agraviado por la prensa al senador nacional Piñero, sin modificar la jurisprudencia de “Argerich”, se hace excepción a la misma y se declara la jurisdicción federal para conocer acerca del presunto delito por estar en juego la inmunidad de los legisladores nacionales prevista en la propia Constitución (ex art. 60).

8.9.3.2.3. En 1866, en el caso “Laforest” (F. 3:371), acusado de delito grave contra la Nación a través de la prensa, y en 1888, en el caso “Aguilera” (F. 33:247), quien injurió por la prensa al diputado nacional Gorostiaga, la Corte desechó la jurisdicción federal, ratificando la posición del caso “Argerich” aun tratándose de delitos que afecten a la Nación o a legisladores nacionales.

8.9.3.2.4. En 1932, en el caso “La Provincia” (F. 167:121), en el que el editor del diario santafesino fue acusado de desacato y de rebelión contra las autoridades nacionales, la Corte hace lugar a la jurisdicción federal por excepción, como ya lo había hecho en el caso “Calvete”. Sostuvo que de lo contrario no es comprensible que el delito de desacato contra el presidente de la Nación por medio de la palabra hablada sea juzgado por la justicia federal y no pueda serlo si se comete por medio de la prensa. Ésta es la jurisprudencia imperante hasta nuestros días en materia de jurisdicción sobre delitos cometidos por la imprenta: corresponde a la jurisdicción federal cuando está en juego algún bien federal.

9. Derecho de propiedad:

9.1. Bajo la terminología “*de usar y disponer de su propiedad*” aparece en el artículo 14 CN consagrando uno de los derechos más protegidos por el constitucionalismo clásico; tanto es así que es el único de los derechos enumerados en dicha norma que vuelve a aparecer con una regulación especial: el artículo 17, donde se lo califica de “inviolable” (el art. CXXIII de la Constitución argentina de 1819 le agregaba “sagrado” al igual que el famoso art. 17 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789). Incluso, a fin de aventar toda duda, el artículo 20 CN insiste redundantemente (pues ya surge del propio art. 14) en reconocerlo también para los extranjeros con la reducida fórmula de “*poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos*”.

9.2. Dentro de los instrumentos internacionales con rango constitucional sólo aparece en las Declaraciones (Americana y Universal) y en la C. A. D. H. En la primera, en una particular disposición, se sostiene que “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar” (art. XXIII); en la segunda Declaración, en una breve disposición se realiza una trascendente ampliación al decir que “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” (art. 17.1); en tanto que la Convención citada se refiere a la propiedad como el “derecho al uso y goce de sus bienes” que tiene toda persona (art. 21.1).

9.3. Nuestra Constitución como expresión del constitucionalismo del siglo pasado no contiene un capítulo específico que las modernas constituciones denominan del orden económico-social. De ahí resulta que el derecho de propiedad opera como eje de los demás derechos patrimoniales, tanto los enumerados expresamente (ejercer industria lícita, comerciar y navegar dentro del art. 14, CN; poseer, comprar y enajenar bienes raíces, y testar dentro del art. 20, CN), como los que surgen implícitamente (libre iniciativa de la actividad económica). Respecto a la llamada libertad de contratación, también derivación directa del derecho de propiedad, es reconocida por la reforma de 1994 al consagrar los derechos que protegen a los consumidores y usuarios (art. 42, CN), que estudiamos dentro de los derechos colectivos.

9.4. La Constitución, al garantizar el uso y disposición de la propiedad, no protege el abuso que el propietario haga de la misma. Es decir, que la mentada inviolabilidad de la propiedad no implica la negación de cualquier razonable limitación que pueda disponer el Estado en ejercicio del poder de policía (arts. 14 y 28, CN). La llamada función social de la propiedad (incorporada expresamente en la reforma constitucional de 1949 en el Capítulo IV de la Primera Parte denominado *La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica*, en los arts. 38, 39 y 40) no se encuentra en la letra de la Constitución, aunque no por ello deja de tener virtualidad en nuestro ordenamiento jurídico, que de ninguna forma admite derechos absolutos (nos remitimos para ello al desarrollo de ese tema efectuado con motivo del poder de policía tanto en épocas de normalidad como de emergencia).

9.5. Además, a partir de la reforma constitucional de 1994, la tradicional propiedad privada podría asumir una fisonomía diferente: por los nuevos límites que debe respetar cuando se comprometa el medio ambiente (art. 41, párr. 1º, CN); por el reconocimiento a los pueblos indígenas de la propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17, párr. 2º, CN), y por la admisión de la propiedad colectiva del artículo 17 de la D. U. D. H.

9.6. El concepto constitucional de propiedad es más amplio y comprensivo que el que corresponde al derecho de propiedad civil. En efecto, este último se refiere exclusivamente al derecho real de dominio (aquel “en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”, arts. 2506 y ss., CC). En tanto que la propiedad desde el punto de vista constitucional comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad”, como lo dijo la Corte ya en el año 1925 en el caso “Bourdie” (F. 145:307).

9.6.1. De este modo, el concepto constitucional, además del derecho real de dominio, también comprende:

9.6.1.1. *Los demás derechos reales*: condominio, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda y anticresis (art. 2503, CC).

9.6.1.2. *Los derechos creditorios*: que emanan de los contratos, sean civiles, comerciales o laborales.

9.6.1.3. *Los derechos intelectuales*: todo autor es propietario exclusivo de su obra por el término que le acuerde la ley (art. 17, parte 5ª, CN); además el Congreso debe proteger la libre creación y circulación de las obras del autor (art. 75, inc. 19, párr. 4º, CN). La propiedad intelectual tiene la característica, entonces, de no ser perpetua, sino limitada en el tiempo: la propiedad de la obra (científica, literaria y artística) pertenece al autor durante su vida; muerto el autor la obra pasa a sus herederos hasta 70 años después (Ley 24.870, modificatoria de la Ley 11.723). La Ley 25.006 de 1998 dispuso: para las obras fotográficas: 20 años desde la primera publicación y para obras cinematográficas: 50 años a partir del fallecimiento del último colaborador. A su vez, la Ley 25.056 incorporó a la protección de la Ley 11.723 los programas informáticos.

9.6.1.4. *Los derechos emergentes de patentes y marcas de fábrica*: la propia Constitución establece que el inventor es propietario exclusivo de su invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley (art. 17, parte 5ª, CN). Así, la propiedad industrial también está limitada temporalmente. Durante mucho tiempo se excluyeron ciertos rubros de esta protección, como por ejemplo las composiciones farmacéuticas (la derogada ley 111, art. 4º), lo que fue convalidado por la Corte (caso “American Cyanamid Company” –1970–, F. 278:313).

9.6.1.5. *Los derechos previsionales*: que ya forman parte del patrimonio del beneficiario.

9.6.1.6. *Los derechos provenientes del efecto liberatorio del pago*: siempre que el pago haya sido efectuado de acuerdo con la ley vigente al momento de hacerlo efectivo (caso “Braumuller” –1948–, F. 211:576), o de acuerdo a las cláusulas de un convenio colectivo vigente (caso “Olmos” –1961–, F. 250:101). En materia laboral, el pago tiene efectos liberatorios si se dan los siguientes requisitos: que haya sido recibido sin protesta o reserva, y que hayan transcurrido cuatro meses entre la fecha del pago y de la cesación en el trabajo y la iniciación del juicio (caso “Szorek” –1963–, F. 255:117).

9.6.1.7. *Los derechos adquiridos*: según uniforme jurisprudencia de la Corte, debe entenderse por tales aquellos definitivamente incorporados al patrimonio de la persona (caso “Estévez” –1937–, F. 178:431), lo que se produce a través de diversos supuestos:

9.6.1.7.1. *Derechos adquiridos por sentencia firme*: la fuerza de la cosa juzgada hace que los derechos por ella reconocidos integren el patrimonio (casos “Mango” –1925–, F. 144:220; “Orlando” –1944–, F. 200:411, y “Roger Balet” –1947–, F. 209:405); también, todo acto procesal cumplido válidamente en un juicio integra la propiedad de aquel a quien beneficia y no puede ser modificado por una nueva ley de procedimiento (caso “Prov. de Buenos Aires c/Lacour” –1944–, F. 200:180).

9.6.1.7.2. *Derechos adquiridos por imperio de una legislación anterior*: si bien la irretroactividad de la ley no penal no tiene rango constitucional sino legislativo (art. 3º, CC), a diferencia de la materia penal (ver en capítulo de garantías el estudio del *nullum crimen sine*

lege prævía), cuando la aplicación de una nueva ley afecta un derecho adquirido deviene inconstitucional por violación al derecho de propiedad (casos “Caffarena” –1871–, F. 10:427; “Horta” –1922–, F. 137:47; “Astrada” –1931–, F. 163:231, y “Saltamartini” –1936–, F. 176:22). Ello, a menos que se trate de una ley de orden público, pues nadie puede tener derechos irrevocablemente adquiridos frente a una ley de ese carácter (F. 209:405 y 221:728). Según la Corte, para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido –bajo la vigencia de la norma derogada o modificada– todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (F. 269:723; 298:472; 304:871; 314:481). En cambio, también ha dicho la Corte, no existe afectación de derechos adquiridos cuando la aplicación de la nueva norma tan sólo afecta los efectos en curso de una relación jurídica, aun nacida bajo el imperio de la ley antigua; es decir que la ley derogada sólo rige respecto de los actos o hechos ocurridos durante ese tiempo, y hasta la fecha en que entra en vigor la nueva ley (F. 306:1799). Con este entendimiento, para determinar cuál es la legislación aplicable en cada caso y si ello es constitucional o no, es necesario indagar el momento o la época en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, como lo ha hecho la Corte en diferentes pronunciamientos:

a) En el caso “Soltys” de 1947 (F. 207:70), la Corte declaró válido computar retroactivamente los servicios anteriores a la sanción de la ley, a los efectos de calcular el monto de la indemnización por preaviso en el despido.

b) En el caso “Castellano” de 1947 (F. 208:430), la Corte declaró constitucional la aplicación retroactiva del sueldo anual complementario, dispuesto por el decreto 33.302/45, en virtud de tratarse de una norma de orden público frente a la cual no hay derechos adquiridos.

c) También se declaró constitucional la retroactividad de normas que establecían el pago de retribución por accidente o enfermedad

(F. 178:58); la retribución por retiro voluntario (F. 208:454); la indemnización por muerte (F. 238:496).

d) Asimismo, es válida la aplicación retroactiva de nuevos impuestos, salvo caso de: pago liberatorio por el contribuyente; existencia de liquidación del tributo por el Estado; existencia de convenio, entre el particular y el Estado, acerca del pago del impuesto (caso “Gómez” –1962–, F. 252:219).

e) En el caso “Francisco Costa e Hijos Agropecuaria” de 1996 (F. 319:1915), la mayoría dispuso que no se debe aplicar la reforma de la Ley 24.432 al artículo 505 CC (que limita los honorarios que debe pagar el condenado en costas al 25%) con relación a trabajos profesionales realizados en un proceso con anterioridad a su vigencia, más allá de la época en que se practique la regulación (que tiene un mero carácter declarativo y no constitutivo del derecho). Al realizar el trabajo profesional nace una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida o modificada por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad del artículo 17 CN por afectar derechos ya nacidos y consolidados al amparo de una legislación anterior. Con un criterio diametralmente opuesto, las disidencias de Fayt-Boggiano en “Francisco Costa e Hijos” consideraron que las reformas sobre aranceles, por su carácter procesal, son de aplicación inmediata con independencia de cuándo se cumplieron los trabajos profesionales que dan lugar a las regulaciones practicadas en calidad de costas.

9.7. La facultad de disposición de la propiedad incluye, además del derecho a transmitir los bienes por actos entre vivos, la de hacerlo por disposición de última voluntad. La Corte ha declarado que este derecho integra el concepto constitucional de propiedad (caso “Gobierno de Italia” –1941–, F. 190:159). Reconocido en el artículo 20 de la CN como derecho de testar para los extranjeros, obviamente también alcanza a los nacionales, aunque en todos los casos con fuertes restricciones establecidas en el Código Civil. La especial característica de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas del artículo 75, inciso 17 CN (inenajenable e intransmisible), sin duda, implica una modificación en la tradicional regulación del Código Civil en materia sucesoria, con o sin testamento (ver el tema en derechos de incidencia colectiva).

9.8. El carácter inviolable de la propiedad reconocido al comienzo del artículo 17 se proyecta en específicas protecciones que se plasman a continuación:

9.8.1. “*La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada*” (art. 17, parte 2ª). El tema es estudiado en el poder de policía de prosperidad.

9.8.2. “*La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino*” (art. 17, parte 6ª, CN). La confiscación es el desapoderamiento de un bien de un particular por el Estado sin indemnización previa (sentido estricto) y cuando no se cumplen los requisitos constitucionales para la expropiación (sentido amplio). La no confiscatoriedad en materia impositiva se estudia como una de las bases constitucionales de la tributación dentro de los poderes exclusivos del gobierno federal.

9.8.2.1. Si bien la Constitución parece considerar a la confiscación como sanción penal, debe prevalecer el criterio de entenderla proscripta en todo sentido, aun al margen de un proceso penal.

9.8.2.2. La Corte ha tenido posición oscilante en este punto: se ha expedido por el criterio amplio con motivo de declarar la confiscatoriedad de los impuestos (F. 105:50) y de todo otro apoderamiento de bienes sin sentencia fundada en ley (F. 139:295). En el caso “Juan D. Perón” de 1957 (F. 238:76), el Alto Tribunal no le atribuyó carácter penal sino de sanción civil al apoderamiento por parte del Estado de los bienes del ex presidente, y le negó carácter confiscatorio.

9.8.2.3. La confiscación prohibida por la Constitución no alcanza al decomiso (desapoderamiento de las cosas que han sido producto o instrumento de un delito o contravención, para su eventual destrucción, enajenación o incorporación al patrimonio del Estado, según el caso). Ello, pues lo que se protege es la propiedad de origen legal.

9.8.2.4. La Corte también ha declarado que es confiscatoria una regulación de honorarios profesionales practicada “con notoria desproporción respecto del monto de condena” (caso “Jaskelson” –1966–, F. 266:171), en aplicación de la doctrina que sostiene que la validez constitucional de los honorarios regulados no depende solamente de la magnitud del juicio, sino también del mérito de la labor de que se

trata (por su jerarquía intrínseca o complejidad) o la responsabilidad profesional comprometida. Así, se revocó por vía extraordinaria de arbitrariedad la suma de una regulación de honorarios “desmesurada” por “labores simples” (caso “Geope” –1962–, F. 253:456).

9.8.2.5. En cambio, la Corte no aplicó la doctrina de la confiscatoriedad, sino la que inhibe las regulaciones sin referencia a las pertinentes disposiciones arancelarias, en el caso “Farías” –1969– (F. 274:122), al revocar una regulación de honorarios de un perito ingeniero que excedía en forma notoria el tope del 33% del valor en juego que era expresamente impuesto por una norma bonaerense (art. 22, dec. 6964/65) porque dicha base legal no había sido tenida en cuenta al momento de la regulación, lo que convertía en arbitrario el pronunciamiento. Por ello, no cabe invocar ese precedente para sostener que la Corte federal acepta ese porcentaje como pauta de la confiscatoriedad o no con referencia a la retribución de tareas judiciales correspondientes a distintas profesiones, como lo dijo incorrectamente la Suprema Corte bonaerense en el caso “Besada” de 1977 (E. D. 76-238), reiterado en otras causas de ese alto tribunal local (por ej. ver: E. D. 165-973).

9.8.2.5.1. *La confiscación en la historia de los Estados Unidos:*

a) Comencemos esta historia con la llamada “Rebelión del Whisky” en 1794, cuando los granjeros de Pensilvania se rebelaron contra los impuestos a esa bebida portando pancartas. Como respuesta el presidente Washington despachó quince mil soldados para obligar a los rebeldes a deponer las armas.

b) Los padres fundadores siguieron en la materia las enseñanzas de Adam Smith en su *Riqueza de las Naciones*, quien sostiene que “No es muy irrazonable que los ricos contribuyan a los gastos públicos, no sólo en proporción a sus ingresos, sino en relación a algo mayor” (Libro V, Capítulo II, citado por Carlos Escudé en *La Nación* del 2 de julio de 2008). Afirmo Escudé que “ésta es la premisa que subyace a la tributación progresiva auspiciada por [...] los presidentes Theodore Roosevelt, Woodrow Wilson y Franklin Roosevelt, quienes bregaron por el bienestar social capitalista”. Nosotros sostenemos esta posición cuando aplicamos “gestión social de calidad” para desburocratizar y consolidar el Estado social de Derecho.

c) Los ejemplos que en ese sentido pone Escudé son: el del republicano Theodore Roosevelt, para asimilar su partido al progresismo demócrata; el de Wilson, quien no sólo incrementó progresivamente los impuestos a los ingresos y a la herencia, sino que financió la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial.

d) También recuerda Escudé que el impuesto a las ganancias excesivas durante ambas guerras mundiales y la de Corea establecía una tasa de retorno “normal” para las producciones cuyo precio había aumentado extraordinariamente. A las ganancias que superaban ese umbral se les cobraba un impuesto adicional progresivo, que llegó en 1917 al 65% sobre las ganancias superiores en un 30% a las que fueran normales.

e) En plena depresión económica, el demócrata Franklin D. Roosevelt, sostiene Escudé, resurgió la tendencia distribucionista: en 1935 creó un sistema de seguridad social; en 1936 implantó un impuesto progresivo a las ganancias corporativas no distribuidas, que se sumaba a los ingresos de las empresas, criterio que, derogado, fue reestablecido por el mismo Roosevelt posteriormente. Luego de Pearl Harbour la tasa sobre las ganancias alcanzó el máximo del 90%.

f) En 1943, Franklin D. Roosevelt se dirigió al Congreso y dijo que “en una emergencia nacional ningún ciudadano debe tener un ingreso anual posimpuestos de más de 25.000 dólares”.

g) En su valiosa nota Escudé nos recuerda que el talentoso Irving Berlin fue contratado para componer una encantadora canción titulada *Mi impuesto al ingreso hoy pagué*, y que Walt Disney produjo un cortometraje titulado *El nuevo espíritu*, con la actuación estelar del Pato Donald, que fue visto por más de treinta y dos millones de personas (una J. Rowling de aquellos tiempos). En el corto el Pato se toma una aspirina antes de cumplir con el duro deber de llenar el formulario, pero descubre que todo será menos doloroso debido a las deducciones a que tiene derecho por la manutención de sus tres sobrinitos. Luego Donald visita Washington y comprueba que sus dólares enriquecerán los arsenales con que su país ganará la guerra.

h) Continuando con la historia de los impuestos progresivos en Estados Unidos, siempre siguiendo la nota de *La Nación* de Escudé, tenemos que al final de su mandato Jimmy Carter sancionó la ley

96-223 que estableció un impuesto especial y progresivo de hasta el 70% de las ganancias extraordinarias de las empresas petroleras. Resulta que Ronald Reagan aprovechó la recaudación generada por dicho impuesto y no lo derogó hasta 1988. Nos anuncia Escudé que Barack Obama e Hillary Clinton se han pronunciado a favor de reimplantarlo.

i) Todo este relato de historia económica de los Estados Unidos interesa para nuestras consideraciones jurídicas sobre las retenciones móviles dispuestas “sin ley” en la Argentina. En los Estados Unidos, claro está, siempre hubo una ley de por medio, al menos así lo creemos, pues los decretos legislativos solamente han sido utilizados en tiempos de guerra.

9.8.2.6. En una extensión de aquella doctrina estadounidense, la Corte federal argentina también aceptó la regulación inferior al tope mínimo del arancel, incluso reduciéndola por debajo de ese umbral: en materia expropiatoria por la magnitud de la suma que debía computarse como monto del juicio (F. 239:123; 251:516; 256:232), doctrina aplicada también en juicios de constitución de tribunal arbitral (F. 265:227), siempre para evitar sumas “notoriamente desproporcionadas”, o por no constituir una retribución justa y razonable (caso “Lambruschini” –1980–, F. 302:534), o por arrojar valores absolutos exagerados (caso “Ingenio San Juan” –1980–, F. 302:1452). Empero, apartándose de ese criterio, en el caso “Echeverry de Rossi” de 1984 (F. 306:1265) la mayoría de la Corte descalificó por arbitraria la regulación de honorarios profesionales en juicio por un monto inferior al mínimo previsto en las normas arancelarias que se basaba en la afirmación puramente dogmática de la “excesiva onerosidad de la regulación”.

9.8.2.7. Relacionado con lo anterior, cabe mencionar la Ley 24.432 de 1994 que introdujo discutibles novedades sobre honorarios profesionales. Así, admite expresamente (arts. 3º y 13) que los jueces reduzcan los honorarios por debajo de la estricta aplicación de los mínimos arancelarios, cuando ello ocasionare una evidente desproporción entre la importancia de los trabajos y la retribución correspondiente. Como en tales casos se exige que la resolución indique las razones de semejante apartamiento de la ley, la Corte federal declaró arbitraria una regulación que, invocando la Ley 24.432, se apartó infundadamente del mínimo arancelario al fijar un monto irrisorio, ignorando por com-

pleito la cuantía económica del pleito, pues de esta manera se daña la integridad del patrimonio del profesional (caso “D. G. I. c/El Hogar Obrero” –1999–, F. 322:723). Con esta doctrina que acota los márgenes de discrecionalidad en las regulaciones de honorarios por debajo de los mínimos legales, puede salvarse la tacha de inconstitucionalidad que conllevan los artículos 3º y 13 de la Ley 24.432. Los artículos 1º y 8º de la ley citada, al fijar un tope o “techo” rígido del 25% y el prorrateo de los honorarios judiciales, tanto en materia civil como laboral, son francamente irrazonables y violatorios del derecho de propiedad de los beneficiarios del honorario, en la medida en que imponen, en forma mecánica, la gratuidad del trabajo en la parte que supera el mentado tope.

9.8.2.8. La Corte Suprema no declaró en el caso “Química Merck” (F. 211:162), en 1948, violatorio de la Constitución un apoderamiento sin indemnización a favor del Estado, apartándose de su anterior jurisprudencia y del texto constitucional. El decreto 7035/45 dispuso el apoderamiento de todos los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a los alemanes y japoneses que se encontraban en el país por considerarlos como propiedad enemiga luego de que Argentina entrara en la Segunda Guerra Mundial, recién en 1945.

9.8.3. *“Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”* (art. 17 *in fine*):

9.8.3.1. La requisición es la afectación o privación compulsiva del uso de un bien por parte del Estado. A nuestro juicio, esta disposición es superabundante: es obvio que ninguna fuerza armada puede atribuirse ni esa ni ninguna otra facultad propia de los poderes de gobierno. De mejor técnica hubiera sido prohibir todo tipo de requisición sin indemnización (no sólo las llevadas a cabo por los cuerpos armados). La inclusión de un texto tan defectuoso se explica bajo los efectos del recuerdo dejado por las prácticas políticas en épocas previas a la organización nacional. Si bien la prohibición únicamente hace referencia a los cuerpos armados, nosotros entendemos que alcanza a todo órgano ejecutivo. Cualquier requisición debe ser dispuesta o autorizada por ley, previa indemnización.

9.8.3.2. Los auxilios de toda especie, que también prohíbe el artículo 17, son pedidos de ayuda compulsivos de cualquier tipo (alo-

jamientos, derechos de paso, etc.) dispuestos por el Estado. Las mismas consideraciones expuestas sobre las requisiciones valen en este punto.

9.8.4. *El daño moral como afectación del derecho de propiedad:* debemos señalar que el artículo 42 de nuestra Constitución protege los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios públicos, y que, en tal sentido, la Ley 24.240 ha reglamentado su protección y la reciente modificación de dicho texto, producida por la Ley 26.361, ha venido a consagrar la reparación del daño moral directo y también del punitivo, de carácter preventivo, para tutelar los derechos de incidencia colectiva de consumidores y usuarios.

9.8.4.1. En el caso “Gothelf” (sentencia del 10 de abril de 2003) la Corte reconoció el derecho a la indemnización por daño moral de la esposa y tres hijos de un interno detenido en la Cárcel de Coronda, que fuera ultimado por otros reclusos. En los fundamentos de su sentencia la Corte sostuvo que “un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija”. Agrega el tribunal que “...aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la cláusula tiene carácter operativo y, como tal, impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral”. Ejemplificador fallo de nuestra Corte.

10. Derecho de asociación:

10.1. Como derecho civil consagrado en el artículo 14 CN tiene dos aspectos:

10.1.1. Desde el punto de vista de los individuos, es la facultad de crear o ingresar a una persona jurídica ya creada, de carácter privado y que tenga “*finés útiles*” (pero no políticos), o a aquellas de carácter público no necesario.

10.1.2. Desde el punto de vista de la asociación, es el conjunto de facultades que el Estado le reconoce para desenvolverse como tal

y para que sean ejercidas sobre sus miembros. Esta perspectiva ha sido desarrollada por la reforma de 1994 a través de diversas cláusulas: al posibilitar su actuación ante la justicia mediante la interposición de acciones de amparo en defensa de los “*derechos de incidencia colectiva*” (art. 43, párr. 2º, CN), y al fomentar la “*constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios*” y su “*necesaria participación*” en los entes reguladores (art. 42, párrs. 2º y 3º, CN).

10.2. La fórmula de la utilidad de los fines de la asociación empleada por la Constitución resulta vaga y estéril: lo que se pretende en realidad es que los fines de la asociación no sean nocivos (lo cual equivale a decir que sean lícitos); en cambio, si los fines de una asociación fueran inútiles (ni útiles ni nocivos) no sería posible fundamentar su inconstitucionalidad. Este aspecto se desarrolla al ocuparnos del poder de policía de la moralidad donde destacamos el voto disidente de Petracchi en el caso “CHA” de 1991. Las asociaciones con fines políticos (partidos políticos) son producto del ejercicio de los derechos cívicos que se estudian con los derechos políticos y el poder de policía en defensa del poder público. En tanto que las asociaciones profesionales (sindicatos) son estudiadas con los derechos gremiales.

10.3. Asociación y persona jurídica son términos equivalentes, pues no hay asociación si no hay un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (persona jurídica). Sin embargo, por razones técnicas, el Estado otorga personería jurídica a ciertas asociaciones que cumplen con determinados requisitos que les son exigidos. El tema de la revisión judicial de la denegatoria de personería jurídica a ciertas asociaciones se analiza en poder de policía, a donde remitimos.

10.4. La doctrina destaca la permanencia y la especialidad como requisitos característicos de la asociación. Nosotros entendemos que la permanencia de toda asociación deriva de su propia naturaleza, pero no es un dato nuevo que le agregue nada al ente. Por otro lado, la permanencia no implica larga duración, ni vida indefinida: puede haber asociaciones de corta duración o de vida limitada por la índole de sus objetivos. Respecto a la especialidad, significa que las asociaciones pueden realizar todo lo que tenga relación con el fin de su institución, salvo aquello que estuviera prohibido.

10.5. Crear o ingresar a una asociación es una libertad que se

ejerce en el sentido positivo de decidir tal acción, o en el sentido negativo de negarse a hacerlo: ninguna forma coactiva de asociación es constitucional en nuestro derecho. En ese sentido, recordamos que la Corte declaró inconstitucional la afiliación obligatoria de un obrero a un sindicato (caso "Outon", F. 267:215). Pero dicha libertad puede ser restringida en situaciones excepcionales como ocurrió en el caso "CAP" de 1944 (F. 199:516) y en el caso "CAVIC" de 1970 (F. 277:147), lo cual se desarrolla en el poder de policía de emergencia que afecta el orden económico y social.

10.6. Los sindicatos y los colegios profesionales son personas jurídicas de carácter público (no importa que el Cód. Civ. no hable de ellos pues el legislador no está impedido de ampliar esa nómina; tampoco importa que no subsistan de asignaciones del Estado, pues su carácter público proviene de la atribución legal que las faculta a crear derecho heterónomo) a las cuales se ingresa en oportunidad de haber elegido libremente una actividad laboral o profesional, produciéndose por reflejo y automáticamente la incorporación a la respectiva asociación. Por estos argumentos no consideramos inconstitucional la pertenencia obligatoria a los colegios profesionales que pueda disponer el legislador.

10.6.1. *La constitucionalidad de la colegiación obligatoria de los profesionales liberales*: luego de una primera época de decisiones contrarias, la Corte se pronunció por su validez en forma constante a través de diversas composiciones:

10.6.1.1. *Etapa negatoria*: representada por el caso "Sogga" de 1945 (F. 203:100), donde se discutía la colegiación obligatoria para la profesión de abogado en Santiago del Estero que impedía el ejercicio de la abogacía a quienes no fueran miembros del Colegio único creado por la ley local. La mayoría de la Corte la reputó inconstitucional aunque, en rigor, sólo Repetto y Ramos Mejía sostuvieron la inconstitucionalidad de la agremiación obligatoria por vulnerar el derecho de asociarse y de trabajar, pero aclarando que limitaban esa tesis negatoria al ejercicio de las profesionales liberales y que no la extendían a otros campos como el considerado en el caso "CAP" de 1944. En cambio, el voto concurrente de Nazar Anchorena no debe enrolarse en esta tesis negatoria pues basó la inconstitucionalidad de la ley local

en la incompetencia de la provincia para imponer ese recaudo. La disidencia de Sagarna y Casares anticipa el criterio por venir al pronunciarse a favor de la colegiación obligatoria.

10.6.1.2. *Etapa admisorio:*

10.6.1.2.1. En 1957, en el caso “Colegio de Médicos de Santa Fe” (F. 237:397) la Corte abandona la decisión del caso “Sogga” al declarar la constitucionalidad de la colegiación obligatoria en el marco de la policía del contralor del ejercicio de las profesiones liberales al señalar que como las provincias tienen esa facultad, bien pueden descentralizar su ejercicio, lo cual ha sido impuesto, entre otras razones, por el desmesurado crecimiento de los diplomados y el ineludible interés en mantener el prestigio de la profesión. Los colegios de profesionales no son entes privados sino organismos integrantes de la gestión gubernamental, dotados por la ley de ciertas prerrogativas del poder estatal.

10.6.1.2.2. En 1974, la Corte ratificó dicha doctrina en el caso “Guzmán” (F. 289:238), donde agregó que si el legislador tiene la facultad de imponer la agremiación obligatoria, tiene también la de promover los medios razonables necesarios para que ella pueda hacerse efectiva, como exigir aportes a los profesionales.

10.6.1.2.3. En 1983, en el caso “Deloitte, Plender, Griffiths & Co.” (F. 305:1094) la Corte declaró que si bien el poder de policía de las profesiones liberales es propio de los poderes locales, ello no obsta al ejercicio de las facultades de esa índole por el gobierno federal, cuando debe “*proveer lo conducente a la prosperidad del país*” (ex art. 67, inc. 16, CN, hoy art. 75, inc. 18), en el caso la ley de facto 20.488 sobre normas para el ejercicio de la profesión de licenciado en economía y contador en todo el territorio de la Nación.

10.6.1.2.4. En 1986, en el caso “Ferrari” (F. 308:987), la Corte convalidó la constitucionalidad del Colegio Público de Abogados de la Capital creado por la Ley 23.187, sosteniendo que dicha entidad no es una asociación que se integre con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad jurídica de derecho público, con fines de ese carácter, que originariamente incumbe al Estado, y que éste le transfiera por delegación. Dicho Colegio Público no admite ser asimilado a una asociación gremial, ni la inscripción en la matrícula

significa ingresar en un vínculo asociativo con los otros matriculados. Luego del fallo de la Corte tuvo ocasión de intervenir acerca de esta ley la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por impugnación efectuada por varios abogados argentinos, expidiéndose en el sentido de que “la matriculación en el Colegio Público es una función pública, razón por la cual ella tiene que ser obligatoria, pues, de otra manera, el Estado estaría estableciendo para unos profesionales un requisito que no exigiría para otros, violando el principio de igualdad ante la ley, no pudiendo ejercer control sobre el ejercicio profesional del abogado. Si la matrícula obligatoria la ejercía antes la Corte Suprema, no cabe apreciar diferencia alguna –sostiene dicha Comisión– entre esa matriculación y la que dispone la ley objetada que crea el Colegio Público”.

10.6.2. *Colegiación obligatoria de periodistas*: una situación especial se presenta con respecto a la profesión de periodista, en tanto ella se vincula con el derecho de toda persona de expresar libremente sus ideas por la prensa (ver derecho a la información), en la medida en que tal exigencia de título habilitante y la obligatoria matriculación a un colegio profesional a la manera de otras profesiones liberales implicarían una severa restricción a ese derecho.

10.6.2.1. Sobre este tema se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la consulta efectuada por Costa Rica sobre una ley de ese país que impedía a ciertas personas pertenecer al colegio de periodistas y, por ende, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información. La Corte Interamericana entendió que ello era incompatible con los artículos 13 y 29 C. A. D. H. (O. C. N° 5/85).

10.7. La Corte Suprema en el caso “Asociación Mutual Carlos Mujica” (sentencia del 1° de setiembre de 2003) declaró la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley de Radiodifusión y normas dictadas en su consecuencia, en cuanto limitaba la posibilidad de presentarse a los respectivos concursos públicos para otorgar licencias vacantes a personas físicas o jurídicas dedicadas al comercio, con exclusión de las personas jurídicas sin fines de lucro. La Corte consideró violatoria al principio de igualdad ante la ley semejante exclusión y dijo que “las personas sin fines de lucro contribuyen al desarrollo del

bien común, es decir que pueden tener acceso a tales medios de comunicación, con sujeción a las normas reglamentarias”. También sostuvo la Corte que “de los argumentos expuestos por el COMFER no surge una razón de alto valor social que justifique bloquear un derecho constitucional, lo que, en definitiva, se traduce en una imposibilidad absoluta desprovista de suficiente adecuación al propósito buscado por la ley”. Es decir que la inconstitucionalidad se fundó, sin decirlo, en la violación del principio de razonabilidad que deben tener las leyes, según la doctrina clásica de Juan Francisco Linares, implícita en el artículo 28 de la CN.

11. Derecho de profesar un culto:

11.1. Formulado en el texto constitucional como mera facultad de practicar una creencia religiosa (“*profesar*”, art. 14, CN, o “*ejercer*”, art. 20, CN), su alcance y contenido es más amplio. No se limita a proteger la exteriorización religiosa de una creencia en forma individual o con otros; también implica la facultad de asociación religiosa en comunidades de ese tipo, la prohibición de ser obligado a profesar un culto determinado o culto alguno, y, correlativamente, la autonomía en la elección de una creencia religiosa o para no aceptar ninguna.

11.2. Dentro de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, salvo la D. A. D. D. H. (art. III) que tiene una formulación tan escueta como el texto constitucional, el resto precisa y desarrolla el contenido de este derecho: la D. U. D. H. como derivación de la libertad de pensamiento y conciencia, e incluyendo la libertad de cambiar de religión y de manifestarla o no (art. 18); en igual sentido el artículo 12 C. A. D. H., el artículo 18 P. I. D. C. P., y el artículo 14 C. D. N., pero agregando esta última además el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa; por último, el artículo II C. P. S. D. G. incluye al grupo religioso como sujeto pasivo de este ilícito.

11.3. Este derecho también supone no ser objeto de discriminación basada, precisamente, en motivos religiosos, como lo reconoce expresamente el artículo 2.1 C. A. D. H. y se deriva del artículo 16 CN.

11.3.1. Esta última norma fue la invocada en la década de los sesenta por la Corte en el caso “Glaser” (F. 265:336) para exceptuar del servicio militar obligatorio a quien se preparaba para ser ministro

del culto judaico cuando la norma de ese entonces sólo beneficiaba a los seminaristas y ministros del culto católico (según art. 41.7, ley 12.913); esta interpretación –dijo la Corte– contempla el espíritu de la ley y de la Constitución, que asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho de profesar libremente su culto.

11.3.2. Sin embargo, la Corte declaró que no viola la libertad de cultos la decisión de una universidad nacional que supedita al requisito del juramento la entrega del diploma profesional (caso “Agüero” –1949–, F. 214:139). En rigor, lo que allí se resolvió fue que lo fundamental del juramento era el compromiso a desempeñarse fielmente en su profesión, y no ante quién o por quién se juraba, tema vinculado a la fórmula del juramento que el graduado podía optar.

11.3.3. Por su parte, la reforma de 1994 ha eliminado verdaderas discriminaciones por motivos religiosos:

11.3.3.1. Al suprimir el requisito para ser presidente y vice de la Nación de “pertenecer a la comunión católica apostólica romana” del ex artículo 76 (actual 89, CN), suprimir la fórmula respectiva para el juramento de aquéllos que imponía el ex artículo 80 y aclarar que se deben respetar “*sus creencias religiosas*” (actual art. 93, CN). Dichas supresiones, a su vez, se vinculan con la derogación del régimen del patronato producida formalmente en 1994 (ex art. 86, incs. 8º y 9º) aunque materialmente ya había perdido toda vigencia por el Acuerdo con la Santa Sede de 1966.

11.3.3.2. Al derogar el ex artículo 67, inciso 15 que promovía, entre otras cosas, la conversión de los indios al catolicismo con total desprecio por la libertad de culto de estos argentinos, y sustituirlo por la nueva cláusula indígena (art. 75, inc. 17, CN), estudiada dentro de los derechos de incidencia colectiva.

11.4. No obstante las modificaciones indicadas, es preciso destacar que subsiste en el texto constitucional una preferencia para el culto católico apostólico romano cuando el artículo 2º, CN exige al gobierno federal su sostenimiento (ver su comentario en el capítulo relativo a las atribuciones exclusivas del gobierno federal), y en el *status* especial reconocido a esa Iglesia a través de los concordatos mencionados en artículo 75, inciso 22, párrafo 1º y artículo 99, inciso 11, CN (para el

estudio del concordato como tratado y régimen de relación con la Iglesia Católica, véase lo dicho en atribuciones exclusivas del gobierno federal).

11.5. Objeción de conciencia:

11.5.1. Se entiende como objeción de conciencia la salvaguarda que tiene todo individuo para eximirse del cumplimiento de cierta obligación jurídica alegando sus creencias o íntimas convicciones (no sólo religiosas, sino también ideológicas, filosóficas o morales). Implica la exaltación de un derecho individual frente a los intereses estatales.

11.5.2. Frecuentemente se estudia esta temática como aneja a la libertad religiosa o como nuevo contenido o desarrollo de ella, aunque su ámbito excede largamente a aquélla y, en rigor, es una manifestación del derecho a la privacidad (ya estudiado como derecho personalísimo) que opera como causal de justificación de los deberes públicos subjetivos (ver Cap. Tercero de esta sección).

11.5.3. Precisamente, ese esencial enfrentamiento con alguna obligación impuesta que se procura exceptuar ha determinado que en Argentina la doctrina de la Corte haya sido oscilante en cuanto al reconocimiento de la objeción de conciencia, siempre en relación con la libertad religiosa.

11.5.3.1. *Objeción de conciencia y servicio militar obligatorio*: un primer ámbito donde se planteó judicialmente la objeción de conciencia fue para liberar la obligación de prestar el servicio militar durante la vigencia de la ley 17.531 antes de la implementación del denominado Servicio Militar Voluntario (Ley 24.429).

11.5.3.1.1. En 1982, en el caso “Lopardo” (F. 304:1524), la Corte de esa época confirmó la condena de tres años de prisión impuesta a Gabriel Lopardo por el Consejo Supremo de las FF. AA. como autor del delito de insubordinación por haberse negado a prestar el servicio militar basado en que vestir el uniforme entraba en conflicto con los deberes impuestos por su creencia religiosa (era Testigo de Jehová) que le vedaba cualquier actividad que implicase prepararse para la guerra. No se reconoció la objeción de conciencia como un derecho implícito en la libertad de cultos; dijo la Corte que el derecho que emana del artículo 14 CN encuentra “límite en las obligaciones que

impone” el artículo 21 CN, “por lo que es necesario conciliarlas impidiendo que la aplicación indiscriminada de una deje a las demás vacías de contenido”; declaró además que eximirse del servicio militar por dicha razón sólo corresponde a las categorías previstas en la ley de servicio militar obligatorio (a los ministros, novicios o religiosos de los cultos legalmente reconocidos), circunstancias excepcionales que no se daban en el caso (Testigo de Jehová, por ese entonces culto no reconocido en el Registro Nacional de Cultos, y porque el actor simplemente se dedicaba a la lectura de textos sagrados y a la tarea de difusión como todo creyente). Incluso, el voto de Black-Renom califica al culto al que pertenecía el procesado como “secta” (c. 11).

11.5.3.1.2. En 1989 la Corte Suprema aceptó por primera vez en su historia la objeción de conciencia, en el caso “Portillo” (F. 312:496).

Hechos: Alfredo Portillo fue condenado a un año de prisión en razón de no haberse presentado a realizar el servicio militar cuando fue convocado. Contra esa sanción interpone recurso extraordinario alegando que profesaba el culto católico apostólico romano que le impedía el uso de armas en contra de otro ser humano por violar el quinto mandamiento del Evangelio.

Sentencia de la Corte: por mayoría (Fayt-Petracchi-Bacqué) deja de lado la jurisprudencia anterior aunque resuelve que Portillo debe cumplir el servicio militar pues “a la sola luz de la Ley Fundamental no asiste derecho [...] para eximirse de dicho servicio de conscripción”; pero dispone que lo haga sin el empleo de armas con fundamento en la libertad de cultos y de conciencia (c. 17). Especialmente se ocupa de aclarar que en el caso no existe “peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado”, porque el servicio que se exige debe ser cumplido en tiempo de paz y precisa que distinta sería la solución si el país se encontrara en guerra, pues en tal caso —dijo— nadie dudaría del derecho de las autoridades a reclamarle a los ciudadanos la responsabilidad de defender a la República (c. 11).

Comentario al fallo: pareciera que la mayoría de la Corte entiende que lo que está detrás de la objeción de conciencia como eximente de la obligación legal de cumplir el servicio militar con armas no es una cuestión de derecho sino de hecho: la imposibilidad psicológica de usar las armas por parte del objetor equivalente a la imposibilidad

física y por ello exige que la objeción se encuentre “acabadamente acreditada”. Por lo expuesto, será caso por caso la única forma de poder decidir si la objeción cabe sin poder establecerse una regla general. También resulta claro que el “derecho” a invocar la objeción de conciencia no tiene carácter absoluto como surge del con. 11. En este punto se advierte una contradicción porque si es cierto que la objeción es operante por razones de hecho, cómo es posible que se acepte que en caso de guerra dicha imposibilidad no sea válida para exceptuar la carga. En suma, el argumento de base de la Corte para hacer lugar al pedido de Portillo no fue que la libertad religiosa consagrada en el artículo 14 de la CN desplaza a la obligación de armarse en defensa de la patria (art. 21, CN), sino que la excepción resultaba propia, encontrándose acreditados cabalmente los motivos de la objeción.

11.5.3.2. *Objeción de conciencia y transfusión de sangre.* En este espinoso ámbito es de ineludible referencia el caso “Bahamondez” –1993– (F. 316:479).

Hechos: un afectado por una hemorragia digestiva es internado y se niega a recibir transfusiones de sangre (necesarias para su adecuado tratamiento según los médicos) por ser contrario al culto Testigo de Jehová que él profesa. Llevado el caso a los estrados del Poder Judicial a instancia de los médicos involucrados, los jueces de grado no aceptan la objeción de conciencia dándole primacía al derecho a la vida. Bahamondez interpone recurso extraordinario por entender que la transfusión ordenada en contra de su voluntad representa un acto compulsivo que avasalla la libertad de culto y el postulado de reserva (arts. 14 y 19, CN).

Sentencia de la Corte: por la peculiaridad al momento de decidir (Bahamondez hacía cuatro años que había sido dado de alta en relación a su afectación sin haber sido finalmente transfundido), la Corte por mayoría estricta de cinco miembros decide que ello impide su intervención de acuerdo a la invariable jurisprudencia sobre su incompetencia para emitir pronunciamientos generales o abstractos. No obstante coincidir con esa tesitura, Barra-Fayt reconocen la objeción de conciencia al señalar –*obiter dictum*–, con apoyo en el artículo 19 CN y en la Ley 17.732 del ejercicio de la medicina, que toda persona mayor

y capaz puede negarse a cualquier intervención en su propio cuerpo y con independencia absoluta de las motivaciones de la decisión del paciente. Por otro lado, los cuatro ministros restantes sí resuelven el fondo del asunto, y entre ellos se observan dos pares de argumentaciones que expresamente reconocen la objeción de conciencia invocada por Bahamondez. *El voto disidente de Cavagna Martínez-Boggiano* acepta la objeción de conciencia a un tratamiento médico con base en los artículos 14 y 33 CN, y la distingue de la tenencia de droga para consumo y de la práctica de la eutanasia, casos en los cuales, por el contrario, sí admite una fuerte restricción a la libertad religiosa. *El voto disidente de Belluscio-Petracchi* encuadra la objeción de conciencia como derecho del individuo a “un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros” (art. 19, CN).

Comentario al fallo: respecto a la objeción de conciencia se observa que la Corte en su nueva integración, de algún modo, confirma la doctrina del caso “Portillo” para un ámbito muy diferente, ya que ninguno de sus miembros se pronuncia en contra de este derecho (seis de ellos la aceptan expresamente con distintos argumentos, y los tres restantes –Levene, Nazareno y Moliné– nada dicen al respecto). Otra cuestión importante que dimana de este fallo es, a tenor de los votos disidentes, la novedosa postura en torno a la doctrina de las cuestiones abstractas (para su adecuado encuadre, remitimos a los requisitos comunes del recurso extraordinario).

11.6. La ley de facto 21.745 (y su consecuente dec. 2037/79) se considera reglamentaria del derecho de profesar un culto en tanto crea el Registro de Cultos no Católicos y dispone que el ejercicio de este derecho a través de las organizaciones religiosas (no católicas) está condicionado a la previa inscripción de las mismas en el citado Registro, en el que se deben indicar datos individuales de sus miembros, jurisdicción y actividades. Así en 1978, en el caso “La Misión de la Luz Divina” (F. 300:1263), la Corte consideró constitutiva la inscripción en el Registro, al negarle toda posibilidad de actuación en caso contrario.

12. Derecho a la educación:

12.1. Consagrado en el artículo 14 *in fine* CN para todos los habitantes como derecho “*de enseñar y aprender*”. La reforma de 1994 desenvuelve estos derechos al ocuparse de la educación en el artículo 75, inciso 19, párrafo 3º a través de un texto absolutamente novedoso que se suma a lo preceptuado en la histórica cláusula de la prosperidad (hoy art. 75, inc. 18) de “*Proveer lo conducente [...] al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria*” como facultad del Congreso, y a la obligación de las provincias de asegurar la “*educación primaria*” (art. 5º, CN). Asimismo, otra novedad constitucional vinculada a la educación es su inclusión también dentro de los nuevos derechos de incidencia colectiva: educación ambiental (art. 41, párr. 2º *in fine*); educación de consumidores y usuarios (art. 42, párr. 2º), y educación bilingüe e intercultural para los pueblos indígenas (art. 75, inc. 17, párr. 2º). Como la temática constitucional en la materia excede actualmente la locución histórica de “*enseñar y aprender*” es que preferimos la nominación más comprensiva del acápite, la cual, además, es receptada por el derecho internacional de los derechos humanos.

12.2. Este par de derechos civiles (enseñar-aprender) se proyecta y traduce modernamente como derecho a la educación de toda persona que –al exceder el estrecho marco de aquellos derechos de primera generación receptados en el artículo 14 *in fine* CN– termina convirtiéndose en un típico derecho de segunda generación (dentro de los derechos culturales) con repercusión en los de tercera generación. Ello se observa con toda claridad en el artículo 13, P. I. D. E. S. C., con jerarquía constitucional. En contraposición, también explica la ausencia del derecho a la educación en la C. A. D. H. (salvo la solitaria cláusula del art. 12.4 y la mención programática del art. 26), pues dicho instrumento regional protege mayoritariamente derechos de primera generación. En cambio, sí se ocupa de este derecho su Pacto-Anexo (Protocolo de San Salvador) en su artículo 13, semejante en contenido y estructura al artículo 13 del Pacto Internacional citado. También consagran el derecho a la educación otros instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. XII, D. A. D. D. H.; art. 26, D. U. D. H.; arts. 28, 29 y 32, C. D. N.).

12.3. No obstante el orden de la dupla utilizado por el artículo 14 de la CN, el derecho de aprender subordina el de enseñar (Sánchez Viamonte, 1). Dicho de otro modo, el derecho de enseñar implica el correlativo de aprender en la medida en que los estudiantes son destinatarios directos de aquél.

12.3.1. El contenido mínimo del derecho de enseñar es la facultad que posee todo individuo de transmitir sus experiencias y conocimientos, y, correlativamente, el mínimo contenido del derecho de aprender es la facultad de recibir aquellos conocimientos mediante la prestación del servicio educativo. La libertad de enseñar implica libertad de cátedra (su pluralismo); la libertad de aprender implica derecho a no ser obligado a recibir una enseñanza determinada.

12.3.2. Estos derechos se interrelacionan: sin aprendizaje no hay crecimiento y éste es el propio sentido de la libertad, y sin enseñanza hay bloqueo de la comunicación humana. Gracias a la enseñanza y al aprendizaje se conjuga la objetivación cultural: sentido común social que hace comprensibles el pasado y el presente y permite vislumbrar el futuro. Ambos coadyuvan para el fortalecimiento de la democracia.

12.3.3. Todos los campos de la vida social están comprendidos en estos derechos: la enseñanza familiar ejercida por los padres; la institucional en la escuela; la profesional y científica en la universidad; la religiosa desde los púlpitos; la política desde el comité o la tribuna.

12.4. Aunque todos los derechos interesan al poder estatal en la medida en que éste, a través del subprincipio de reglamentación (poder de policía), les fija límites y condiciones, los vinculados a la materia educativa aparecen en especial tensión con el Estado. Esta tensión se traduce constitucionalmente entre el derecho de todos los habitantes del artículo 14 *in fine* CN y la atribución al Congreso en materia educativa del artículo 75, incisos 18 y 19, párrafo 3º CN, lo que revela el interés estatal de diseñar una política educativa en todos sus niveles a fin de legitimar su propia existencia y de contar con ciudadanos primero y profesionales después, funcionales a un tipo de sociedad determinado. La propia Corte ha reconocido el “interés vital del Estado en la educación” (c. 13 del voto de Belluscio-Petracchi en el caso “Arenzón”, F. 306:400; reiterado en el caso “Repetto”, F. 311:2272).

12.4.1. Es claro, entonces, que estos derechos no son absolutos,

de modo tal que el Congreso puede planificar la educación y establecer exigencias curriculares como condición para obtener la promoción en cada etapa del aprendizaje, pero con la importante aclaración de que aquel “interés vital del Estado” no puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez de cualquier norma reglamentaria.

12.4.2. Pero aún más importante que las atribuciones estatales en torno a la educación son sus supremas e indelegables obligaciones en pos de asegurar el acceso a la educación, en sus distintos niveles, para toda persona, incluso mediante imposiciones. Ejemplo de ello es la obligatoriedad de la alfabetización popular y de la educación primaria, lo cual genera en los particulares, como correlato de esa obligación, el derecho a exigirle al Estado el cumplimiento de esta prestación. En ese sentido, en virtud de la reforma de 1994, tiene jerarquía constitucional que la “enseñanza primaria sea obligatoria” (art. 13.2.a, P. I. D. E. S. C., similar al artículo 13.3.a, del Protocolo de San Salvador).

12.5. Si se admite que la Constitución no impide la coexistencia de la educación privada junto a la estatal, ello es bajo la condición de que el Estado no resigne su función de contralor de toda la enseñanza. De esta forma, cualquier crítica al monopolio estatal de la educación no implica que el legislador no pueda establecer válidamente el monopolio de la habilitación profesional. Son cosas diferentes enseñar o aprender libremente, y ejercer el control estatal de los conocimientos necesarios para habilitar una profesión.

12.6. La Corte consideró irrazonables las reglamentaciones de estos derechos constitucionales que impedían el ingreso a institutos superiores de formación docente basadas sólo en condiciones físicas, en razón de no guardar las mismas proporcionalidad con los fines que se procuraban: en el caso “Almirón” de 1983 (F. 305:1489), por carecer de la visión de un ojo no se le permitía ingresar al profesorado de geografía, y en el caso “Arenzón” de 1984 (F. 306:400), por no medir como mínimo 1,60 m de altura se le vedaba el ingreso al profesorado de matemática y astronomía.

12.7. En ciertas ocasiones, el derecho de aprender ha entrado en conflicto con el deber de cumplir ciertas imposiciones de las autoridades educativas en ejercicio de sus facultades disciplinarias:

12.7.1. Ante el incumplimiento de los educandos, basados en sus

creencias religiosas, de rendir homenaje a los símbolos patrios, las autoridades escolares procedieron a su expulsión. Impugnada esa medida ante la justicia por vía de amparo, la Corte privilegió el derecho de aprender al ordenar la reincorporación de los alumnos a los respectivos establecimientos en los casos “Barros” de 1979 (F. 301:151) y “Ascencio” de 1982 (F. 304:1293) por la negativa a reverenciar símbolos patrios, y en el caso “Santa Cruz” de 1981 (F. 303:1366) por no aceptar la distinción de actuar como escolta. Al guardar esta temática estrecha relación con la objeción de conciencia, remitimos a libertad de culto.

12.7.2. En el caso “Morel de Maltagliati” de 1987 (F. 310:2085) la Corte dijo que no viola el derecho de aprender el ejercicio de facultades disciplinarias cuando las consecuencias desfavorables que se imponen a los alumnos no son sino fruto de una situación reglamentaria en que se colocaron con su propio accionar y en la medida en que no exista manifiesta arbitrariedad (como denegación del derecho a ofrecer prueba).

12.8. En 1999, en el caso “Padres de alumnos de Colegios dependientes de la Universidad Nacional de Cuyo” (F. 322:270), por unanimidad, la Corte de nueve miembros, haciendo suyo el dictamen de la procuradora fiscal M. Reiriz, precisó que el derecho de aprender no comprende el interés de los estudiantes a que los planes de estudio permanezcan inalterables; por ello y en la medida en que permitan a los individuos materializar su propio plan de vida, convalidó la modificación del anterior plan de estudios con relación al contenido, duración o composición de niveles o ciclos educativos.

12.9. Ya señalamos que la Constitución histórica tenía pocas y escuetas prescripciones sobre la educación (arts. 5º, 14 y ex 67, inc. 16). Así, nada decía sobre la injerencia clerical en la educación, a pesar de que desde la época colonial la enseñanza estaba en manos de la Iglesia Católica, y de que Echeverría, Alberdi y, especialmente, Sarmiento sostenían la tesis laicista que niega someter la escuela pública a un determinado credo. Esta situación se define en 1884 con la Ley Nacional de Educación Común (1420), que al considerar a la escuela como cuestión de interés público y no privado la colocó bajo el control del Estado consagrando el principio de neutralidad: “La

enseñanza religiosa sólo podrá ser dada en las escuelas públicas por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión, y antes o después de las horas de clase” (art. 8°). La consagración de la escuela laica por la generación del '80 se basó, además de responder a una cuestión de principios, en la necesidad de fomentar la inmigración sin cortapisas religiosas.

12.10. Por su parte, como también anticipamos, la reforma constitucional de 1994 introdujo importantes novedades sobre la materia en el artículo 75, inciso 19, párrafo 3° al señalar que el Congreso debe dictar “*leyes de organización y de base de la educación*” en relación a todos los niveles y sectores de la enseñanza. La novedad formal de la mención a leyes “*de base*” se analiza como nueva clase de ley en el capítulo del Congreso y en atribuciones concurrentes por complementariedad dentro del Estado federal, a donde remitimos. Aquí destacamos, desde el punto sustancial y en relación al derecho a la educación, el contenido que estas leyes federales sobre educación deben cumplir por mandato constitucional. En efecto, la nueva cláusula constitucional impone severos límites (cuatro objetivos y dos garantías).

12.10.1. *Objetivos que deben asegurar las leyes de organización y de base:*

12.10.1.1. Consolidar “*la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales*”. Queda claro, entonces, que la ley del Congreso debe dejar a las leyes locales que completen el diseño general a fin de asegurar la pluralidad dentro de la unidad.

12.10.1.2. Asegurar “*la responsabilidad indelegable del Estado*”. Por vez primera se consagra a la educación –en todos los niveles– como obligación del Estado argentino. Ante todo supone su sostenimiento económico adecuado y suficiente para un eficiente servicio educativo para toda persona, sin distinción alguna.

12.10.1.3. Asegurar “*la participación de la familia y la sociedad*”. Significa que todos los sectores involucrados en el proceso de enseñanza-aprendizaje deben tener un rol activo en la prestación y control del servicio educativo. Es obvio que la referencia a la familia no puede desplazar al servicio educativo; está prevista para integrarse al mismo con el rol consultivo en los órganos que se creen al efecto.

12.10.1.4. Promover “*los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*”. Estas reglas programáticas se refieren tanto a los contenidos educativos como a la organización del servicio educativo. En ese sentido, la referencia a la democracia y a la igualdad en el mundo educativo no hace más que concretar esas notas generales del Estado de Derecho. El Protocolo de San Salvador de 1988, anexo a la C. A. D. H. (analizado al estudiar los derechos sociales), especifica: el pluralismo ideológico, la justicia y la paz junto con el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales como los objetivos que deben guiar y orientar la educación. La referencia constitucional a la no discriminación educativa se corresponde con lo que disponen en forma más desarrollada la C. I. E. T. F. D. R. (art. 5.e.v) y la C. E. T. F. D. M. (art. 10).

12.10.2. *Garantías que deben cumplir las leyes de organización y de base:*

12.10.2.1. Garantizar “*los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal*”. Significa que el sistema constitucional impone una solución actual y presente respecto a la gratuidad educativa para todos los niveles; supera, entonces, a la fórmula progresiva del artículo 13.2.a, b, y c, P. I. D. E. S. C. Gratuidad y equidad implican no sólo no pagar por el servicio educativo (no arancelamiento), sino recibir apoyo del Estado para costear los gastos del aprendizaje en todos los niveles de la educación (sistema de becas, subsidios). La equidad educativa no ha sido puesta para debilitar ni restringir el principio de gratuidad educativa, sino para fortalecerlo. El tema se retoma al estudiar las universidades nacionales donde se analiza el caso “Ministerio de Cultura y Educación s/Formula observación estatutaria de U. N. C.” de 1999 (F. 322:875).

12.10.2.2. Garantizar “*la autonomía y autarquía de las universidades nacionales*”. Remitimos a su estudio en atribuciones del Estado federal.

13. Derecho de casarse:

13.1. Reconocido expresamente en la Constitución en su artículo 20 para los extranjeros como derecho a “*casarse conforme a las leyes*”, obviamente incluye a los nacionales respecto de los cuales, además, se encuentra implícitamente en los artículos 33 y 19, parte 1ª de la CN.

13.2. A partir de la reforma de 1994, diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional también lo consagran utilizando diferentes fórmulas: “derecho a constituir familia” (art. VI, D. A. D. D. H.), “a casarse y fundar una familia” (art. 16, D. U. D. H.), “a contraer matrimonio y fundar una familia” (art. 17.2, C. A. D. H., y art. 23.2, P. I. D. C. P.), y, por último, la C. E. T. F. D. M. asegura en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el mismo derecho para contraer matrimonio (art. 16.a) y para elegir libremente cónyuge (art. 16.b). Para la noción constitucional de “familia”, al menos a los fines del artículo 14 bis, párrafo 3º de la CN, remitimos al estudio de los derechos familiares dentro de los derechos sociales.

13.3. El derecho a casarse implica la facultad de no casarse, la de hacerlo sucesivamente cuantas veces se desee, es decir, que también supone tanto el derecho a disolver el matrimonio como el de elegir libremente con quién contraerlo. De índole estrictamente individual en su origen (por ello lo incluimos como derecho civil), su ejercicio constituye un tipo de familia (comúnmente adjetivada como legítima), lo que nos conecta con el reconocimiento constitucional de la familia (en sentido amplio) como objeto de protección especial que da nacimiento a derechos de naturaleza social (ver acápite relativo a los derechos familiares).

13.4. Es evidente que si bien la Constitución como los instrumentos internacionales señalados remiten a leyes que reglamenten el ejercicio de este derecho, esto no puede entenderse como que el Estado pueda limitarlo de cualquier manera sin respetar su esencia (art. 28, CN).

13.5. Recién en 1888 se dicta la ley 2393 (de Matrimonio Civil) que puso término a la situación absurda e inexplicable creada por el Código Civil en su capítulo relativo al matrimonio (Sánchez Viamonte, 1), que preveía como único matrimonio válido al religioso, ostensiblemente incompatible con la Constitución liberal. Sin embargo, la nueva ley que estableció el matrimonio civil aún incluía preceptos embebidos del dogma católico: por ejemplo, prohibición del divorcio vincular, aspecto recién derogado en 1987 por la Ley 23.515.

13.6. Desde aquella lejana normativa sobre matrimonio civil se exige que el matrimonio religioso no puede llevarse a cabo sin tener a la vista el acta de la celebración del matrimonio civil. La Corte, ya

en 1893 en el caso “Presbítero Correa” (F. 53:188), ante el planteo de inconstitucionalidad de la sanción penal impuesta a un sacerdote por haber celebrado matrimonio religioso con prescindencia de la ley civil, declaró que aquella prelación no es violatoria de la Constitución ya que no afecta el dogma católico, ni los principios de otra religión, pues la ley permite expresamente la celebración posterior del matrimonio religioso, según los principios de su culto.

13.7. Respecto a la libertad de elección del cónyuge, tradicionalmente se la limita al darse por supuesto que el único matrimonio válido es el heterosexual, en el entendimiento de que la esencia del derecho es la unión de un hombre con una mujer. Así se interpretó respecto del artículo 14 de la ley 2393 durante un siglo cuando hablaba de “contrayentes” aunque no especificaba sexo alguno. Igual sentido se le ha atribuido al nuevo artículo 172 CC (por Ley 23.515) cuando habla de “hombre y mujer”. Empero, es pertinente plantearse la posibilidad de que cada uno de los titulares del derecho lo ejerzan eligiendo hacerlo con personas de su mismo u otro sexo, atento a que las fuentes internacionales sobre derechos humanos antes citadas si bien no receptan expresamente esta alternativa, tampoco la vedan. La problemática de la homosexualidad a la luz de nuestra Constitución se presenta en los votos antagónicos de la Corte Suprema en el caso “CHA” de 1991, desarrollado en poder de policía de la moralidad, a donde reenviamos.

13.8. En cuanto a la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial a fin de ejercer nuevamente la facultad de casarse, la Corte se pronunció en el caso “Sejean c/Zaks de Sejean” –1986– (F. 308:2268):

Hechos: en un juicio de divorcio, los cónyuges plantean la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular (art. 64, ley 2393) y solicitan el restablecimiento de su aptitud nupcial.

Sentencia de la Corte: la mayoría (Fayt, Petracchi y Bacqué) aceptó dicho planteo aunque con diferentes argumentaciones. Fayt consideró que de mantenerse la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el derecho a casarse sería el único derecho que se agotaría con un solo ejercicio, lo que violaba la igualdad (art. 16, CN). El voto concurrente de Petracchi aplica el método de interpretación dinámica (ver capítulo sobre interpretación constitucional) y relaciona la cuestión con la li-

bertad religiosa (art. 14, CN) que conlleva la facultad de no profesar religión alguna, incompatible con la entonces vigente ley de matrimonio civil que imponía los principios de una determinada religión (la católica). A su vez, el voto de Bacqué, luego de coincidir con Petracchi en cuanto a que una norma de matrimonio civil no puede imponer preceptos tomados de una religión determinada, hace hincapié en el artículo 19 CN en tanto la norma impugnada impide la libre elección de un proyecto de vida e invade así el ámbito de la privacidad. El criterio de la minoría (Caballero y Belluscio) rechaza la objeción de inconstitucionalidad pues entiende que se trata de una materia discrecional del Congreso.

Comentario al fallo: luego de cien años de vigencia de la ley de matrimonio civil, el valioso y nuevo criterio de la mayoría de la Corte de fines de 1986, aunque obviamente sólo aplicable al caso concreto, precipitó su modificación por vía parlamentaria en 1987 (Ley 23.515 que sustituye el viejo régimen, incorporando nuevas normas al Código Civil y receptando, entre otros aspectos, el divorcio vincular). Esta correcta reglamentación de la Constitución se ha visto consolidada en el caso “Sisto” de 1998 (F. 321:92), donde por vía de acción declarativa se petitionó la inconstitucionalidad del artículo 230 CC según Ley 23.515 y que se permita a los actores incluir expresamente en el acta matrimonial su renuncia a solicitar en el futuro el divorcio vincular en atención a sus convicciones religiosas por entender que se violaba el artículo 20 CN y el artículo 17.2 C. A. D. H. La mayoría de la Corte confirmó el rechazo a semejante planteo con la solitaria opinión de Boggiano.

13.9. El derecho a casarse implica la prohibición de todo tipo de discriminación por causa de matrimonio. Tal el caso de la protección especial contra el despido por dicha causa. Desde 1938 (ley 12.383) se fijó una indemnización especial en castigo por toda forma de despido por causa de matrimonio, sin distinción de sexo (fue vetada la presunción *iuris tantum* para los despidos sin causa producidos un mes antes y doce después del matrimonio). Este régimen se sustituyó en 1974 por la LCT (arts. 181 y 182), que también protege al trabajador varón, aunque esas normas se ubiquen en el título del trabajo de mujeres, seguramente por ser éstas las principales destinatarias. De no

aceptarse esta interpretación, la exclusión de los varones violaría la prohibición de no discriminación que, naturalmente, también debe jugar en su favor y que delimita el alcance de todos los derechos, incluido el de contraer matrimonio.

13.10. Un problema especial lo constituyen los regímenes particulares para ciertas profesiones o actividades que, en vistas a sus fines especiales, limitan fuertemente (incluso negándolo) el derecho a casarse:

13.10.1. En el caso “Rybar” de 1992 (F. 315:1294) llega a los estrados de la Corte el planteo de un sacerdote católico que impugna una sanción disciplinaria impuesta por su obispo por haber cuestionado la compatibilidad de la norma canónica que prescribe el celibato con el artículo 17.2, C. A. D. H. Si bien el recurso extraordinario es rechazado *in limine*, el voto particular de Barra-Boggiano, luego de señalar que no se afecta el derecho alegado por haberse sometido voluntariamente al Código Canónico al consentir su ordenación sacerdotal, toma posición a favor del celibato sacerdotal al decir que ello es “un compromiso de carácter estrictamente personal que no contraría ninguna tendencia natural del hombre”, situación que diferencian de su peculiar planteo en sus votos del caso “CHA” de 1991 (comentado en poder de policía de la moralidad con afectación al derecho de asociación).

13.10.2. En el caso “Gabielli” de 1996 (F. 319:1165) se debatió la constitucionalidad de la norma que exige a los miembros de las FF. AA. para casarse la solicitud de autorización y su concesión previa por la autoridad militar. El actor hace el planteo al impugnar su destitución por haberse casado no obstante la denegatoria de sus superiores. La mayoría de la Corte señala que es admisible constitucionalmente esta restricción por la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas y en cuanto no impiden al integrante de las Fuerzas Armadas contraer matrimonio o elegir libremente a su cónyuge, y que la incorporación del actor a las FF. AA. comportó la voluntaria sujeción al régimen jurídico especial. Dos conjuces votan en disidencia: no cuestionan la constitucionalidad de la norma, sino la arbitrariedad del acto administrativo de destitución sólo basado en un “vago informe sobre la vida privada de la contrayente, provisto

por fuentes no individualizadas en abierta contradicción con los impecables antecedentes profesionales y de servicio” en la misma fuerza.

D) Derechos políticos

1. Introducción:

1.1. Esta categoría de derechos es fundamento del poder público ya que su ejercicio posibilita que el pueblo deje de ser objeto en el Estado para ser sujeto activo del Estado: de soportar pasivamente la dominación política en el Estado absolutista, los súbditos se convierten en ciudadanos en el Estado democrático de Derecho. Esto implica una doble función del derecho: constituye la voluntad del Estado (con legitimidad democrática o “imperio”) y, a su vez, engendra el deber de sometimiento a dicha voluntad democrática.

1.2. En definitiva, los derechos políticos son una emanación directa del poder constituyente ejercido democráticamente, pues éste surge cuando la dispersa voluntad popular cobra unidad de sentido. Debido a ello, el apriorismo de estos derechos no importa una afirmación iusnaturalista, sino una verificación positiva de la efectividad social sobre la que se fundamenta el poder constituyente. A su vez, la estrecha vinculación de los derechos políticos con la democracia política explica por qué cuando se habla de la “crisis de la democracia”, en gran medida se piensa en la “crisis” de la representación y de los partidos políticos, caracterizada por cierta pérdida de confianza o credibilidad de los representados (el pueblo soberano) en sus representantes y partidos como medios para canalizar sus intereses y demandas.

1.3. Son derechos denominados de la primera generación (por su aparición temporal en los comienzos del Estado constitucional) a través de los cuales los ciudadanos intervienen, en forma directa o indirecta, en la formación del gobierno del Estado y/o participan de la vida política.

1.3.1. Sin embargo, la Constitución histórica no contenía previsión expresa alguna al respecto, aunque su reconocimiento surgía de diversas cláusulas: la forma representativa y republicana (arts. 1º y 5º, CN); el pueblo no delibera ni gobierna sino por sus representantes (art. 22,

parte 1ª, CN); la soberanía del pueblo (art. 33, CN), y las relativas a formación de los órganos de gobierno de elección popular.

1.3.2. Fue la reforma constitucional de 1994 la que consagró explícitamente algunos de los múltiples derechos que conforman esta clase (arts. 37 a 40, CN) y fijó rigurosas limitaciones procedimentales para su reglamentación: mayoría calificada tanto para el régimen electoral y partidos políticos (art. 77, párr. 2º, CN) como para iniciativa (art. 39, párr. 2º, CN) y consulta populares (art. 40, párr. 3º, CN); prohibición absoluta de dictar decretos de necesidad y urgencia en materia electoral y de partidos (art. 99, inc. 3º, párr. 3º, CN).

1.4. Para nosotros no existe una sola categoría de derechos políticos. El nuevo artículo 37 CN parece aceptar esta idea cuando comienza diciendo que se garantiza “*el pleno ejercicio de los derechos políticos*” (el plural se refiere a todos los derechos políticos y no sólo a una categoría de ellos). A nuestro entender, éstos se dividen en cívicos y electorales.

2. Derechos cívicos:

2.1. Son los que permiten a los ciudadanos intervenir de modo indirecto en la formación del gobierno del Estado y participar en la vida política, es decir, que operan como “preparatorios” o “presupuestos” del ejercicio de los derechos electorales. No son otra cosa que una modalidad de algunos de los clásicos derechos civiles, ejercidos con finalidad política. De esta forma, los derechos cívicos constituyen una categoría intermedia entre los derechos civiles en sentido estricto y los derechos electorales.

2.2. La Constitución no les otorga un tratamiento autónomo expreso: aparecen como derechos civiles en el artículo 14 CN y se convierten en cívicos a través de su ejercicio por los ciudadanos con objetivo o fin político; obviamente, se encuentran comprendidos en el artículo 33 CN. La reforma de 1994 consagró dos derechos cívicos expresos: el de asociarse con fines políticos al reconocer los partidos políticos (art. 38, CN), y el derecho de resistencia (art. 36, párr. 4º, CN).

2.3. La no extensión de los derechos cívicos a los extranjeros, a pesar de que la mayoría de ellos están enunciados en el artículo 14

CN a favor de todos los habitantes, deriva de la interpretación que debe hacerse del artículo 20 CN, que dice que los extranjeros sólo gozan de los derechos civiles (no cívicos) del ciudadano.

2.4. Haremos un repaso rápido de los derechos cívicos para detenernos en particular en los partidos políticos como manifestación por excelencia de estos derechos políticos:

2.4.1. Derecho de peticionar con fines políticos:

2.4.1.1. El derecho de peticionar funciona como derecho constitucional de carácter civil (cuyo estudio ya efectuamos dentro de esa clase de derechos) cuando la petición procura la sola defensa de intereses particulares, sean personales o colectivos (de un sector o de toda la comunidad); se convierte en cívico cuando la petición está dirigida a gestionar un interés político.

2.4.1.2. La Constitución prohíbe que la petición sea efectuada en nombre y representación del pueblo: quienes no acaten esta prohibición cometen el delito de sedición (art. 22, parte 2ª, CN). Vale decir, que se puede gestionar a favor del pueblo, pero no invocar su nombre: no se puede negar a nadie que gestione a favor de otros (gestión de negocios), pero sí que invoque una representación inexistente (mandato). La incriminación constitucional es receptada por el Código Penal como delito de sedición (art. 230, inc. 1º).

2.4.2. Derecho a expresar ideas políticas:

2.4.2.1. Es una modalidad del derecho no enumerado (art. 33, CN) de la libertad de expresión analizado al final del capítulo de los derechos. Comprende la publicación de estas ideas bajo el amparo de la fórmula general del derecho civil que expresa el artículo 14 de la CN. No existe especificidad de funcionamiento cuando la libertad de prensa se ejerce como derecho cívico o como derecho civil, y por ello simplemente remitimos a lo expuesto con motivo del desarrollo del derecho a la información dentro de los derechos civiles.

2.4.2.2. En abierta contradicción a ello, la Corte en el caso “Bustos Núñez” de 1958 (F. 240:223) convalidó con la mera invocación de las circunstancias excepcionales que vivía el país el decreto 4161/56 que prohibía la utilización de imágenes, símbolos y todo tipo de ex-

presiones vinculadas con el peronismo recientemente depuesto, bajo pena de prisión y multa.

2.4.3. Derecho al adoctrinamiento político:

2.4.3.1. Comprende tanto la facultad de adoctrinar como de recibir la doctrina partidaria. Es un derecho implícito que no sólo surge del artículo 33 CN, sino del derecho civil de enseñar y aprender (art. 14, CN) y de los derechos cívicos de asociarse con fines políticos y de publicar ideas políticas. Se transforma en derecho expreso cuando el artículo 38, párrafo 3° CN dice que el Estado “*contribuye al sostenimiento económico*” de la capacitación de los dirigentes de los partidos políticos.

2.4.4. Derecho a realizar reuniones políticas:

2.4.4.1. Posee las mismas características que el derecho de reunión civil (que se analiza como derecho no enumerado ya que surge del art. 33, CN), salvo por su finalidad política. Claro que una reunión política organizada entre los socios de una asociación civil, en lugar cerrado, no implica el ejercicio de un derecho cívico, sino de un derecho civil; pero si la reunión es realizada en lugar público ello sí implica el ejercicio de un derecho cívico. En cambio, una reunión política organizada entre sus miembros por una asociación política, sea realizada en lugar abierto o cerrado, implica siempre el ejercicio de un derecho cívico.

2.4.5. Derecho de resistencia:

2.4.5.1. Por vez primera se constitucionaliza este atípico derecho cuando la cláusula de protección al sistema democrático dice: “*Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia*” contra quienes ejecutaren los actos de fuerza que interrumpen la observancia de la Constitución (art. 36, párr. 4°, CN). También vinculado con el derecho a la revolución (ubicado como último derecho implícito), el tema se desarrolla al estudiar el artículo 36 CN dentro del principio de estabilidad.

2.5. Partidos políticos:

2.5.1. Como derecho a constituir o integrar asociaciones de carácter político comprende la caracterización hecha para las asociaciones civiles, salvo las especificidades resultantes de su fin político. También

estas asociaciones deben ajustar su cometido a los fines útiles mentados por el artículo 14 de la CN con el alcance de fin legal que ya le dimos al estudiar los derechos civiles. Implícito estuvo este derecho en el de asociación durante toda la vigencia de la Constitución histórica, en tanto las asociaciones políticas son los partidos políticos.

2.5.1.1. La reforma de 1994 constitucionaliza en el artículo 38 a los partidos políticos en el Capítulo Segundo de la Primera Parte denominado *Nuevos derechos y garantías*. Además, complementan esa norma central diversas disposiciones incluidas en la Segunda Parte, Título Primero, cuando: se les otorga el derecho a nominar a los senadores nacionales (art. 54, CN y D. T. 4^a, párr. 6^o, CN); el partido político de oposición propone y designa al presidente de la Auditoría General (art. 85, párr. 3^o, CN); se exige mayoría agravada para la ley del régimen de partidos políticos (art. 77, párr. 2^o, CN incorporado por Ley 24.430); proscribía absolutamente el dictado de decretos de necesidad y urgencia en esa materia (art. 99, inc. 3^o, párr. 3^o, CN).

2.5.1.2. Esta base constitucional supera ampliamente a los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, que al no hablar de partidos políticos únicamente admiten su inclusión dentro del derecho de asociación política (art. XXII, D. A. D. D. H.), o como derivados de los derechos electorales (art. 2^o, D. U. D. H.; art. 23, C. A. D. H., y art. 25, P. I. D. C. P.).

2.5.2. La Constitución empieza reconociendo a los partidos políticos como “*instituciones fundamentales del sistema democrático*” (art. 38, párr. 1^o, CN).

2.5.2.1. Esa expresión destaca su indiscutible rol protagónico, inexcusable e insustituible en el Estado de Derecho. No puede haber democracia sin la presencia de estas entidades permanentes (estructuradas y organizadas) de intermediación entre el pueblo y sus representantes. En consonancia con la prescripción constitucional, la Ley 23.298 establece que son “instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional” (art. 2^o).

2.5.2.2. Asimismo, implica otorgar a los partidos calidad de “organizaciones de derecho público no estatal”, lo que justifica la preocupación constitucional acerca de ellos en los subsiguientes párrafos del artículo 38 CN.

2.5.2.3. Esta trascendencia institucional que ostentan las agrupaciones partidarias en nuestro ordenamiento jurídico –ya destacada por la Corte Suprema en innumerables oportunidades (F. 310:819, entre tantos otros)– debe servir de pauta de interpretación favorable a ellas a la hora de desentrañar cualquier disposición infraconstitucional que restrinja, lesione o amenace la existencia partidaria en sus múltiples variantes.

2.5.3. *Control estatal de los partidos políticos:*

2.5.3.1. Como los restantes derechos constitucionales, tanto el derecho a formar o integrar un partido político como los derechos de éstos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Ello significa que no puede discutirse la constitucionalidad del control de dichas entidades que –a través de la reglamentación legal de los partidos– haga el Estado.

2.5.3.2. Claro que el control estatal sobre los partidos políticos debe efectuarse en el marco de la razonabilidad (art. 28, CN) y de las limitaciones expresas que impone la Constitución luego de la reforma de 1994: sustanciales (art. 38, párr. 2º, CN) y procedimentales (art. 77, párr. 2º y art. 99, inc. 3º, párr. 3º, CN).

2.5.3.3. Distinguimos dos modalidades principales de control de los partidos políticos:

2.5.3.3.1. *Control formal o instrumental (también llamado cuantitativo):* consiste en establecer los requisitos formales que deben reunir los partidos para ser reconocidos (número mínimo de afiliados, inscripción en un registro especial, llevar determinados libros). También integran este control las pautas que se les fijan a los partidos respecto al manejo patrimonial de sus fondos. Respecto a lo primero, nada dice la Constitución, aunque sí la Ley Orgánica (ver su análisis más adelante). Respecto al financiamiento de los partidos políticos la reforma de 1994 consagró diversas reglas al decir que el Estado “*contribuye al sostenimiento económico*” de los partidos (art. 38, párr. 3º, CN), debiendo éstos “*dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio*” (art. 38, párr. 4º, CN), lo que se especifica en la Ley Orgánica, como veremos luego.

2.5.3.3.2. *Control sustantivo o material (también llamado cualitativo)*: tiene dos modalidades (una permitida y otra prohibida):

- a) *Control de funcionamiento interno*: a través del cual se establece la obligatoriedad para cada partido de adoptar un sistema determinado de gobierno; por ejemplo, realizar elecciones internas periódicas de renovación de autoridades o establecer requisitos y/o incompatibilidades para ser miembro o autoridad del partido, incluyendo el control sobre la actividad de las autoridades o candidatos partidarios. Obviamente, no tiene óbice constitucional alguno.
- b) *Control de la acción externa o programático*: que se lleva a cabo exigiendo que los instrumentos normativos e ideológicos de cada partido (declaración de principios, programa partidario, bases de acción política o plataforma electoral) se adecuen a determinadas orientaciones propugnadas por la Constitución, o que ésta no resulte violada. También forman parte de este control las determinaciones sobre el nombre del partido en la medida en que éste sintetice la orientación ideológica del mismo.

2.5.3.3.2.1. Respecto a este tipo de control, la reforma de 1994 señala que la creación y ejercicio de las actividades de los partidos son libres en la medida en que su organización y funcionamiento sean democráticos. Esta reformulación es el sentido que debe darse al comienzo del párrafo 2º, artículo 38 de la CN. Ello significa que lo único que se exige constitucionalmente es que su organización interna sea democrática y que respeten “*la representación de las minorías*” en sus cuerpos de gobierno. En cambio, no se les puede impedir a los partidos que promuevan el cambio de la forma de gobierno o de Estado, fulminando toda posibilidad de control ideológico de los partidos, por cuanto ello desconocería el derecho constitucional de libre asociación. Además, impedir la actividad de un partido político porque propugne llevar a cabo la modificación del sistema constitucional equivale a darle contenido pétreo a la Constitución en contra del texto claro del artículo 30 CN según el cual aquélla puede ser reformada en el todo o en cualquiera de sus partes (Vanossi, 3). Siempre coincidimos con esta apreciación, máxime luego de la reforma de 1994.

A su vez, este tipo de control suele ser ilusorio pues, como sostuvo la propia Corte (en momentos en que ésta convalidaba este tipo de control [caso “Partido Obrero s/Otorgamiento de personería” –1962–, F. 253:133]), ningún partido subversivo proclama o reconoce su condición de tal, sino que utiliza las vías de acceso al poder ofrecidas por el Estado democrático para hacer efectivos los objetivos adversos a la Constitución, después de conquistado el poder público (para el análisis del citado caso de la Corte, ver poder de policía de la seguridad en épocas de normalidad).

2.5.3.4. La justicia federal con competencia electoral es la encargada de viabilizar el contralor estatal sobre los partidos políticos a fin de que éstos cumplan cabalmente su función constitucional de intermediación entre la sociedad y el Estado. No obstante, se ha señalado que debe ser especialmente prudente al intervenir en el ámbito de reserva de las agrupaciones políticas de modo de no lesionar su régimen de funcionamiento y en consecuencia dañar el sustrato de representatividad de sus dirigentes (c. 7, disidencia de Fayt en el caso “Aner” –1996–, F. 319:2700).

2.5.4. La Constitución les garantiza a los partidos políticos “*la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos*” (art. 38, párr. 2º, CN). Ello significa que no se establece el monopolio de esa nominación, de modo que será el Congreso quien decida –según su criterio de conveniencia política– habilitar o no las candidaturas independientes o extrapartidarias, salvo para la elección de senadores (art. 54, CN). Así, la Ley 23.298 que establece el citado monopolio (art. 2º) no contradice el nuevo texto constitucional como ya lo había dicho la Corte en el caso “Ríos” de 1987 (F. 310:819). Este aspecto demuestra a las claras que los partidos son actores centrales del sistema electoral.

2.5.5. La Constitución les garantiza a los partidos políticos “*el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas*”. Se consagran así dos modalidades específicas del derecho a la información, estudiado como derecho civil.

2.5.5.1. El primer aspecto se entronca en la exigencia republicana de la publicidad de los actos de gobierno (ver su análisis en forma

de gobierno). Claro está que ello no supone su ejercicio exclusivo y excluyente por parte de los partidos.

2.5.5.2. El segundo aspecto supone el acceso a los medios masivos de comunicación (en especial, TV y radio, que utilizan el éter como dominio público del Estado para realizar sus transmisiones), quienes tienen una especie de carga pública de brindar espacios gratuitos para formar la voluntad política de la población. La ley de partidos políticos debe garantizar dicho acceso.

2.5.6. *Regulación legal de los partidos políticos:*

2.5.6.1. La historia política argentina muestra cierta reticencia inicial de los gobiernos constitucionales para reglar jurídicamente la vida de los partidos políticos. Durante mucho tiempo se pensó en la inconveniencia de que el derecho restringiese a la política porque, siendo ésta la fuente del derecho, parece reñido con el orden natural de las cosas que el fruto condicione al árbol.

2.5.6.2. Por ello, no debe sorprender que de los estatutos o instrumentos que han regulado a los partidos políticos sólo tres hayan sido dictados por gobiernos constitucionales (en 1949, 1965 y 1985); los otros advinieron durante gobiernos de facto (en 1931, 1956, 1962, 1971 y 1982). La característica más notable de este proceso iniciado en 1931 (al mismo tiempo que comienza el ciclo de la descomposición constitucional) es el gradual aumento reglamentario de cada uno de estos instrumentos: de los lineamientos generales en 1931 se pasó a una ley marco en 1949 (ley 13.645), a un estatuto reglamentario en 1956 (decreto 19.044/56) y, finalmente, a estatutos cada vez más detallados en 1962 (hubo dos: decretos 7162/62 y 12.530/62), 1965 (ley 16.652), 1971 (ley 19.102), 1982 (ley de facto 22.627) y 1985 (Ley 23.298).

2.5.6.3. También es necesario señalar que los gobiernos de facto no sólo dictaron normas sobre funcionamiento de los partidos políticos sino que en la mayoría de los casos prohibieron el desarrollo de sus actividades (se proscribió al radicalismo en 1930 y al peronismo en 1955; en 1966 se disolvieron todos los partidos y se prohibió su actividad; en 1976, en cambio, se distinguió: algunos fueron disueltos y retirada su personería, y a otros simplemente se les suspendió su actividad).

2.5.6.4. *Ley Orgánica de los Partidos Políticos*: la Ley 23.298 de 1985 es una típica ley federal en tanto se aplica a los partidos que intervengan en la elección de autoridades nacionales (ya sea que actúen en uno, varios o todos los distritos):

2.5.6.4.1. El artículo 1° empieza garantizando el derecho individual de los ciudadanos de asociación política para agruparse en partidos políticos (párr. 1°), y los derechos del partido como agrupación (párr. 2°).

2.5.6.4.2. Se prevé la existencia de partidos de distrito y partidos nacionales. Estos últimos nacen como consecuencia de los primeros, desde que para su reconocimiento es necesario que al menos haya sido admitido en cinco distritos, sin perjuicio de que los partidos de distrito conserven su propia existencia y personería. Para reconocer a un partido se requiere: un grupo de ciudadanos unidos por vínculo político permanente, organización estable y funcionamiento reglado por carta orgánica, y reconocimiento judicial de su personería jurídico-política (art. 3°) por la justicia federal con competencia electoral, encargada de la aplicación de toda la Ley (art. 6°), aunque dicho reconocimiento no otorga derechos definitivos como se observa con los institutos de la caducidad y extinción de los partidos.

2.5.6.4.3. La Ley señala que los partidos tienen una doble personería: la jurídico-política (pública) y la de derecho privado para adquirir derechos y contraer obligaciones según el Código Civil (art. 4°). Esta distinción tiene relevancia para comprender cómo la caducidad del partido político implica la cancelación de la inscripción en el Registro y pérdida de su personalidad política, mas no su extinción como persona jurídica (arts. 49 y concs.). De todas formas, la grave consecuencia de la caducidad (imposibilidad de participar en la elección siguiente) hace que las causales deban ser más que razonables ante la predicada trascendencia del pluralismo de los partidos en el sistema democrático.

2.5.6.4.4. Además se exige una serie de requisitos formales: número mínimo de adherentes (art. 7.a) y limitaciones respecto al nombre (arts. 14/17) y al domicilio (art. 19).

2.5.6.4.5. La Ley exige formas democráticas en la elección de las autoridades partidarias de acuerdo a su carta orgánica (arts. 29/34) bajo supervisión de la justicia federal electoral; su incumplimiento

implica la caducidad del partido (art. 50.a). Empero la Ley guarda silencio respecto de la nominación de candidatos a cargos externos al partido. De cara al artículo 38, párrafo 2º CN pensamos que resulta inexcusable acudir también en el último caso a procedimientos de selección democráticos.

2.5.6.4.6. La Ley suprime el control ideológico establecido por el anterior régimen (ley de facto 22.627) que exigía que las cartas orgánicas de los partidos sostuvieran el régimen democrático, representativo, republicano y federal, así como los principios y fines de la Constitución. Al quedar prohibido este control por parte de la propia Constitución (se descarta la doctrina de la Corte en el caso “Partido Obrero” de 1962), las únicas responsabilidades que existen son las penales y éstas son personales, no pudiendo hacerse extensivas a la persona de derecho público no estatal. Por ello, nos parece inconstitucional la previsión de la Ley 23.298 que dispone la extinción del partido cuando sus autoridades o candidatos cometieren delitos de acción pública (art. 51.c).

2.5.6.4.7. La Ley reitera la discutible causal (ya impuesta en 1962) de caducidad de la personalidad política del partido que no alcance “en dos elecciones sucesivas el 2% del padrón electoral en ningún distrito” (art. 50.c). La Corte de nueve miembros, en el caso “Partido Obrero (Neuquén)” de 1992 (F. 315:380), ha entendido (en contra de la lectura literal de la norma) que no basta que en algunos de los distritos en que se haya presentado a elección superase dicho porcentaje para que su personería siga incólume en la totalidad del resto de los distritos en que exista el partido; además rechazó el planteo de inconstitucionalidad de dicha disposición por entender que no viola el artículo 16 CN y por ser razonable que se exija un volumen electoral para mantener la personalidad política. Poco después, en una tenue pero promisoría apertura a este último criterio, luce la disidencia parcial de Petracchi en el caso “Partido Obrero (Distrito Capital)” (F. 315:1398): primero, al señalar que el recaudo relativo al caudal de votos obtenido en una elección a fin de condicionar la actuación del partido en las futuras es un juicio de conveniencia (al menos se admite que su derogación sería constitucional), y, más importante, al no descartar un futuro reexamen acerca de la invalidez de un requisito como el cen-

surado, no como cuestión de puro derecho, sino a partir de una precisa comprobación por parte del partido agraviado (c. 7).

2.5.6.4.8. El Título V de la Ley se ocupa del patrimonio de los partidos, funciona como reglamentación de la cláusula del artículo 38, párrafos 3º y 4º CN. Se prohíbe recibir contribuciones o donaciones anónimas de entidades autárquicas o descentralizadas nacionales o provinciales o de asociaciones sindicales, patronales o profesionales (art. 41). Se establece un “Fondo Partidario Permanente” (art. 46) con “la finalidad de proveer a los partidos reconocidos de los medios económicos que contribuyan a facilitarle el cumplimiento de sus fines institucionales”. Ese respaldo estatal se obtiene, entre otras, por vía de franquicias o de subsidios.

a) Ejemplo de estos últimos son las sumas distribuidas por el Estado de acuerdo a la cantidad de votos obtenidos en el último comicio nacional por cada partido. Este aspecto legal fue modificado por el artículo 24, Ley 24.447 de “aprobación” del presupuesto del año 1995 (rebajó a \$ 2,5 la suma por voto obtenido), cuya constitucionalidad fue proclamada por la Corte en el caso “Partido Comunista” de 1995 (F. 318:567) (ver su anotación al final de la atribución congressional de fijar el presupuesto en poderes exclusivos del gobierno federal).

b) Ejemplo de franquicias, delegado su establecimiento al P. E. N., es la eximición de pago para las agrupaciones partidarias de sus gastos de servicios telefónicos (dec. 396/89, modificado por el 1169/89), beneficio sobre el cual la Corte en 1993 tuvo oportunidad de pronunciarse en los casos “Partido Justicialista” (F. 316:2117) y “Partido Obrero” (F. 316:2123). En ambos se confirmó la procedencia de amparos presentados por esas distintas agrupaciones, diciendo que del juego armónico de las normas implicadas (decretos citados, Ley de Partidos Políticos y ley de facto de telecomunicaciones 19.798) resulta que las organizaciones políticas son usuarias del servicio telefónico, pero el único obligado directo al pago es el Ministerio del Interior, y, por ende, “no puede exigírsele a ellas el pago ni suspender o rescindir el servicio como consecuencia de su falta”, situación que no se modifica aunque el prestador sea una empresa privada.

3. Derechos electorales:

3.1. Son los derechos políticos que, por un lado, permiten a los

ciudadanos intervenir en la formación del gobierno del Estado, facultándolos a elegir sus autoridades y ser elegidos como tales, y por otro, a proponer y a adoptar decisiones políticas. Ambas subespecies de derechos electorales reconocen en el sufragio su elemento común: en un caso, como medio de elección (lo que supone como contrapartida ser electo), y, en el otro, como modo de decisión.

3.1.1. La reforma de 1994 introdujo, por primera vez en el texto histórico, una norma general sobre los derechos electorales en el artículo 37 CN, y sendas cláusulas sobre formas semidirectas de democracia (arts. 39/40, CN). Todo ello se complementa con las disposiciones de algunos instrumentos internacionales: con jerarquía constitucional (art. XX, D. A. D. D. H.; art. 21, D. U. D. H.; art. 23, C. A. D. H., y art. 25, P. I. D. C. P.), y con jerarquía superior a las leyes (entre otros: Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, arts. I/III, aprobada por la ONU en 1953 y por la Argentina en 1960 por Ley 15.786).

3.2. Sufragio como medio de elección:

3.2.1. Derecho a elegir:

3.2.1.1. *Bases constitucionales del sufragio*: ante todo, destacamos que las características del sufragio que analizamos a continuación son válidas tanto para el derecho a elegir como para el ejercicio de las formas semidirectas de democracia (arts. 39/40, CN).

3.2.1.2. Desde el punto de vista formal: el artículo 77, párrafo 2º de la CN (incorporado por Ley 24.430 para solucionar la omisión de inclusión por parte de la Convención Constituyente de 1994 del llamado “artículo perdido”) establece una mayoría calificada para las leyes que modifiquen el régimen electoral; a lo que debe sumarse la tajante prohibición para el presidente de emitir decretos de necesidad y urgencia en materia electoral (art. 99, inc. 3º, párr. 3º, CN). Desde el punto de vista sustancial: “*El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio*” (art. 37, párr. 1º *in fine* CN). De este modo se ha llevado al texto constitucional los ya clásicos postulados electorales contenidos en la ley Sáenz Peña de 1912 (8871) con su demorado complemento del otorgamiento de derechos políticos a las mujeres de 1947 (Ley 13.010).

3.2.1.2.1. *Universalidad del sufragio*: implica que tienen derecho al voto todos los ciudadanos sin distinción ni discriminación alguna. El Código Nacional Electoral (ley de facto 19.945, t. o. dec. 2135/83; Leyes 24.014, 24.444 y 24.904), aplicable a la elección de cargos electivos nacionales, establece que todos los ciudadanos (nativos, por opción o naturalizados), varones y mujeres, mayores de dieciocho años, sean o no alfabetos, tienen el derecho a elegir salvo los supuestos expresamente contemplados por ley. Así, el artículo 3° del Código citado excluye a ciertos dementes y sordomudos, a los detenidos por orden judicial, a los condenados por delito doloso a pena privativa de libertad, a los rebeldes en causa penal, entre otros. El 10 de octubre de 2000, ante la presentación de un amparo colectivo, la Cámara Nacional Electoral en el caso “Mignone” (inérito) declaró inconstitucional la prohibición de sufragar a los privados de libertad sin condena (art. 3.d) por vulnerar la garantía de la presunción de inocencia del artículo 18 CN. Sin embargo, los detenidos continuarán con la imposibilidad fáctica de votar hasta tanto los poderes políticos reglamenten la forma de llevarlo a la práctica. En igual fecha, el mismo tribunal en el caso “Roldán” (inérito) rechazó la impugnación a la exclusión electoral de los condenados (art. 3.e) por entender que ella se ajusta a lo dispuesto en el artículo 23.2 *in fine* de la C. A. D. H.

3.2.1.2.2. *Igualdad del sufragio*: implica que un hombre o una mujer vale un voto, como forma de reforzar la universalidad del sufragio. Aquí hay que deslindar el tema del doble voto simultáneo que se analiza más adelante al estudiar el sistema de lemas o sublemas.

3.2.1.2.3. *Secreto del sufragio*: garantiza la reserva de cada ciudadano para sufragar por quien desea en el cuarto oscuro sin el temor de sufrir presiones ni represalias ulteriores. Por ello ningún elector puede comparecer a votar exhibiendo la boleta del sufragio ni formular manifestación alguna que importe violar tal secreto.

3.2.1.2.4. *Obligatoriedad del sufragio*: nos conecta con la bizantina discusión sobre si el sufragio es un derecho o un deber, planteado por una orientación *iusnaturalista* que tiene el optimismo de encontrar un “en sí” jurídico, verificable por el conocimiento, en la naturaleza de las cosas. Según la Constitución, el sufragio está reconocido como derecho (arts. 1°, 22, 45, 54 y 94/98, CN) y como deber genérico (art. 37),

con la única excepción acerca de la no obligatoriedad del voto en el caso de la consulta popular no vinculante (art. 40, párr. 2º, CN).

3.2.1.2.4.1. Según el Código Nacional Electoral están obligados a sufragar todos los que tienen derecho de hacerlo, salvo:

- a) Los mayores de 70 años;
- b) los que se encuentran a más de 500 km del lugar donde tuvieran que emitir su voto;
- c) los jueces electorales y sus auxiliares que deban asistir a sus oficinas y tenerlas abiertas durante las horas de la elección;
- d) los enfermos imposibilitados de concurrir al sufragio por razones de fuerza mayor, y
- e) el personal de los organismos públicos que no pueda concurrir al sufragio por razón de sus tareas.

La obligación se cumplimenta con la emisión del voto, y su incumplimiento se sanciona con multa, salvo que el elector que dejase de emitir su voto lo justificare; además, no podrá ser designado para desempeñar empleos públicos durante tres años a partir de la elección.

3.2.1.2.4.2. *Obligatoriedad del sufragio y objeción de conciencia:* se discute si este deber constitucional puede ser eximido fundado en la denominada objeción de conciencia (aspecto ya analizado al estudiar el derecho de profesar un culto) a partir de la invocación de creencias religiosas, filosóficas o morales. La Corte Suprema de Santa Fe en 1994 en el caso “Holder” (J. A. 1995-II-397) desestimó el planteo de un grupo de ciudadanos que profesaban un culto reconocido que, según ellos, les impedía elegir autoridades ya que Dios es quien debe hacerlo; entre otras razones sostuvo el Alto Tribunal local que la opción del voto en blanco permite compatibilizar el derecho invocado con el deber impuesto.

3.2.2. Derecho a ser elegido:

3.2.2.1. Este derecho surge de las cláusulas constitucionales que establecen los requisitos para ocupar los cargos públicos de elección popular (arts. 48, 55 y 89), como las diversas formas de elección previstas en la propia Constitución (arts. 45, 54 y 94/98), todo lo cual es examinado al abordar el estudio de cada uno de los órganos electivos en la subestructura orgánica constitucional. A pesar del lenguaje en

masculino que sigue utilizando el texto constitucional incluso luego de la reforma de 1994 al referirse a los cargos electivos, es obvio que las mujeres son elegibles como expresamente lo dispone la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (art. II).

3.2.2.2. En una novedosa cláusula de la reforma de 1994, que introduce una faceta enriquecedora del concepto de igualdad entre hombres y mujeres, establece que *“La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”* (art. 37, párr. 2º, CN). La D. T. 2ª de la CN agrega que dichas acciones positivas *“no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”*. De este modo, el cupo del 30% en favor de las mujeres (Ley 24.012 de 1991, modificatoria del Código Nacional Electoral) en las listas de candidatos de las elecciones nacionales de diputados deberá ser respetado sin que una futura ley pueda bajar dicho porcentaje. Va de suyo que esta novedad constitucional no violenta, sino que mejora, la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer ya citada, que de ningún modo proscribía las acciones positivas tendientes a hacer efectiva las “condiciones de igualdad con los hombres” (art. II).

3.2.2.3. En el caso “Partido Justicialista de Santa Fe c/Prov. de Santa Fe” –1994– (F. 317:1195), conocido como caso “Reutemann”, la Corte Suprema rechazó el cuestionamiento de inconstitucionalidad de la norma de la Constitución de Santa Fe que impedía la reelección inmediata del entonces gobernador por entender que ello no viola el artículo 23 de la C. A. D. H. que había invocado la parte actora, por ser una restricción compatible con la organización democrática (c. 4 de la mayoría). El voto concurrente de Fayt profundiza los argumentos desestimatorios al señalar que la reelección del Poder Ejecutivo (nacional o provincial) no es una característica diferencial del sistema republicano y que tampoco se le opone a éste; pero que no cabe duda de que la periodicidad de los mandatos se halla más cerca del espíritu que anima a nuestra forma de gobierno (c. 17). Para el análisis del presente fallo, remitimos en especial a autonomía provincial dentro del Estado federal.

3.2.3. Sistemas electorales aplicados en Argentina:

3.2.3.1. Los sistemas electorales son el vínculo o punto de contacto (teórico y práctico) entre el derecho de los electores (a elegir) y el de los elegidos (a ser electos). Aquí incluimos los distintos sistemas (métodos de distribución de cargos electivos) sólo para integrar los órganos pluripersonales (por ello dejamos fuera el sistema del *ballottage* adoptado por la reforma de 1994 para elección de presidente).

3.2.3.2. En ese acotado sentido, la Constitución histórica no se pronunciaba por ningún sistema electoral, siguiendo en esto el consejo de Alberdi en el sentido de que ése es un tema contingente que no debe cristalizarse en la rigidez de la ley suprema. En cambio, a partir de 1994 aparece en el texto constitucional el sistema de lista incompleta limitado a la elección de senadores (ver composición del Congreso). A continuación pasamos a estudiar –a partir de la expresión constitucional de que los diputados se eligen directamente por el pueblo “*a simple pluralidad de sufragios*” (ex art. 37, actual art. 45)– la forma como se ha reglamentado en la historia argentina:

3.2.3.2.1. *Sistema de lista completa a pluralidad de votos* (utilizado desde 1857 a 1902 y desde 1904 a 1912). Funcionaba de la siguiente forma:

- a) Cada ciudadano votaba por el número total de diputados (y electores de presidente cuando la elección era indirecta) que correspondía a cada distrito y triunfaba la lista que obtenía más votos;
- b) si había tres listas (A, B y C) y seis diputados a elegir, y la lista A obtenía 5.000 votos, la lista B, 4.000 votos y la lista C, 3.900 votos, resultaba que la lista A imponía sus seis candidatos, en tanto que las otras dos listas ninguno;
- c) de este modo se consagraba una injusticia electoral que distorsionaba el sistema representativo del artículo 1º CN: el 40% se imponía al 60%. Como lo señalaba González Calderón, el sistema establecía la siguiente paradoja: $50 + 1 = 100$, y $50 - 1 = 0$.

3.2.3.2.2. *Sistema por circunscripciones y voto uninominal* (utilizado en dos períodos: 1902/4 y 1951/4). Funcionaba así:

- a) Cada distrito electoral (las provincias y la Capital Federal) se dividía en tantas circunscripciones como diputados (y electores de presidente) había que elegir; dentro de cada circunscripción cada ciudadano votaba un solo candidato. Las listas partidarias proponían un candidato por circunscripción y ganaba la lista más votada;
- b) este sistema permitía romper con la unanimidad de representación, pues no era factible que el partido dominante ganara en todas las circunscripciones;
- c) fue considerado por el presidente Quintana como un sistema inconstitucional, ya que al decir el entonces artículo 37 CN (hoy art. 45) que cada provincia y la Capital Federal constituían distritos electorales, ello involucraba su indivisibilidad. Dicha interpretación es opinable y no surge inequívocamente del texto constitucional; cabe entender que es discrecional del Congreso disponer o no la división de los distritos. Lo impugnable del sistema es que se puede distorsionar en la práctica al confeccionarse las circunscripciones de forma tal de romper los distritos opositores, como ocurrió en la segunda oportunidad que se aplicó en el país (la que nacía en Barrio Norte moría en La Boca).

3.2.3.2.3. *Sistema de lista incompleta y voto restringido* (establecido por la ley Sáenz Peña en 1912 y utilizado hasta 1949 y nuevamente en 1958 y 1960). Funcionaba del siguiente modo:

- a) Dentro de cada distrito cada lista partidaria postula candidatos para cubrir sólo los dos tercios del número total de vacantes a llenar; por ende, cada ciudadano vota un número de candidatos que representa los dos tercios del total de vacantes. La lista partidaria más votada impone dos tercios de sus candidatos, y la que le sigue impone el tercio restante;
- b) por ejemplo si se presentan tres partidos (A, B y C) y hay seis vacantes a cubrir y el partido A obtiene 5.000 votos, el B, 4.000 votos y el C, 3.900 votos, resulta que el partido A impone

cuatro candidatos, el B impone dos candidatos y el C ninguno. La reforma constitucional de 1994 lo establece para la elección de senadores nacionales (art. 54, CN).

3.2.3.2.4. *Sistema proporcional D'Hont* (utilizado en la elección de convencionales constituyentes de 1957; en las de diputados nacionales de 1963, 1965, 1973, y desde 1983 hasta la fecha). El sistema funciona del siguiente modo:

- a) El total de los votos obtenidos por cada partido se divide sucesivamente por uno, por dos, por tres, etcétera, hasta llegar al número de bancas a cubrir (si son 45, se hacen 45 divisiones);
- b) todos los cocientes obtenidos (cualquiera sea la lista a que pertenezcan) se ordenan en forma decreciente (si dos cocientes son iguales, se colocan ambos pero ubicando en primer término al del partido que obtuvo mayor cantidad de votos);
- c) el cociente ordenado en último término (si son 45 las divisiones, el 45 cociente dispuesto en dicho orden) será el divisor común o cifra repartidora. Cuantas veces entre dicho divisor común en el número total de votos obtenidos por cada partido, ello indicará el número de cargos que le corresponde a cada uno.

Ejemplo: en una elección intervienen cuatro partidos (A, B, C y D) para cubrir siete cargos; el partido A obtiene 17.000 votos; el B, 15.300 votos; el C, 11.400 votos, y el D, 3.400 votos.

1er paso: se dividen los votos de cada partido siete veces, por ser siete el número de bancas a cubrir, lo que da:

	A	B	C	D
1)	17.000	15.300	11.400	3.400
2)	8.500	7.650	5.700	1.700
3)	5.660	5.100	3.800	1.466
4)	4.250	3.825	2.850	850
5)	3.400	3.060	2.280	680
6)	2.833	2.550	1.900	566
7)	2.428	2.185	1.625	485

2° *paso*: se ordenan en forma decreciente los primeros siete cientos por ser siete los cargos a cubrir, lo que da: 17.000, 15.300, 11.400, 8.500, 7.650, 5.700 y 5.660 (cifra repartidora).

3° *paso*: se dividen los votos obtenidos por cada partido por la cifra repartidora, lo que da el número de bancas que obtiene cada uno, a saber:

Partido	A:	17.000	dividido	5.660 = 3 bancas
"	B:	15.300	"	5.660 = 2 bancas
"	C:	11.400	"	5.660 = 2 bancas
"	D:	3.400	"	5.660 = <u>0 bancas</u>
				7 bancas
				(total)

3.2.3.2.5. *Sistema de doble voto simultáneo o de lemas o sublemas* (conocido por su utilización en Uruguay entre 1934 y 1997; no implementado a nivel nacional aunque sí en varias provincias argentinas para su ámbito local: Chubut, Formosa, Salta, Santa Cruz, Santa Fe, Tucumán). El sistema funciona del siguiente modo:

- Cada partido es un "lema", permitiéndose que existan en cada uno de ellos todos los "sublemas" que logren una adhesión interna mínima para postular candidaturas a los cargos que se deben cubrir;
- gana la elección el "lema" o partido que obtiene más votos, luego de sumar los votos obtenidos por todos los "sublemas" de ese "lema" o partido;
- determinado el partido ganador, dentro del mismo gana el "sublema" que obtuvo más votos;
- es decir que el elector, cuando sufraga, vota doblemente al mismo tiempo: para definir cuál va a ser el candidato de su partido (como si fuera una elección interna) y para cubrir el cargo motivo de la elección. Se trata de una suerte de elec-

ción primaria abierta a todo el electorado realizada juntamente con la elección principal;

- e) tiene la ventaja de que los partidos “ahorran” el tiempo y el dinero que cuestan las elecciones internas. Otra ventaja es que se “abren” los partidos a toda la sociedad para definir sus candidaturas internas, lo cual puede servir para salvar la incomunicación entre dirigentes partidarios y electores. Se le objeta que puede facilitar que “sublemas” ajenos al programa partidario puedan triunfar dentro del partido, desnaturalizando así su identidad política. En el caso “Sisterna” –1995– (F. 318:2396), la Corte, al resolver una cuestión de competencia donde se objetaba que la ley provincial violaba la elección directa dispuesta por el artículo 185, Constitución de San Juan, no se pronunció sobre su constitucionalidad o no.

3.2.4. El sistema electoral de lemas en las provincias argentinas:

este sistema electoral, de origen francés, pero aplicado durante muchísimo tiempo en el Uruguay, es cautivante porque desacraliza el liderazgo personal en la política y convoca a votar por lemas, es decir por principios y no por personas. Pero ocurre lo que pasa siempre: los principios de calidad son desnaturalizados a la hora de su aplicación. Como cada lema tiene, necesariamente, que convocar o tener todos los sublemas que deseen colocarse debajo del lema principal, que por lo general es un centro histórico en cada país o provincia que lo instale, resulta que dentro del lema se ubican posiciones antagónicas bajo el mismo paraguas. Pero eso no es nada; como todos los votos de los sublemas se acumulan debajo del lema más votado, resulta que puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que el sublema más votado se imponga a candidatos que tienen menos votos que otros candidatos de sublemas menos votados. Una forma concreta de desvirtuar el principio de la mayoría del sistema democrático. Es por eso que el sistema de lemas cabe ser descalificado por inconstitucional, porque nunca un candidato que recibe más votos puede resultar perdedor en la elección donde compete. No lo ha entendido del mismo modo nuestra Corte Suprema, como lo veremos más adelante.

3.2.5. En nuestro país varias provincias instalaron el sistema de lemas; nos referimos a Santa Fe, Chubut, Formosa, Jujuy, La Rioja,

Misiones, Río Negro, Salta, San Luis y Santa Cruz. En el caso “Partido Demócrata Progresista c/Provincia de Santa Fe” (sentencia del 24 de junio de 2003) el tribunal se pronunció por la constitucionalidad del sistema de lemas. Según la Corte “no parece irrazonable la aludida preferencia evidenciada por la ley local. En efecto, de un lado tenemos a los partidos políticos, con trayectoria, tradiciones, simbologías y cultura propias e intransferibles. Del otro, alianzas electorales transitorias, que como tales son reconocidas por la justicia electoral de la provincia y cuya integración y ámbito territorial va sucesivamente variando con los años”. La línea argumental es un sofisma, porque no dirime el fondo de la cuestión, sino que legitima una distinción, entre partidos y candidatos, que no está en debate. Lo que está en debate es cómo justificar que quien vota por el candidato que quiere que gane, en realidad está poniendo su voto por quien no quiere que gane. ¿Con qué sofisma me va a contestar la Corte a esta cuestión que no supo ni quiso plantear?

3.3. Sufragio como medio de decisión:

3.3.1. La reforma de 1994 incluyó de manera expresa dos formas semidirectas de democracia (arts. 39 y 40, CN), institucionalizando el derecho a la participación política, que se suma a las modalidades participacionistas en otros ámbitos (para esto último ver lo dicho en forma de gobierno en la subestructura orgánica constitucional).

3.3.2. De este modo ha quedado concluida la vieja polémica acerca de su constitucionalidad que surgió a partir de lo estatuido por el artículo 22, parte 1ª: “*El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución*”.

3.3.2.1. Nosotros, aun antes de 1994, no teníamos dudas de que las formas semidirectas siempre estuvieron comprendidas en los términos del artículo 33 CN, pues lo que el artículo 22, parte 1ª excluía eran las presentaciones populares espontáneas que pudiesen terminar en una sedición a tenor de lo dispuesto en la parte 2ª del artículo 22; pero nunca vedada la participación popular instrumentada ante o por los representantes del pueblo.

3.3.2.2. Esta cuestión ya había sido planteada ante la Corte Suprema en 1984 en el caso “Baeza” (F. 306:1125) donde se solicitó la incons-

titucionalidad del decreto del P. E. N. de convocatoria a consulta popular no vinculante sobre el arreglo de límites con Chile en la zona del canal Beagle. Sin resolver el fondo de la cuestión el Alto Tribunal rechazó el amparo por entender que no había causa o caso judicial.

3.3.2.3. Sin embargo, la polémica aludida mantiene alguna actualidad respecto a la posibilidad de admitir a nivel federal otras formas semidirectas a más de las expresamente contempladas (ej. revocatoria de mandatos o *recall*, veto popular, revisión popular de sentencias). De nuevo sostenemos que todos estos mecanismos, lejos de desvirtuar a la república representativa, la fortalecen. Para este tema remitimos a derechos no enumerados (art. 33, CN).

3.3.3. Iniciativa popular legislativa:

3.3.3.1. El nuevo artículo 39 CN ha institucionalizado una forma concreta del derecho de peticionar a las autoridades del artículo 14 CN: la iniciativa popular. Por medio de ella, un grupo de ciudadanos (lo que parece excluir a los extranjeros) puede presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados. Al no haber su iniciativa ante el Senado, se plantea la duda respecto de la posibilidad de iniciativa de leyes que tienen como origen a la Cámara de Senadores (art. 75, incs. 2º, párr. 4º y 19, párr. 2º, CN).

3.3.3.2. El Congreso le debe dar “*expreso tratamiento*” al proyecto “*dentro del término de doce meses*”, sin aclarar desde cuándo debe contarse dicho plazo.

3.3.3.3. El procedimiento para presentar la iniciativa no está reglado en la Constitución; ésta manda que lo haga el Congreso a través de una ley reglamentaria que debe cumplir ciertos recaudos de forma y de fondo en el artículo 39, párrafo 2º CN: procedimentalmente, exige mayoría calificada para su sanción; sustancialmente, dicha ley no podrá exigir más del 3% del padrón nacional (techo y no piso) y debe contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

3.3.3.3.1. La aludida ley ha sido dictada en 1996 (aunque en violación al plazo de la D. T. 3ª) bajo el N° 24.747 y exige como mínimo el 1,5% del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales, con representación –al menos– de seis distritos electorales.

3.3.3.4. El artículo 39, párrafo 3° CN prohíbe iniciativas populares sobre leyes referidas “*a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal*”. Ningún justificativo existió para restringirle al pueblo su derecho de iniciativa en estas materias. Debíó haberse reconocido este derecho sin limitación alguna. Sin embargo, similar criterio siguió la Constitución porteña al proscribir las cuatro primeras materias citadas más arriba, aunque no excluyó la penal como objeto de iniciativa popular.

3.3.3.5. De todos modos, el Congreso debe tratar el proyecto en el plazo indicado pero no está obligado a darle aprobación; por lo menos es lo que parece inferirse del silencio que guarda el artículo 39 CN sobre la suerte del proyecto eventualmente rechazado por el legislador (por ej., necesidad de convocar a consulta popular vinculante para que sea el pueblo el que, en última instancia, resuelva).

3.3.3.6. También guarda silencio el artículo 39 CN y su ley reglamentaria respecto a qué ocurre en caso de que transcurran los 12 meses sin que el Congreso trate el proyecto presentado. En cambio, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 40 de 1998 –reglamentaria del artículo 64 del Estatuto autonómico– prevé expresamente una solución para ciertos supuestos en que transcurriera el plazo de 12 meses sin que la Legislatura haya tratado el proyecto: la obligación del jefe de Gobierno de convocar a referéndum vinculante y obligatorio, pero solamente cuando el proyecto de ley por iniciativa popular haya reunido más del 15% del padrón electoral del distrito (art. 19, ley citada). Nosotros pensamos que esa solución debería extenderse cualquiera fuera el porcentaje de firmas con que se hubiera presentado el proyecto de ley, claro está superado el piso mínimo exigido por ley, sin necesidad de exigir ningún plus de firmas para que sea el pueblo –titular de la soberanía– quien en definitiva decida.

3.3.4. Consulta popular:

3.3.4.1. El artículo 40 CN prevé dos formas de consultar al pueblo según que su resultado sea vinculante para los poderes políticos (párr. 1°) o no vinculante (párr. 2°); en tanto que el párrafo 3° y último se refiere a ambas modalidades al establecer: “*El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada*

Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

3.3.4.2. *Consulta popular vinculante:*

3.3.4.2.1. *“El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática”* (art. 40, párr. 1º, CN).

3.3.4.2.2. Este tipo de consulta no tiene restricción de materias en el texto constitucional, y puede versar sobre la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general como sobre la adopción de cualquier decisión a tomar por el Congreso. En este caso, el voto popular (afirmativo o negativo) es obligatorio, *a contrario sensu* del artículo 40, párrafo 2º y por aplicación de la norma general del artículo 37, párrafo 1º *in fine* CN.

3.3.4.2.3. Como el resultado electoral obtenido es vinculante para los órganos políticos, quienes no podrán dejar de cumplirlo, parece más apropiado denominar a esta consulta como referéndum legislativo ya que la opinión mayoritaria del electorado es la verdadera decisión. Su carácter vinculante se percibe no sólo al final del proceso (con el inmediato e ineludible acatamiento de la voluntad popular reflejada en la votación), sino desde el comienzo mismo (la ley de convocatoria ni siquiera puede ser vetada por el presidente), e incluso para el futuro (una decisión adoptada por esta vía no puede ser derogada por un procedimiento distinto).

3.3.4.3. *Consulta popular no vinculante:*

3.3.4.3.1. *“El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio”* (art. 40, párr. 2º, CN).

3.3.4.3.2. Lo que importa destacar en esta modalidad es que la habilitación constitucional a ambos órganos políticos está restringida a las atribuciones que a cada uno de ellos corresponde. Por tanto, será absolutamente inconstitucional toda convocatoria que exceda el ámbito de competencia de cada poder.

3.3.4.3.3. Por esta modalidad, cualquiera de los órganos políticos representativos, cada uno dentro de sus competencias, requiere la opinión o parecer del electorado, y por ello no es obligatorio votar y el resultado electoral obtenido no vincula jurídicamente al órgano convocante. Aquí sí la denominación constitucional de consulta es de estricta semántica.

E) Derechos sociales

1. Introducción:

1.1. No son derechos a la propia conducta, sino a la de un tercero (el o los empleadores o el Estado), quien debe cumplir con las prestaciones indicadas en el texto constitucional a favor de distintos sujetos: individuales (trabajadores, mujeres, niños, ancianos, discapacitados) o grupales (caso de los derechos gremiales y familiares).

1.1.1. La doctrina ha denominado a estos derechos como sociales, lo que a priori aparece como tautológico, pues el carácter social está implícito en todo derecho; sin embargo, con ello se quiere destacar la necesidad de proteger más eficazmente al sector, o a sus integrantes, más débil de una situación social determinada (por ej. en la relación laboral, los trabajadores), y también el perjuicio social que la falta de dicha protección provocaría. La consecuencia inmediata de calificar como social el derecho a determinadas prestaciones ha sido otorgarle calidad de orden público, con el efecto de ser considerados irrenunciables (tanto para sus titulares, quienes no pueden disponer de ellos, como para ambos sujetos, quienes no pueden disminuir esos derechos pero sí mejorarlos).

1.1.2. A estos derechos también se los ha denominado como de segunda generación atento a que su reconocimiento constitucional se hizo en un tiempo posterior al momento del nacimiento del Estado constitucional, sumándose a los primeros derechos civiles y políticos con los que se encuentran en interdependencia.

1.2. *Constitucionalismo social*: con esa denominación se indica la etapa posterior al constitucionalismo clásico o liberal en la cual se produce una doble transformación: del Estado gendarme se pasa al Es-

tado intervencionista en lo económico-social, y se complementan los derechos individuales con estos nuevos derechos correspondientes a protagonistas o titulares sectorizados, con “nombre propio” (trabajadores, mujeres, niños, ancianos, gremios, familia), para corregir, remediar o morigerar las injusticias sociales más notorias engendradas bajo el Estado liberal burgués. Es decir, que se especifican distintos titulares y nuevos contenidos que antes se disolvían en el genérico y abstracto concepto de persona y derecho individual, y aparece una nueva gramática de los derechos humanos con la incorporación progresiva de nuevos sujetos en situación de desventaja fáctica dotados de nuevas facultades.

1.2.1. En rigor esta nueva etapa significa la jerarquización constitucional de una nueva concepción que –aunque empezó desarrollándose por debajo de los textos supremos a partir del reclamo de los propios beneficiarios– se plasma inicialmente en la Constitución de Querétaro en 1917 (México) y de Weimar en 1919 (Alemania). Entre ambos (1918), ejerce fuerte gravitación (al menos por diferenciación) la original Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado proclamada en la naciente Rusia soviética y redactada por Lenin. Más tarde, el constitucionalismo social se consolida a partir de la segunda posguerra (en especial en Europa occidental).

1.2.2. En el ámbito internacional, finalizada la Primera Guerra Mundial, a partir de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en virtud del Tratado de Versalles de 1919, se empezó a reconocer determinados derechos que tiempo después comienzan a esbozarse en numerosos instrumentos internacionales especiales (Convenios de la OIT) o generales (en 1948, la D. U. D. H. refleja la interrelación e indivisibilidad entre estos nuevos derechos y los tradicionales derechos civiles y políticos; en 1966, el P. I. D. E. S. C. recién viene a regular más integralmente muchos de estos nuevos derechos).

1.2.3. Como intento por salvar el abismo entre las declaraciones de derechos del siglo pasado y la incapacidad de ejercicio de grandes sectores sociales sujetos a groseras formas de explotación, significó un indudable avance, aunque un balance de los resultados de este constitucionalismo ha dejado mucho que desear en el mundo de los

hechos. Por un lado, con la discusión sobre su carácter operativo o programático que en gran medida le ha restado vigencia real y efectiva (ver su estudio en clasificación de normas), y, además, hoy más que nunca, cuando se pretende revertir a nivel infraconstitucional (aún no a nivel supremo) sus postulados en una especie de vuelta al pasado.

1.3. Originariamente nuestra Constitución de 1853 no los preveía expresamente. Esta nueva categoría de derechos impacta tardíamente en la Argentina luego de la Segunda Guerra Mundial con la reforma de 1949, derogada por el gobierno de facto en 1956. Con posterioridad, sendas reformas constitucionales (1957 y 1994) se referirán a ellos. En 1957, con la incorporación del conocido como artículo 14 bis sin haberse seguido el procedimiento previsto en la Constitución para su reforma. En 1994, además de ratificarse democráticamente la cuestionada reforma de 1957, se amplían asistemáticamente ciertos derechos sociales por dos vías: una por introducción de nuevas normas en el texto supremo, y la otra, al otorgar jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos.

1.3.1. Respecto a lo primero, se dilató el contenido del artículo 14 bis al reconocer, en forma genérica, para cierto grupo de personas derechos sociales: niños, mujeres, ancianos y discapacitados (nuevo art. 75, inc. 23, CN). Además, al incluir pautas orientadoras como “*justicia social*”, “*generación de empleo*” y derecho de los trabajadores a su “*formación profesional*” (art. 75, inc. 19, párr. 1º, CN).

1.3.2. Respecto a lo segundo, el nuevo artículo 75, inciso 22, párrafo 2º CN reconoce entre los instrumentos con jerarquía constitucional varias normas internacionales que se ocupan de estos derechos: la C. A. D. H. en una solitaria norma (art. 26, *Desarrollo progresivo*) de carácter marcadamente programático como lo destacamos al analizar la operatividad de sus cláusulas en clasificación de normas, y el P. I. D. C. P. (arts. 6º a 12). En ambos casos rige la llamada “cláusula del individuo más favorecido” (Newman y Vasak) que impide su invocación para retacear derechos mejor amparados por el ordenamiento nacional o por otro instrumento internacional (art. 29.b, C. A. D. H., y art. 5.2, P. I. D. C. P.).

1.3.3. Sin perjuicio de lo anterior, también en virtud de la reforma de 1994 que concede expresamente a los demás tratados internacionales

una jerarquía superior a la ley (art. 75, inc. 22, párr. 1º *in fine* CN), hace que se ubiquen en ese privilegiado rango normativo todos los Convenios de la OIT (ej. Nº 154/81). Asimismo, el Protocolo de San Salvador de 1988 (aprobado por Ley 24.658 de 1996), adicional a la C. A. D. H. (Pacto base) que, atento a la parquedad y programaticidad del artículo 26, desenvuelve los derechos económicos, sociales y culturales en forma semejante a la prevista en el Pacto Internacional de esos derechos, aunque con algunas diferencias que marcan una evolución en el ámbito americano.

1.4. *Paradojal fin y comienzo de milenio*: el señalado refuerzo a nivel normativo supremo contrasta flagrantemente también en Argentina con una regresiva tendencia legislativa que conduce a una paulatina pero sostenida flexibilización y/o desmantelamiento de las conquistas sociales (precarización del empleo y de la negociación colectiva con una paralela privatización del sistema de seguridad social). Pretextando paliar la creciente desocupación y la crisis financiera previsional, a la vez que reducir el “costo laboral”, se afirma un avance de las corrientes neoliberales en perjuicio de la parte más débil.

2. Derechos sociales de los trabajadores:

2.1. Son derechos sociales de carácter individual que se distinguen claramente de los derechos civiles individuales (patrimoniales o no) desde tres puntos de vista:

- a) Por su titular o sujeto activo (los trabajadores en relación de dependencia, sin especificación de sexo ni edad);
- b) por su contenido (tienen como correlato el cumplimiento de prestaciones positivas y negativas: obligaciones de dar, hacer y no hacer), y
- c) por el sujeto pasivo (el empleador privado o público), quien ve limitados de diversas formas sus derechos patrimoniales del artículo 14 (de ejercer una industria, comerciar y de propiedad).

2.1.1. Esta subespecie de derechos que se consagran en el artículo 14 bis, párrafo 1º CN tiene como eje de todas sus disposiciones al “trabajo en sus diversas formas”, que no debe confundirse con el “derecho de trabajar” (art. 14, CN), aunque en un punto se conectan. Ocurre que el derecho al trabajo tiene dos caras: cuando consiste en

la labor del hombre autónoma, espontánea y dirigida a obtener la cobertura de sus necesidades se trata de un derecho civil individual; cuando se trata de la actividad humana realizada en beneficio de otro que paga ese trabajo (relación de dependencia) se trata de un derecho social que restringe el derecho individual del patrón. En ese último caso, el trabajo deja de ser un derecho civil para transformarse en social.

2.1.2. La protección al trabajador está determinada por razones de justicia social, concepto amplio pero inexcusable, que orienta la actividad del Estado dirigida a evitar la desigualdad y la opresión de los sectores sociales más débiles.

2.1.2.1. La Corte Suprema ha invocado a la justicia social en algunas de sus decisiones, sosteniendo que la denegación inicua de la justicia social puede conducir a que la acción sindical remate “en acción política dirigida a la suplantación de la autoridad del Estado por la dictadura del proletariado” (caso “Martín c/Eraza” –1947–, F. 208:503).

2.1.2.2. La reforma constitucional de 1994 incluye expresamente a la justicia social como valor cimero que marcará el sentido de toda la legislación que dicte el Congreso, quien también deberá proveer lo conducente a la generación de empleo (en términos de pleno empleo) y a la formación profesional de los trabajadores (art. 75, inc. 19, párr. 1º, CN).

2.1.3. Las prestaciones impuestas a los empleadores han de ser cumplidas, aunque ello comprometa o limite el éxito patrimonial de la empresa, ya que aquél no es óbice para someter a los trabajadores a un tratamiento inequitativo: la libertad contra la opresión de los trabajadores debe prevalecer –en caso de conflictos insalvables– sobre la libertad de contratación de los empresarios. Así lo ha sostenido la Corte, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, a partir del caso “Prattico” de 1960 (F. 246:345) y desarrollada en los casos “Roldán” de 1961 (F. 250:46), “Matta” de 1962 (F. 252:158), y “El Comercio” de 1964 (F. 258:315).

2.1.4. Los derechos subjetivos de todo trabajador en relación de dependencia a exigir al empleador el cumplimiento de prestaciones de carácter irrenunciable son establecidos por la propia Constitución

y reglamentados por las leyes que dicte el Congreso Nacional con base en lo dispuesto por la reforma constitucional de 1957 (ex art. 67, inc. 11, actual art. 75, inc. 12, CN). Aunque el “código de trabajo” no se ha dictado, existe una pluralidad de leyes dispersas relativas a la materia, entre las que se destaca la Ley 20.774 que sancionó en 1974 el régimen de contrato individual de trabajo (LCT) para todas las relaciones laborales con exclusión del sector estatal y actividades sometidas a leyes especiales. En una detallada regulación se consagran disposiciones de orden público que, por ende: no pueden ser modificadas por las partes salvo para mejorar la condición de los trabajadores (art. 7°); en caso de duda sobre la norma aplicable prevalecerá la más favorable al trabajador (art. 9°), y todo acuerdo de partes que suprima o reduzca esos derechos será nulo y sin valor (art. 12).

2.1.4.1. La ley de facto 21.297/76 redujo sensiblemente los beneficios de la LCT; esta tendencia limitativa se acentúa en la última década del siglo XX: en 1991 con la llamada Ley de Empleo (24.013), en 1995 con las Leyes de flexibilización (24.465) y régimen especial para las pequeñas empresas (24.467), en 1998 con otra flexibilización más (25.013), y se agrava en el 2000 (25.250).

2.1.5. A continuación agrupamos los derechos de los trabajadores enumerados en el artículo 14 bis, párrafo 1° CN en relación a las condiciones de trabajo, a la retribución, a la gestión en la empresa, a la estabilidad.

2.2. En relación a las condiciones de trabajo: derecho a condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada, y descanso y vacaciones pagados.

2.2.1. Condiciones dignas y equitativas de labor: en rigor, bajo esta genérica fórmula se incluye todo lo relativo a la situación laboral del trabajador que la norma desarrolla a continuación en forma expresa o implícita (ambiente, descansos, respeto, remuneración, protecciones contra el despido, etc.). En concreto se refiere a la protección plena del trabajador a desenvolver su tarea en lo relativo a tutelar la integridad psicofísica, su dignidad y seguridad. Se deben evitar tareas determinantes de vejez o agotamiento prematuros y los ambientes insalubres (el derecho a gozar del ambiente sano del art. 41, CN también rige en el microambiente laboral); ocupar a niños en cualquier tipo de

actividad, persiga o no fines de lucro; establecer regímenes especiales para menores y mujeres (otorgar licencia por maternidad y brindarles descansos diarios para amamantar a su hijo, proveer salas maternas); sancionar especialmente el despido por causa de matrimonio; proveer asientos con respaldos para cada obrero. Lo importante es que estas “condiciones” no pueden modificarse unilateralmente en perjuicio del trabajador, lo cual inhibe la denominada flexibilización interna (desmedido poder discrecional del empleador de cambiar las condiciones de trabajo).

2.2.2. Jornada limitada: es una típica especificación de la genérica cláusula anterior que implica que la duración del trabajo diario debe ser razonable con el correspondiente descanso. La no indicación expresa de un número de horas permite que el tope máximo de las 8 horas diarias o las 48 horas semanales de la Ley 11.544, que en su momento (año 1929) colocó a la Argentina en la vanguardia de las reivindicaciones obreras, funcione como un techo irreversible, que en todo caso puede –y debe– disminuirse pero nunca elevarse.

2.2.3. Descanso y vacaciones pagados: esta limitación temporal complementa la anterior al extender la necesidad de tiempo libre para preservar la salud física, mental y espiritual del trabajador en el período semanal y anual. La protección se perfecciona al asegurarse al trabajador su retribución salarial completa aun en esos períodos no trabajados. Cabe recordar que en 1905 el Congreso, como Legislatura local de la Capital Federal, dicta la ley 4661 que inicia nuestra legislación laboral al consagrar la obligación del descanso dominical, aunque originariamente reducida a aquel ámbito. Atento a la razón que inspira esta cláusula, la reglamentación legal o convencional debería tener en cuenta el tipo de actividad, mas no la antigüedad en la misma para conceder el tiempo más o menos extenso de descanso anual.

2.3. En relación a la retribución del trabajo: derecho a una retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea, y participación de las ganancias de las empresas.

2.3.1. Retribución justa: la trascendencia de esta cláusula claramente abarca todo lo relativo al monto, oportunidad y forma de la remuneración que debe recibir todo trabajador por su tarea. El adjetivo de “justa” denota que el salario no se limita a satisfacer necesidades

de supervivencia pues hace a la dignidad de la vida humana; de lo contrario, el trabajo sería entendido como una mera mercancía. Es decir, que la Constitución no consagra una justicia en términos puramente conmutativos, sino de “*justicia social*” como lo reconoce expresamente, luego de la reforma de 1994, el artículo 75, inciso 19, párrafo 1° CN. Obviamente, también derivan de esta disposición la integralidad del salario, su inembargabilidad relativa y la imposibilidad de disponer reducciones salariales definitivas (tanto por voluntad unilateral del empleador como por disposición normativa), incluso invocando emergencia económica. Fijado el monto de la remuneración, se incorpora al patrimonio del empleado el derecho a percibir esa suma y no una inferior.

2.3.1.1. Se viola el principio de retribución justa cuando una ley posterior a la aceptación y ejecución de la tarea fija una retribución que no guarda relación con la importancia, complejidad y jerarquía del trabajo (caso “Bessolo” –1967–, F. 268:561). La Corte ha declarado que el salario justo debe atender cuatro variables: al trabajo o tarea prestada por el dependiente (F. 268:561); ser tanto en el ámbito público como en el privado (F. 295:937); todo el tiempo trabajado (F. 291:284), y debidamente indexado si hay desvalorización monetaria en caso de mora del empleador (F. 307:894). Esto último denota que la Corte federal no ha comprendido que el adjetivo constitucional “*justa*” supone –por lo menos– la intangibilidad (no disminución nominal ni real del salario) a favor de todos los trabajadores, como sí lo ha entendido en materia de remuneración de los jueces (ver garantías de independencia en el capítulo del Poder Judicial). Asimismo, pensamos que con invocación de esta cláusula puede discutirse judicialmente la cuantía del salario cuando no respeta las pautas ya indicadas, atendiendo a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan los mismos, al esfuerzo realizado y a los resultados obtenidos.

2.3.1.2. En el caso “Valdez” (F. 295:937) la Corte invocó el mandato del Preámbulo de afianzar la justicia para convalidar la actualización de un crédito salarial, sosteniendo que dicho reajuste no hacía más onerosa la deuda de lo que era en su origen, manteniendo el valor de la moneda frente a su progresivo envilecimiento, de manera que el reajuste, para el patrón, no configura lesión a su derecho de propie-

dad. Esto significa que la razonabilidad técnica de la medida terminaba haciendo justicia salarial en los términos de lo previsto por el artículo 14 bis.

2.3.2. Salario mínimo vital y móvil: para reforzar la comprensiva cláusula anterior, la Constitución especifica aún más la protección de que goza el salario del trabajador. De esta forma, sin perjuicio de la exigencia de la justicia retributiva, se da una pauta concreta para evitar todo tipo de abuso en desmedro del trabajador al fijarse un piso inderogable (“*mínimo*”) que debe cumplir dos pautas (“*vital y móvil*”) para ser justo. Es decir, que debe entenderse como un mínimo establecido por el Estado (que en ningún caso podrá ser disminuido por contratos individuales ni convenciones colectivas) que alcance para vivir y que, por ende, asegure alimentación adecuada, vivienda digna, vestuario, educación, asistencia sanitaria, transporte, vacaciones, esparcimiento, seguro y previsión. Lo de “*móvil*” debe interpretarse como la adecuación periódica del monto teniendo en cuenta las fluctuaciones económicas, claro está que siempre en sentido ascendente a fin de mantener su intangibilidad. A este fin se ha creado el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil (Ley 24.013) teniendo en cuenta los datos de la situación socioeconómica, los objetivos del instituto y la razonabilidad de la adecuación entre ambos.

2.3.2.1. Obviamente que la fijación cuantitativa de este salario está sujeta al control de constitucionalidad para verificar su actualización y suficiencia. Si en un caso concreto el juez encuentra probado el desajuste entre la inflación y el salario o que éste es absurdo o arbitrario, debe considerarlo inconstitucional por aplicación directa de la norma constitucional. La Corte ha reconocido que incumbe al Poder Judicial controlar la reglamentación de este derecho a fin de evitar que ella derive en soluciones manifiestamente inicuas o irrazonables (caso “Ulman” –1984–, F. 306:1311). En el caso “Humberto Vega” de 1993 (F. 316:3104) sobre accidente laboral (ley 9688), la Corte declaró la inconstitucionalidad de la resolución 7/89 del Consejo Nacional del Salario Mínimo Vital y Móvil en la medida en que su aplicación modificaba el tope legal de la legislación vigente sobre accidente de trabajo, pues dicha modificación “se tradujo en una pulverización del real sig-

nificado económico del crédito indemnizatorio, con lesión del derecho de propiedad”. En sentido equivalente se expidió en los casos “De Carvalho” de 1994 (F. 317:756) y “Ricci” de 1998 (F. 321:1058).

2.3.3. Igual remuneración por igual tarea: tiene el sentido de modalizar la garantía de la igualdad en el ámbito salarial. Por tal razón esta cláusula constitucional es operativa, y por ende, aplicable aunque no haya sido reglamentada, pues se trata de una situación de hecho y no de derecho; los jueces pueden verificar si existen o no tareas iguales entre los trabajadores de un empleador y si existen o no condiciones que justifiquen la desigual remuneración.

2.3.3.1. Este derecho se opone a discriminaciones arbitrarias como serían aquellas fundadas en razones de sexo, religión, raza o ideología de los trabajadores, pero no aquel trato desigual que se sustenta en razones de “bien común” como el fundado en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo o mayor rendimiento. No busca impedir trabajadores más beneficiados, sino que alguno de ellos sea discriminado con respecto a la generalidad. La potestad de retribuir diferenciadamente por razones de eficiencia o calidad del trabajo debe proteger al dependiente del abuso que haga el patrón con propósitos persecutorios o subalternos, de donde resultan discriminaciones arbitrarias por sus causas o sus fines. Esta interpretación fue receptada por la LCT al disponer que el empleador puede retribuir de distinto modo a sus empleados, siempre que ello responda a “causas objetivas” (art. 81).

2.3.3.2. El *leading case* en este tema es el caso “Ratto c/Productos Stani” –1966– (F. 265:242):

Hechos: la empresa Stani tenía celebrado un convenio colectivo con sus obreros sobre remuneraciones; cumple el convenio pero otorga un plus a algunos de ellos invocando mayor idoneidad, dedicación y servicios prestados. Un grupo de obreros excluidos del beneficio, sintiéndose discriminado, acciona judicialmente solicitando la aplicación de la norma constitucional que establece igual remuneración por igual tarea.

Sentencia de la Corte: no hace lugar a la reclamación de los actores. Sostiene que lo que prohíbe la Constitución son las discriminaciones arbitrarias –como serían las fundadas en razones de sexo, religión,

etcétera— pero no las sustentadas en motivos de bien común. Por ello, consideró válida la discriminación fundada en la mayor eficacia o laboriosidad del obrero, pues no puede privarse al empleador de estimular el trabajo, la eficacia y la lealtad, lo cual, además de injusto, contraría el interés de la comunidad, al igualarse el tratamiento salarial por el más bajo nivel. Agrega la Corte que no puede imponerse al empleador la prueba —difícil y sutil— de los mayores méritos del obrero, sin desvirtuar el ejercicio de su derecho.

Comentario al fallo: coincidimos en lo sustancial pero no con todos sus fundamentos. Es válido sostener que lo que se prohíbe son las discriminaciones arbitrarias. Pero desvirtúa la doctrina sobre la arbitrariedad, sostenida por la misma Corte, la afirmación de que no puede imponerse al empleador la prueba (¿difícil y sutil?) de los mayores méritos del obrero. Esto significa consagrar el reinado de la arbitrariedad, pues bastará invocar méritos y no probarlos para encubrir la misma arbitrariedad que, con toda razón, el Alto Tribunal desechó. Por ello coincidimos con el voto de Petracchi-Bacqué en el caso “Fernández c/Sanatorio Güemes” de 1988 (F. 311:1602) donde revisan la doctrina del caso “Ratto” al decir que “resulta inadecuado sostener hoy, respecto de la evaluación de tareas o del desempeño, que constituye una materia reservada por entero a la autoridad de la empleadora sin que pueda cuestionarse su razonabilidad, y que en la práctica la prueba del mérito de los dependientes es para su principal muy sutil y difícil e inequitativa su exigencia” (c. 6).

2.3.3.3. En el caso “Del Papa c/Sur Argentina Cía. de Seguros” —1986— (F. 308:359) se ratificó la doctrina del caso “Ratto” y se señaló que si en la política del empleador los aumentos para todos los empleados se dirigían a lograr la recomposición salarial trimestral, el hecho de privar dicha recomposición a un trabajador implica actuar con arbitrariedad discriminatoria. Esto último ocurre si se retrasan los haberes de una trabajadora que se halla con licencia por maternidad y también se afecta la cláusula constitucional que consagra la protección integral de la familia. Este caso resulta trascendente, porque pone coto a la discrecionalidad patronal de disponer aumentos de sueldos diferenciales, invocando el derecho irrestricto de ponderar la idoneidad y eficiencia en el trabajo; esto no se puede invocar por parte del patrón

respecto de una trabajadora con licencia por maternidad, aunque se lo pretenda vincular con el desempeño anterior a la licencia.

2.3.4. Participación en las ganancias de las empresas: la última cláusula en relación al salario es la participación en los beneficios empresarios ya que es una forma de remuneración que funciona como plus salarial. Por ella, todo patrón (titular de la empresa) debe dar a sus trabajadores, además del salario normal, una parte de sus beneficios sin participación en las deudas. Es decir que completa al salario fijo como un suplemento eventual en relación a la plusvalía patronal. Se concede este beneficio en la medida en que los trabajadores cooperan en la producción.

2.3.4.1. Se diferencia de las gratificaciones en la medida en que se trata de una imposición y no de un acto meramente gracioso del empleador, y también se distingue de la participación accionaria (ej. sistema de propiedad participada de trabajadores en empresas sujetas a privatización: arts. 21 y ss., Ley 23.696) ya que bajo esa forma jurídica se condicionan los ingresos de los trabajadores, quienes deben adquirir en forma onerosa las acciones para participar proporcionalmente también en las eventuales deudas y no sólo en las ganancias.

2.3.4.2. Como vimos en la clasificación de normas (operativas-programáticas), generalmente se predica el carácter programático de esta cláusula, empero el largo tiempo transcurrido desde su sanción en 1957 sin reglamentación la hace exigible inmediatamente (ver en subprincipio de control: inconstitucionalidad por omisión). La supremacía de la Constitución no tolera que la norma no funcione ni habilita a esperar plazos indeterminados (Bidart Campos, 2).

2.4. En relación a la cogestión en la empresa:

2.4.1. Controlar la producción y colaborar en la dirección: como no hay duda de que se vincula con la participación en las ganancias ya que para su real cumplimiento el trabajador debe conocer el balance empresarial (monto de ganancias y pérdidas), hay quienes sostienen que tanto el contralor como la colaboración deben entenderse pura y exclusivamente en relación al comienzo de la oración (“participación en las ganancias de las empresas”) como una garantía a fin de cumplimentarla.

2.4.1.1. En cambio, nosotros pensamos que el alcance de las fór-

mulas usadas por el artículo 14 bis es más amplio y avanzado ya que recepta el concepto de la cogestión en la empresa, que excede largamente la idea anterior. Con esta interpretación no hay duda de que se produce una limitación al derecho de propiedad patronal, pues establece, imperativamente, modalidades propias de la concertación de intereses: repartición de ganancias e intervención en la actividad productiva y en la dirección de la sociedad a favor de los trabajadores. Además, este derecho impacta en el terreno político toda vez que los controles y colaboraciones de que se dispongan vendrán, necesariamente, a establecer una suerte de democracia industrial.

2.4.1.2. Respecto a su supuesto carácter programático, vale lo dicho en la participación de los beneficios. Estos derechos sociales son un verdadero puente entre los derechos de los trabajadores individualmente considerados y los derechos de los gremios, atento a que su adecuada implementación implica la participación organizada de los trabajadores (sindicatos).

2.4.1.3. Enfatizamos que esta normativa constitucional está definiendo una política de gestión para evitar la burocratización del trabajo. Avala, en consecuencia, la aplicación de técnicas de gestión de calidad (Reglas ISO), para hacer eficiente el trabajo. Lo hemos aplicado en sesenta tribunales de nuestro país, desde el Consejo de la Magistratura, cuando lo integramos.

2.5. En relación a la estabilidad en el trabajo: derecho a la protección contra el despido arbitrario y estabilidad del empleado público.

2.5.1. Protección contra el despido arbitrario: tiene por fin resguardar la continuidad de la relación laboral de los trabajadores privados, lo cual se puede alcanzar de dos diversas maneras: la estabilidad propia o absoluta (asegura la reincorporación del trabajador al empleo en caso de despido sin justa causa o el pago de todos los salarios hasta estar en condiciones de jubilarse), o la estabilidad impropia o relativa (mera reparación económica a través de una indemnización tarifada cuando el patrón decide romper sin justa causa la relación laboral de forma de no forzar la convivencia laboral entre personas cuya relación está deteriorada). La llamada flexibilización externa (despidos sin indemnización) implica la falta de toda estabilidad laboral, lo que violenta el claro texto del artículo 14 bis CN.

2.5.1.1. La legislación laboral ha adoptado el régimen de la estabilidad propia en aislados casos (como en los derogados regímenes para el personal bancario y de seguros, o para la mujer embarazada desde 1924 a 1974), inclinándose mayoritariamente por la estabilidad impropia: caso de la LCT para los contratos de trabajo por tiempo indeterminado (indemnización tasada en base a salario y antigüedad) pero excluyendo de toda protección a los contratos a plazo fijo, de temporada y eventual. En el último decenio del siglo XX irrumpe en la legislación argentina la flexibilización externa a través de dos mecanismos:

- a) Empleo precario (modalidades contractuales por breves lapsos): en 1991, por Ley 24.013 se habilitan cuatro “modalidades promovidas” para ser adoptadas por convenios colectivos (la Ley 24.467 permite aplicarlas directamente en las “pequeñas empresas”); en 1995, por Ley 24.465 se agrega una modalidad especial para mayores de 40 años, discapacitados, mujeres y ex combatientes de Malvinas, y en 1998, la Ley 25.013 deroga todas las citadas modalidades precarias ante su rotundo fracaso pero las sustituye por el contrato de aprendizaje y las pasantías.
- b) Período de prueba (lapso inicial del trabajo sin estabilidad alguna): en 1995 la Ley 24.465 lo permite por tres meses (hasta seis por convenio colectivo); en 1998, la Ley 25.013 lo redujo sólo a los treinta días iniciales, y en 2000, la Ley 25.250 vuelve al gravoso sistema del año 1995 y para las “pequeñas empresas” extiende la prueba a seis meses (hasta doce por convenio colectivo).

2.5.1.2. La Corte Suprema no ha sido uniforme acerca de cuál es el alcance que debe darse a la estabilidad constitucionalizada:

2.5.1.2.1. En el caso “Flores” –1965– (F. 263:545) sostuvo la constitucionalidad del decreto 21.304/48 que establecía la obligación del empleador –que se negaba a reincorporar a un empleado de seguros declarado injustificadamente cesante– a pagarle las remuneraciones que le correspondieran hasta que alcanzase el derecho de jubilarse. Manifestó el tribunal que dicho criterio de estabilidad propia era una de las formas posibles de efectivizar el derecho constitucional cuyo acierto o conveniencia no es susceptible de contralor judicial.

2.5.1.2.2. En el caso “De Luca” –1969– (F. 273:87), una nueva

composición de la Corte sostuvo que la estabilidad absoluta era intrínsecamente injusta, pues era exorbitante, falta de razonabilidad y violatoria del derecho de propiedad (art. 17, CN). Agregó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, sólo puede reclamarse una indemnización razonablemente proporcional al perjuicio sufrido.

2.5.1.2.3. En el caso “Figueroa” –1984– (F. 306:1028) la Corte reiteró la doctrina del caso “De Luca”. Esta vez para descalificar una cláusula de un convenio colectivo de trabajo de la industria del cemento (art. 56, CCT 40/75) que consagraba para el caso de despido sin causa la obligación patronal de reincorporar al trabajador o pagar los salarios por todo el tiempo que debía durar la relación laboral. Este criterio fue ratificado también por la Corte de nueve miembros en el caso “UOM c/Somisa” de 1991 (F. 314:1968), donde también se invalidó un acuerdo colectivo que establecía la estabilidad propia.

2.5.1.2.4. En el caso “Vizzoti” (F. 327:3677) la Corte dejó de lado las limitaciones indemnizatorias contenidas en la última parte del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, por considerar que no daban adecuada aplicación al principio de protección contra el despido arbitrario, reduciendo la indemnización hasta convertirla en inicua. Esta trascendente sentencia fue firmada por unanimidad.

La Corte se preguntó si le cabía a un tribunal de justicia establecer las pautas indemnizatorias, invadiendo una potestad legislativa. La respuesta fue que “la intervención de la Corte no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebra el principio de separación de poderes; se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional”. Los derechos deben ser efectivos, agregó la Corte, no ilusorios (no una hoja de papel, diría Lasalle), sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano. Consideramos que la Corte lo que hizo fue realizar una declaración de inconstitucionalidad por omisión de la conducta del legislador, para afianzar la Justicia, como establece nuestro Preámbulo.

Entonces, a la hora de modificar los toques contenidos en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, estableció que los mismos se debían limitar hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable. Antes la Corte sostuvo en su argumentación

que “Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el artículo 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que lo protegerán del despido arbitrario”. Sostuvo también que no fijar un tope a esa limitación significaría un olvido del artículo 28 constitucional, es decir del postulado de razonabilidad que tienen que tener todas las leyes.

En esta sentencia que consideramos estupenda sostuvo la Corte también que “Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, debe hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige, admitir que sean las leyes de dicho mercado el modelo al que deben ajustarse las leyes y su hermenéutica, dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos [...] importaría pura y simplemente invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada”.

A lo dicho por la Corte nos permitimos nosotros señalar: No se trata de establecer prestaciones de cumplimiento imposible para poner en crisis, no solamente el Estado social de Derecho, sino también el mercado de trabajo. Eso implicaría que el remedio fuera peor que la enfermedad. Se trata de que aprendamos de una vez por todas los argentinos a producir con eficiencia, como lo reclaman los mercados, es decir buscando la satisfacción de nuestros compradores internacionales. Es que nunca entendimos el mensaje que nos envió Peter Drucker en cada teleconferencia que nos brindaba: “argentinos, ustedes solamente venden granos y carne, es decir *comodities*, ignoran que las dos terceras partes del mercado mundial están formadas por el comercio de servicios. Ustedes no se ocupan de aprender o inventar servicios nuevos, creativos, como hace el primer mundo”. Lo que Drucker intentaba que entendiéramos estaba firmemente vinculado a la gestión de calidad, que vale tanto para la actividad privada como para superar la inaguantable burocracia del Estado. No me gusta citarme, pero pueden consultar el libro colectivo que he dirigido: *Gestión social de calidad en la Justicia*, donde en la última parte hay una investigación de mi autoría sobre el pensamiento,

en el sentido de lo que decimos, de: Mario Bunge, Paulo Freire, Peter Drucker, Edgard Morin, Elena Cano García, Antonio Negri, entre otros (editado por La Ley, Buenos Aires, en 2004).

2.5.2. Estabilidad del empleado público: el tema merece un análisis especial en razón de la especificidad de esta relación de empleo, aunque la doctrina discute nuevamente si lo que la Constitución protege en este caso es la estabilidad propia o la impropia. Corresponde destacar que el precepto en estudio del artículo 14 bis debe ser interpretado en armonía con el artículo 75, inciso 20 CN que otorga al Congreso la facultad de suprimir empleos; el artículo 99, inciso 7° CN que faculta al presidente a remover por sí solo a los agentes de la administración pública, y el artículo 100, inciso 3° CN aunque sólo diga que el jefe de Gabinete nombra empleados, ya que todas las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía y las citadas atribuciones de los poderes políticos deben compatibilizarse con la cláusula constitucional del artículo 14 bis.

2.5.2.1. En tal sentido, la doctrina de la Corte ha sido a favor de una estabilidad impropia también en el empleo público pero siempre que ello se sustente en la exigencia de un mínimo de autoridad jerárquica autónoma (casos de prescindibilidad por razones de mejor servicio o por supresión de cargos), de modo que en esos supuestos procedería la cesantía del agente estatal sin más derecho que exigir una indemnización, y sin ser necesario un sumario previo. Así lo decidido en los casos “Enrique” de 1965 (F. 261:336); “Tornese” y “Miranda Costa” de 1968 (F. 272:99 y 120), y “Mustafá” de 1969 (F. 274:28). La prescindibilidad dispuesta por la necesidad de reestructurar los cuadros administrativos no tiene carácter de sanción (caso “Scherb” –1971–, F. 279:62). De lo contrario, sólo corresponde la cesantía únicamente cuando media un sumario donde se prueba la conducta antirreglamentaria del empleado público (F. 301:178 y 304:1891), o cuando un empleado debe dejar su trabajo por razones de incompatibilidad (F. 272:184).

2.5.2.2. La doctrina de la Corte ha extendido la discrecionalidad administrativa a todos los casos en que, por motivos de interés general, determinados servicios dejen de ser necesarios, sea por razón de haberse suprimido el cargo, por motivos económicos, o por otras causas razonables y justificadas (caso “Brasenco” –1966–, F. 266:159). De este

modo, se ha reconocido validez constitucional a las leyes sobre prescindibilidad de los empleados públicos. Para nosotros esta doctrina pone en peligro de desvirtuar el sentido constitucional de la cláusula que proclama la estabilidad del empleado público, pues si bien ella pretende evitar la remoción arbitraria basada en una discriminación personal (por razones políticas o de enemistad), una aceptación tan lata del criterio expuesto puede llevar a utilizarlo con un objetivo de persecución sectorial y discriminatorio. En rigor, esa extensión doctrinaria se ha justificado para conferirle al Ejecutivo “un instrumento ágil para lograr que la administración sea eficaz, funcional o económica” (F. 307:539).

2.5.2.3. Por ello es que siempre que la medida adolezca de arbitrariedad manifiesta o resulte discriminatoria de una situación personal, ella importará la aplicación de una pena disciplinaria administrativa, la cual no podrá obviar la existencia de sumario previo donde el derecho de defensa esté suficientemente atendido; en tal caso, la cesantía podrá ser revisada judicialmente y dispuesto el reintegro al cargo (estabilidad propia). De modo que, a diferencia del sector privado, la Corte ha dicho que no es inconstitucional que la ley disponga un régimen de estabilidad propia para el sector público (caso “Casier” –1992–, F. 315:1336).

3. Nuevos derechos sociales:

3.1. Como anticipamos, la reforma de 1994 incorporó en el artículo 75, inciso 23 CN nuevos sujetos especiales que pertenecen a grupos que soportan situaciones desventajosas y desigualitarias (“*los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”) como titulares de derechos específicos que también denominamos “sociales” por participar de sus notas típicas y que se suman a los anteriores.

3.1.1. Descontando el acierto de su inclusión expresa, cabe señalar que la técnica utilizada para consagrarlos en el artículo 75, inciso 23 de la CN no ha sido la óptima. En primer lugar, su incorrecta ubicación en la parte orgánica: en lugar de incluirlos en el capítulo de nuevos derechos y garantías (arts. 36/43) se prefirió consignarlos como directivas para el Congreso a través de lo que modernamente se denomina “acciones positivas” (ver su tratamiento en igualdad en el capítulo de garantías). En segundo término, es defectuosa su redacción en forma

de enunciación genérica sin especificación de prestaciones y obligaciones a fin de hacer realmente efectiva la protección a los grupos citados (salvo en el párr. 2º). De todas formas, pensamos que la nueva norma constitucional consagra auténticos derechos y sirve de base a reclamaciones ante situaciones concretas.

3.1.2. A nivel infraconstitucional las pioneras y tímidas intervenciones estatales en la regulación del trabajo que restringían el derecho de contratar del patrón tuvieron como sujetos especialmente protegidos a mujeres y niños, para luego alcanzar a los restantes trabajadores. En efecto, en nuestro país, en los albores de este siglo, la primera ley protectoria (ley 4661 de 1905) prohibía cualquier excepción a la obligación del descanso dominical cuando se trataba de mujeres y niños menores de 16 años. Posteriormente la ley 5291, también en el ámbito de la Capital Federal, reguló concretamente el trabajo de mujeres y menores hasta que en 1924 se dictó la ley 11.317 que se incorpora a los códigos de fondo y, por ende, con vigencia en todo el país (llegando a incluir la estabilidad absoluta temporaria para la mujer trabajadora durante la gestación). En 1974 la LCT incluyó capítulos especiales regulando integralmente la temática del trabajo, aunque implicó el retroceso respecto de la mujer embarazada al sustituir el régimen de estabilidad propia (prohibición de despido) por uno impropio (indemnización agravada). En cambio, a nivel constitucional, estos titulares de derechos sociales son fruto de un desarrollo progresivo en la materia al aparecer inicialmente confundidos en la noción genérica de trabajador (incluía a mujeres y niños) para luego desagregarse hasta ser considerados autónomamente junto con otros sujetos (ancianos y discapacitados). Aunque en la Argentina la primera recepción del constitucionalismo social (reforma de 1949) ya incluía a algunos de estos sujetos en su conocido artículo 37 junto a los derechos de los trabajadores.

3.2. Derechos de los niños: son personas especialmente protegidas en razón de su edad para que puedan gozar efectivamente de todos los derechos reconocidos. El artículo 75, inciso 23, párrafo 1º sólo los menciona como sujetos tutelados, para luego ocuparse de los niños “*en situación de desamparo*”, a quienes deberá asegurárseles un régimen de seguridad social “*especial e integral*” que los proteja “*hasta*

la finalización del período de enseñanza elemental” (párr. 2º). Estas referencias constitucionales se amplifican en el plano del derecho internacional receptado por nuestro país.

3.2.1. Respecto a los instrumentos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN), con suma parquedad las dos Declaraciones de Derechos: la Americana (art. VII) y la Universal (art. 25.2), tratan conjuntamente a niños y madres, y los Pactos dedican breves disposiciones sobre derechos de los niños: artículo 19 C. A. D. H.; artículo 24 P. I. D. C. P., y artículos 10.3 y 12.2.a, P. I. D. E. S. C. La que específica e integralmente desarrolla la temática de los menores es la C. D. N. Consagra derechos comunes a toda persona (vida, conciencia, asociación, reunión); otros esenciales a su condición (conocer a sus padres, preservar su identidad, a la educación, ser protegido de todo abuso físico o mental, maltrato o explotación); una directriz o pauta genérica de sumo valor interpretativo que recorre toda la Convención en todas las situaciones en que un menor se encuentre involucrado: el “interés superior del niño” (arts. 3.1, 9.1, 18.1, 20.1, 21), como lo reconoció la propia Corte en el con. 10 de la mayoría del caso “Wilner c/Osswald” de 1995 (F. 318:1269). Respecto al derecho a ser escuchados (art. 12), véase su análisis en defensa en juicio, y respecto al derecho a la identidad (art. 7º) véase el caso “Müller” de 1990 (disidencias de Fayt y Petracchi) al final de prohibición de autoincriminación; ambos temas en el capítulo de las garantías.

3.2.2. En un peldaño inferior a la Ley Fundamental, pero superior a las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1º, CN), merecen destacarse tres tratados aprobados por la Argentina, dos especiales y otro general regional:

3.2.2.1. El Convenio N° 138 de 1973 de la OIT sobre edad mínima de admisión al empleo (por Ley 24.650) que establece como piso la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, quince años (art. 2.3).

3.2.2.2. El Convenio N° 182 de 1999 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (por Ley 25.255), donde se destaca la obligación estatal de adoptar medidas “con carácter de urgencia”.

3.2.2.3. El Protocolo de San Salvador de 1988, anexo a la C. A.

D. H. (por Ley 24.658), que se refiere a los menores bajo el rótulo de “derecho a la niñez” (art. 16).

3.2.3. *Legislación penal sobre menores*: la C. D. N., que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), dispone en su artículo 37 que no se impondrá la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años. Esta norma, que debe ser reglamentada por cada Estado que haya ratificado este tratado internacional, como lo es Argentina, debe conciliar el régimen penal relativo a los menores dispuesto por la ley 22.278 con el referido tratado que protege los derechos de los niños.

3.2.4. La Corte Suprema en el caso “Maldonado, Daniel Enrique” (sentencia citada en *Debates de Actualidad*, N° 197, p. 120) se ha ocupado del asunto, estableciendo una línea de fundamentación para justificar la necesidad del cambio de legislación en nuestro país, que resulta importante que pasemos a exponerla en lo fundamental:

- a) “La justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio”. Este paradigma de justicia es conocido en doctrina como “situación irregular”, y fue receptado por toda la comunidad latinoamericana, y sus flancos débiles también han regido en otras latitudes (se cita la obra clásica de Anthony Platt, *Los Salvadores del Niño*, donde se denuncia el sistema penal juvenil estadounidense que ha homogeneizado al niño infractor con aquel otro en situación de abandono).
- b) “La Corte Suprema de los Estados Unidos en el *leading case* ‘Gault’ (387 U. S. 1, 1967) se pronunció en contra de la ‘cosificación’ del menor infractor, señalando que la persona que no ha cumplido los 18 años tiene derecho a todas las garantías, entre ellas, contra los arrestos y requisas ilegales, a ser informado de todos los cargos imputados, a recibir consejo de un defensor, a controlar la prueba, entre otras garantías”. En dicha sentencia el tribunal de EE. UU. sostuvo que no justificaba la instalación de un tribunal canguro (*Kangaroo court*),

- en el sentido de un tribunal que, a la manera de ese animal, protege al menor llevándose lo consigo.
- c) En otro caso la Corte Federal de EE. UU. (en “Kent vs. U. S.”, 383 U. S. 541, de 1966) señaló que el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso e inmunidades especiales respecto de los adultos, en la práctica recibía lo peor de dos mundos, ni las garantías acordadas a los adultos, ni los cuidados prometidos por su condición de menor.
 - d) Reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto no implica reconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54).
 - e) Nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posición y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor. Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración en el fondo cancelaría directamente el concepto mismo de persona. De tal modo, el derecho penal de autor, de claro signo autoritario, es abiertamente rechazado por nuestra Constitución.
 - f) La única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño, siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto, sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad (impugnada magistralmente por Sebastián Soler, agregamos nosotros, en su *Teoría del estado peligroso*). La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfren-

tado a la concepción de toda la ética tradicional enraizada en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época.

- g) La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto. Por ese camino se llegó al genocidio sintetizado por uno de sus expositores del siguiente modo: “La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar y ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de la libertad por vida” (se cita a Franz von Liszt en *La idea de fin en el derecho penal*, traducción de Enrique Aimone Gibson, Valparaíso, 1984).
- h) “El régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía 16 años y ello tampoco resulta, por sí solo, contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, del voto de la Dra. Argibay, quien completa lo dicho del siguiente modo: “Si bien no puede atribuirse a dicha Convención una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que, al momento de perpetrar el delito, eran menores de 18 años, sí se deriva de dicho instrumento internacional una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, de la prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundadamente la suficiencia de las alternativas más leves”.

3.2.5. Después de leer semejante fundamentación, tan erudita y profunda, solamente nos animamos a realizar una reflexión desde la pedagogía. Porque el tema no es, por supuesto, carcelario, que va a serlo si, de acuerdo con los informes que nos llegan, los menores, al

igual que los mayores, salen de la cárcel más predispuestos a seguir delinquiendo que otra cosa. El dilema es cómo aplicar la pedagogía de Paulo Freire a los menores, tan magníficamente expuesta en su *Educación como práctica de la libertad*, cuando un día llegó Paulo a la favela paulista donde enseñaba con su nueva lecto-escritura a partir de mostrarles la pobreza en que se encontraban sus alumnos, pero ese día les dijo: “me equivoqué [qué importante es reconocer nuestros errores], no somos pobres”, “¿qué somos Paulo?”, le preguntaron sus sorprendidos favelistas; “somos ignorantes”, “¿de qué?” fue la segunda pregunta; “de que sí tenemos algo para empezar a crecer y a tener nuestros propios recursos: tenemos esa ‘mierda’ o ‘bosta’ allí tirada, que nunca miramos, ni nos planteamos que con ella podemos comenzar a hacer panes compactados, para edificar nuestras casas, para venderlas”. Desde el jardín de mi ignorancia me pregunto: ¿cómo puedo aplicar ese mirar lo que no veo con nuestros niños delincuentes? Trabajemos el tema sin descanso, no nos queda otro camino.

3.3. Derechos de las mujeres: la tutela constitucional del artículo 75, inciso 23 se refiere a “*las mujeres*” sin aditamento (párr. 1º) y en especial a la protección “*de la madre*” con un régimen “*especial e integral*” de seguridad social “*durante el embarazo y el tiempo de lactancia*” (párr. 2º), en ambos casos tanto a favor de la mujer mayor como menor de edad. Con la mujer se incorpora la perspectiva de género en el concepto de derechos humanos, reforzando la universalidad de éstos.

3.3.1. Estas referencias constitucionales se extienden a partir de los instrumentos internacionales:

3.3.1.1. Con jerarquía constitucional: ya dijimos que con suma parquedad las dos Declaraciones: la Americana (art. VII) y la Universal (art. 25.2), tratan conjuntamente a niños y mujeres en tanto madres, y el P. I. D. E. S. C. también protege a las madres (art. 10.2).

3.3.1.1.1. Es la C. E. T. F. D. M. la que específicamente desarrolla la temática femenina, con independencia del estado civil, para protegerla en las esferas política, económica, social, médica, cultural y civil. Entre las variadas obligaciones estatales y derechos específicos, aquí destacamos la garantía para la mujer de “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, pro-

porcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario” y que le aseguren “una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia” (art. 12.2), y los derechos “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (art. 16.1.e).

3.3.1.2. Con jerarquía subconstitucional pero supralegal: varias convenciones protegen específicas temáticas que afectan a la mujer, entre las cuales destacamos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 (aprobada por Ley 24.632 de 1996), que además de desarrollar derechos protegidos (Cap. II) y deberes de los Estados (Cap. III), crea un nuevo mecanismo interamericano de protección (a través de la Comisión Interamericana de Mujeres) que se suma a los estipulados en la C. A. D. H. (Cap. IV).

3.4. Derechos de los ancianos: en los inicios del constitucionalismo social el tema de la senectud se afronta como una contingencia más a ser cubierta por prestaciones de seguridad social (criterio adoptado implícitamente por el art. 14 bis, párr. 3º, CN). La aparición de los ancianos como sujetos de derechos sociales específicos implica una visión más amplia, que no tiene por qué limitarse al anciano “en caso de desamparo” (como lo hacía el art. 37, III, 1 de la Constitución reformada en 1949). Muy por el contrario, procura hacer efectivo el goce de todos los derechos humanos durante la ancianidad a través de medidas protectorias y promocionales para quienes se encuentran atravesando esa especial etapa de la vida.

3.4.1. A nivel de los instrumentos internacionales con nivel supremo se observa un casi nulo desarrollo de esta nueva temática. Por ello, a fin de encontrar alguna precisión es necesario recurrir al ya citado Protocolo de San Salvador de 1988 que al menos le dedica su artículo 17 a la *Protección de los ancianos*, aunque con severas limitaciones. Es destacable que utilice la expresión “Toda persona tiene derecho a” porque hace extensible, en tiempo presente, la protección a todo ser humano, con prescindencia de cualquier calidad salvo la avanzada edad; pero en forma contradictoria, más adelante limita la protección a aquellos que “no se encuentren en condiciones de pro-

porcionársela por sí mismos” (art. 17.1). Además, se opta por una fórmula exageradamente programática que transforma el “derecho a” en mero compromiso estatal sin fecha fija de ejecución de un tibio plan protectorio (alimentación, atención médica) que, de ese modo, puede reducirse a una mera hoja de papel.

3.5. Derechos de los discapacitados: se refiere tanto a niños como a adultos de cualquier sexo que se encuentran marginados por meras diferencias físicas, psíquicas o mentales. Entonces, lo que la Constitución procura en su artículo 75, inciso 23, párrafo 1º *in fine*, en servicio de una verdadera igualdad, es la prevención de estas situaciones, planes de rehabilitación y remover todos los obstáculos que impiden su plena participación, tanto sociales, familiares, educacionales, arquitectónicos, circulatorios, como laborales (limitaciones al acceso y permanencia en el trabajo).

3.5.1. En el plano internacional de los derechos humanos, el Protocolo de San Salvador de 1988 se refiere a esta temática en su artículo 18 denominado *Protección de los minusválidos*. Allí se define a estos titulares de derechos sociales como toda persona “afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales”, y se señala explícitamente que el objetivo central de la protección es que éstos alcancen “el máximo desarrollo de su personalidad” o “desarrollar una vida plena”. Empero, al igual que en el caso de los derechos de la ancianidad, se utiliza una fórmula hiperprogramática (que exige al Estado la adopción de medidas específicas) que posterga su efectiva implementación. La misma programaticidad se observa en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999 (aprobada por Ley 25.280 de 2000).

3.5.2. A su turno, por debajo de esa norma internacional, en 1997 la Ley 24.901 crea el sistema de prestaciones básicas integral a favor de las personas con discapacidad que completa las pioneras normas sobre la materia (ley de facto 22.431 y Ley 24.314); individualiza a estos verdaderos titulares de derechos como toda persona “que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (art. 9º).

4. Derechos gremiales:

4.1. Son los derechos sociales que poseen los trabajadores agrupados por categoría o actividad profesional que se ejercen frente a los empleadores (público o privado). El artículo 14 bis, párrafo 2° de la CN reconoce entidad constitucional al gremio al convertirlo en titular de los derechos que enumera la cláusula (concertar convenios colectivos, recurrir a la conciliación y al arbitraje y ejercer el derecho de huelga). Empero también incluimos en esta especie de derechos sociales la organización sindical y, como extensión de ésta, las garantías al delegado gremial.

4.1.1. Los gremios son grupos de trabajadores calificados por un oficio o actividad (lo cual les da intereses comunes) sin organización estructurada. Por ende, todo trabajador –por el hecho de realizar una actividad laboral– está agremiado. En cambio, los sindicatos (asociaciones profesionales de trabajadores) son la organización estructurada de los gremios, surgida por libre determinación de la voluntad de los trabajadores pertenecientes a cada oficio o actividad para el fomento y defensa de los intereses de los trabajadores; carecen de fines de lucro, tienen carácter permanente y no pueden depender del Estado ni de las empresas. Significa ello que, a diferencia de los gremios, los sindicatos son de existencia posible (no necesaria) y la afiliación a ellos es libre. La agrupación de patrones no está amparada por el artículo 14 bis CN, sino por el artículo 14 CN ya que si bien la Constitución no les prohíbe agruparse, sólo pueden hacerlo en ejercicio del derecho constitucional de asociarse con fines útiles.

4.1.2. Como gremio es el sector social calificado por el área de trabajo y la Constitución no exige que, dentro del gremio, los trabajadores se organicen sindicalmente (sólo les reconoce ese derecho), debe entenderse que todo grupo de trabajadores, en su respectivo gremio, puede ejercer los derechos gremiales. Sin embargo, las leyes reglamentarias del ejercicio de los derechos gremiales han asignado su titularidad a una organización gremial representativa (sindicato), bajo el argumento de que no hay derechos absolutos.

4.1.3. La norma constitucional que reconoce los derechos gremiales es operativa, pues si la ley no regula cómo deben manifestarse ello no impedirá que cada oficio o actividad encuentre la forma espontánea

de actuar y de ejercer los derechos que la Constitución les reconoce. En todo caso serán los jueces los encargados de decidir si está acreditada la representatividad del grupo de trabajadores que decide o actúa a nombre de todo el gremio, porque será difícil que dicha actuación se lleve a cabo en forma unánime.

4.2. Organización sindical:

4.2.1. El artículo 14 bis, párrafo 1º *in fine* CN aborda la temática sindical con una breve expresión (“*organización sindical libre y democrática, reconocida con la simple inscripción en un registro especial*”) dentro de los derechos de los trabajadores como si optara por consagrarla desde la perspectiva individual (de cada trabajador) de la libertad de asociarse sindicalmente. Empero, ése es sólo un aspecto que conlleva necesariamente una dimensión colectiva que también se encuentra presente en la cláusula a pesar de su ubicación normativa. Esta segunda perspectiva constituye el primer derecho gremial. Ambos aspectos (individual y colectivo) se complementan recíprocamente y tienden a promover y proteger los intereses económicos y sociales de la clase obrera.

4.2.2. La cláusula constitucional citada se completa, luego de la reforma de 1994, con las disposiciones de diversos instrumentos internacionales. Con jerarquía superior a la ley (art. 75, inc. 22, párr. 1º *in fine*, CN), en el ámbito regional (art. 8º del Protocolo de San Salvador), y en el internacional el Convenio N° 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación de 1948 sancionado por la OIT (aprobado en 1959 por Ley 14.932). Cabe destacar respecto a este último (N° 87/48) que, si bien en principio como todo tratado es formalmente superior a la ley, sustancialmente sus normas gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el P. I. D. E. S. C. Este Pacto previsto en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2º CN, además de desenvolver los derechos sindicales (art. 8º), transfiere su jerarquía normativa al Convenio N° 87 al decir que nada de lo dispuesto en aquél autorizará a los Estados Partes en el Convenio OIT de 1948 a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías allí previstas (art. 8.3).

4.2.3. *Aspecto individual de la libertad sindical*: desde la óptica de cada trabajador, según este aspecto es libre la decisión de crear o

constituir un sindicato, de afiliarse o no, y de continuar afiliado con la sola condición de conformarse a su estatuto (art. 2º, Convenio OIT N° 87). La misma norma enuncia el principio de no discriminación en materia sindical al utilizar la amplia fórmula "sin ninguna distinción" (por ocupación, sexo, color, creencia, nacionalidad, opiniones políticas). A su vez, el Protocolo de San Salvador aclara que nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato (art. 8.3), como ya lo había reconocido la Corte Suprema en el caso "Outon" de 1967 (F. 267:215), donde declaró inconstitucional un decreto que imponía la afiliación compulsiva a un sindicato como requisito para obtener trabajo.

4.2.4. *Aspecto colectivo de la libertad sindical*: toma como punto de partida el sindicato (también federaciones y confederaciones de sindicatos: art. 6º, Convenio OIT N° 87). Como organización estructurada del gremio, están sujetos a las siguientes pautas:

4.2.4.1. *Independencia sindical*: el artículo 3º del Convenio OIT N° 87 comprende todas las manifestaciones de la vida interior de los sindicatos (organización, gobierno, funcionamiento y disolución) y los protege contra cualquier intervención de las autoridades públicas y por supuesto de las empresas. La Corte declaró manifiestamente ilegales los actos de intervención de un gremio con personería al margen de los recaudos sobre intervención previstos en la ley, en los casos "Asociación Bancaria" de 1959 (F. 245:86) y "Sindicato de Prensa" de 1967 (F. 268:16).

4.2.4.2. *Democracia sindical*: la Constitución exige que la organización y gobierno de los sindicatos sean democráticos y, como ha dicho la Corte Suprema, que sus autoridades surjan de la voluntad de sus afiliados (F. 310:1707).

4.2.4.3. *Registración sindical*: constituye el único requisito mencionado por el artículo 14 bis a fin de que el Estado pueda ejercer el contralor de legalidad pero no para subordinar la existencia del sindicato a una autorización previa. En el mismo sentido el artículo 2º, Convenio OIT N° 87.

4.2.4.4. *Personería sindical*: bajo las pautas señaladas anteriormente, los sindicatos pueden adquirir la personalidad jurídica (art. 7º, Convenio OIT N° 87). Los sindicatos son personas de derecho público no estatal. No es óbice a ello que el Estado otorgue personería gremial

a la asociación profesional más representativa para ejercer ciertos derechos gremiales como el de celebrar convenios colectivos de trabajo.

4.2.5. *Unidad o pluralidad sindical.* Existen dos grandes sistemas de organización sindical: cuando para la misma actividad o categoría sólo se reconoce a un sindicato la representación de esos trabajadores (unidad o monopolio sindical), y cuando se admiten más de uno (pluralidad o desconcentración sindical). Esto último no implica que necesariamente deba haber más de un sindicato por actividad, sino que no se impida a los trabajadores formar más de uno si así lo deciden.

4.2.5.1. La legislación argentina en la materia sólo ha reconocido personería gremial otorgada por el Estado a la asociación profesional más representativa, calificando a las otras como meramente inscriptas (relegadas a simples asociaciones comunes). Esta personería no es la necesaria dispuesta en la Constitución sino que la hemos denominado contingente por imperio de la ley. El régimen establecido limita la actuación de los sindicatos ya que sólo la asociación profesional con personería gremial puede representar los intereses gremiales ante el Estado y las empresas a través de la firma de los convenios colectivos (obligatorios *erga omnes* para todo el gremio), intervenir en la conciliación y el arbitraje, decidir huelgas y colaborar con el Estado en la solución de los problemas gremiales. Las restantes asociaciones profesionales que puedan constituirse (“simplemente inscriptas”) sólo tienen derecho a peticionar y representar, a solicitud de parte, los intereses individuales de sus afiliados, y representar los intereses colectivos cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial. De este modo la ley se ha definido por el principio de la unidad de la representación sindical.

4.2.5.2. Esta opción implementada también por la ley de asociaciones profesionales vigente (Ley 23.551) siempre ha motivado posiciones contradictorias: mientras que para algunos es inconstitucional la unidad sindical por afectar gravemente la libertad de afiliación, para otros decidir acerca de la unidad o la pluralidad de la representación sindical es una cuestión de política legislativa y no justiciable. Otra posición sostiene su plena constitucionalidad puesto que no tiene relación directa con la libertad de afiliación toda vez que esta libertad ha sido dispuesta en relación con el derecho de los trabajadores a

elegir la orientación de ideas del sindicato y con el derecho de afiliarse, a no afiliarse, a elegir un sindicato o a desafiliarse, y ello está asegurado en la ley; en suma, porque la libertad de los trabajadores no se manifiesta en la creación del sindicato sino en la elección de la orientación del mismo. Para nosotros es una verdadera distorsión del sistema constitucional que el sindicato “más representativo” por decisión ministerial sea el que representa al gremio; implica la corporativización de la vida gremial en contra del criterio adoptado por la Constitución cuando califica a la organización sindical como “libre y democrática” y limita la intervención estatal a la mera registración.

4.2.5.3. *Consagratorio fallo de la Corte aplicando el artículo 14 bis en materia de libertad sindical.* En este tiempo de homenaje a los veinticinco años de la instalación de la democracia en la Argentina, homenaje de civismo a la personalidad de Raúl Alfonsín que lo hizo posible, resulta propicio conjugar el recuerdo festivo con el señalamiento del alto significado que tuvo la vuelta a la democracia, por su vinculación con la supremacía de la Constitución Nacional que estaba sojuzgada. No sólo por la declamación del Preámbulo constitucional como forja de lucha durante la campaña electoral. También por la fijación de políticas que instaló el nuevo gobierno en aras de que la Constitución fuera realmente nuestra guía, no solamente una proclamación en una hoja de papel.

Lo que estamos sosteniendo viene a cuento cuando los argentinos hemos tomado conocimiento del ejemplar fallo de la Corte Suprema de la Nación, dictado el reciente 11 de noviembre del año del festejo, haciendo prevalecer la letra, tantas veces muerta, del artículo 14 bis de nuestra Ley Fundamental, en un tema tan sensible para la política gremial en el país como lo es la consagración efectiva de la libertad de asociación sindical. En efecto, en el caso “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”, la Corte hizo lugar a la reclamación de la actora, que carecía de la personería gremial exigida por el artículo 41 de la Ley 23.551, para poder intervenir en los comicios sindicales: la Corte dejó de lado esa norma, la declaró inconstitucional y, con invocación expresa del artículo 14 bis constitucional, habilitó a ATE a intervenir en la elección de delegados del personal del Estado Mayor del Ejército.

Recordemos la letra expresa del artículo 14 bis en materia de libertad

de asociación sindical: “las leyes [...] asegurarán al trabajador [...] organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. Eso fue lo que hizo ATE, se registró como asociación gremial, y sin la personería que le exigía la Ley 23.551, solicitó intervenir en las elecciones de delegados. Al fin la Corte hizo prevalecer la letra de la Constitución por sobre la voluntad política del legislador ordinario de turno. También tenemos que recordar que durante los primeros meses del gobierno de Alfonsín, en 1984, un proyecto de ley que disponía la personería gremial, no solamente de la mayoría del respectivo gremio, sino también de la primera minoría, fracasó en el Senado, por el voto en contra de un solo senador. Pudo haber utilizado Alfonsín el camino del decreto de necesidad y urgencia, una vía legislativa prevista por la doctrina de Joaquín V. González, cuando el Congreso se negaba a reglamentar una norma constitucional como el 14 bis.

Este histórico fallo de la Corte fue firmado por seis de sus integrantes: Lorenzetti, Highton, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Carmen Argibay no estuvo presente en el acuerdo. Los fundamentos no solamente invocaron el 14 bis, sino también los tratados internacionales que, con jerarquía constitucional, según el inciso 22, segunda parte, del artículo 75 constitucional, reconocen la libertad de asociación sindical de los trabajadores. En el mismo sentido se invoca el Convenio 87 de la OIT, el cual se da como integrado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluido en el mencionado artículo 75 de la Constitución. No se olvida tampoco la Corte que dicho Convenio fue invocado por la Corte en el importante precedente “Outon” (F. 267:215), obrero portuario que se negó a la afiliación obligatoria que le imponía un decreto del Ejecutivo, dictado en los tiempos de Frondizi.

Sostiene la Corte en los fundamentos del fallo que la limitación dispuesta por la inconstitucional Ley 23.551 “mortifica la libertad de asociación, de manera tan patente como injustificada, en sus dos vertientes. En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscrita. En segundo término, la libertad de estas últimas,

al impedirles el despliegue de su actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas”.

Desde el sector gremial se han levantado voces de protesta, que eran de esperar. Ellos deben comprender que el pluralismo sindical fortalece la democracia sindical y también el pluralismo. Que fortalece el participacionismo de los trabajadores en la administración y dirección de las empresas, clave de bóveda del Estado social y democrático de Derecho. Cláusula del artículo 14 bis nunca aplicada ni reglamentada en el país. El fallo de la Corte que comentamos ha sido aplaudido desde la defensa de principios caros al ideario liberal de nuestra Constitución. Está pendiente de implementación el estado social y participativo de los trabajadores, también consagrado en nuestra Ley Fundamental: si el Congreso sigue sin reglamentar esa participación, el reciente fallo de la Corte puede estar anunciando que el “nuevo tiempo de nuestra historia económica” precisa de esa participación laboral, en tiempos de crisis para la economía mundial. Sabemos que la doctrina de la Corte se realiza paso a paso; hay que esperar el nuevo y necesario avance en tal sentido.

Desde el gobierno se ha sostenido que el fallo de la Corte es aplicable solamente en relación a los sindicatos pertenecientes a los trabajadores del Estado. Carece de sentido semejante posición. Los beneficios de libertad y participación laboral consagrados en el artículo 14 bis han sido consagrados para todos los trabajadores del país. ¿Cómo justificar una desigualdad de trato en tal sentido?

Finalmente quiero recordar una anécdota que me tuvo de protagonista. Yo integré el bloque de convencionales radicales en la Convención reformadora de 1994. Durante la última sesión de esa Convención, tan hija del radicalismo, como lo fuera el artículo 14 bis, con la diferencia de que esta norma carecía de legitimación democrática de origen, y la reforma del '94 tuvo plena legitimación en tal sentido, durante esa última sesión, se trataba solamente de articular los nuevos artículos incorporados al texto constitucional histórico. Fue entonces cuando el presidente del bloque de convencionales radicales, no otro que Raúl Alfonsín, que se sentaba delante de mí, cuando se sostuvo que la articulación la debíamos comenzar con el artículo 36 porque el mandato legislativo era no tocar los primeros 35 artículos, se dio vuelta y me preguntó: “¿Qué le parece a Ud., dejamos al artículo 14

bis como está, o corremos toda la numeración del articulado?” No había tiempo para nada en la maratón constituyente en la que estábamos. Entonces me nació decirle: “Doctor: el artículo 14 bis es el artículo emblemático de los derechos sociales del trabajador, propuesto por los radicales en 1957, único sancionado porque se quedó sin quórum la Convención. Ahora lo estamos legitimando desde la democracia constitucional, dejémoslo solo, y diferente en su numeración, cual guía de una democracia social en el trabajo por la cual el radicalismo siempre ha bregado”. “Está muy claro”, me respondió Alfonsín con tono de asentimiento. Fue un diálogo fugaz que no tuvo testigos, pero yo no me lo olvido.

4.3. Protección de los representantes gremiales:

4.3.1. El artículo 14 bis, párrafo 2º *in fine* CN establece que “*Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo*”. Es un derecho eminentemente funcional, anejo a la tarea y no a la persona, a fin de que el representante de los trabajadores pueda cumplir su gestión sin persecuciones ni represalias patronales.

4.3.2. Respecto al sujeto activo de esta protección, la expresión elegida por la Constitución es amplia y no se limita a proteger a los representantes sindicales. Sin embargo, la legislación vigente (Ley 23.551) expresamente señala que únicamente gozan de esta protección los trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales. Desde que se es candidato a la dirigencia sindical está prohibido el despido, pero la estabilidad cesa si el establecimiento donde trabaja el dirigente sindical cierra o suspende sus tareas.

4.3.3. Respecto al contenido de este derecho, la Constitución limita el derecho patronal de contratar pues no se pueden modificar las condiciones de servicio del dirigente sindical; si el dirigente necesita suspender la prestación de servicios, goza de licencia para desempeñar su mandato y el empleador debe reservarle el empleo, y por último lo relacionado con la estabilidad.

4.3.3.1. Retomando la polémica entre estabilidad propia e impropia, ya analizada, pareciera que en este ámbito no puede haber duda alguna acerca de que la única estabilidad de los representantes sindicales es

la propia o absoluta, por la cual cualquier despido incausado por parte del patrón faculta al gremialista afectado a recuperar su puesto de trabajo. Sin embargo, la legislación reglamentaria ha optado por la estabilidad impropia agravada, donde el empleador puede despedir al representante gremial sin justa causa pero abonando una indemnización más alta que la dispuesta para cualquier otro trabajador.

4.3.3.2. Una importante excepción fue la ley 20.615 que introdujo –por primera vez en nuestro país (hasta la derogación por ley de facto 22.105)– un sistema de estabilidad propia para dirigentes, delegados, candidatos y fundadores sindicales, con prohibición expresa al patrón de despedir si previamente no se promovía el desafuero del gremialista (parecido al consagrado por la Constitución para los legisladores) por ante el Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales; con el agregado de que dicho sistema también era aplicable en materia penal (delitos cometidos por los dirigentes en ocasión de sus funciones). Este sistema se dio en llamar “fuero sindical” (para su estudio, remitimos a fueros personales y reales en la garantía de igualdad ante la ley).

4.3.3.3. La Ley 23.551 (de asociaciones sindicales) establece que los delegados gremiales durante el ejercicio de su mandato y por un año más desde su cese (art. 48) no podrán ser despedidos, suspendidos ni modificarse sus condiciones de trabajo, si no mediare resolución judicial previa. Si el empleador viola este procedimiento, el afectado podrá interponer una acción de reinstalación en su puesto, como mecanismo reparador (art. 52).

4.4. Concertar convenios colectivos de trabajo:

4.4.1. Se entiende por convenio colectivo todo acuerdo escrito que se celebra entre la parte patronal (uno solo, un grupo o una o varias organizaciones de ellos) y los trabajadores (una o varias de sus organizaciones), con el objeto de determinar las condiciones de trabajo y empleo de una actividad o sector, pero sin especificar las personas de la categoría profesional a las que obliga ya que extiende sus efectos aun a quienes no participaron del acuerdo (eficacia *erga omnes*) en un ámbito espacial y temporal determinados.

4.4.2. Son fuente autónoma (no estatal) de creación del derecho ya que la homologación del Estado, exigida para que el convenio adquiera validez, es un simple recaudo dirigido a ejercer el control

de legalidad de la convención colectiva. De modo que dicha intervención no convierte al Estado en parte del convenio.

4.4.3. *Implica una limitación:*

- a) Para los patrones en relación con el derecho de contratar, pues están obligados, formalmente, a realizar periódicamente las tratativas dirigidas a llegar a un acuerdo sobre las condiciones de trabajo y quedan obligados, aunque no hubieran intervenido en la negociación, siempre que el grupo de empresarios interviniente fuera suficientemente representativo a juicio del Ministerio de Trabajo;
- b) para los trabajadores, en razón de que, estén afiliados o no al sindicato más representativo con personería gremial, quedan obligados por el convenio. No afecta la libertad sindical la decisión legal de que los trabajadores no afiliados sean alcanzados por lo dispuesto por las consecuencias de las convenciones colectivas de trabajo.

4.4.4. La primera regulación legal e integral de los convenios colectivos se dio en 1953 con la Ley 14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo. A pesar de preceder a su consagración constitucional (art. 14 bis introducido en 1957), a partir de allí se la entendió como la reglamentación razonable de la misma, además de regir sin variantes sustanciales (a excepción de algún período de facto) hasta la década de los noventa (ver su texto ordenado por Dec. 108/88). En 1988 se completa este régimen clásico con la Ley 23.546 de Procedimiento para la Negociación Colectiva. Empero, a posteriori se alteran algunos de sus principios centrales y con ello se desnaturaliza el régimen constitucional y legal:

- a) Se deja de lado la “ultraactividad” (el convenio colectivo mantenía su vigencia más allá del plazo pactado mientras no fuera reemplazado por otro): en 1995, por Ley 24.467 se habilita un régimen especialmente flexible para las llamadas “pequeñas empresas”, en donde se fija la caducidad de pleno derecho para estas convenciones “pequeñas” a los tres meses de su vencimiento; en 1998, por Ley 25.013, bajo el pretexto de actualizar los “viejos” convenios, se fija en forma general un

plazo de caducidad de dos años para su revisión, lo que es reiterado en 2000 por la Ley 25.250.

- b) Se aparta de la regla de la norma más favorable al trabajador (el convenio colectivo podía mejorar pero nunca perjudicar lo establecido por la ley laboral): en 1995, la Ley 24.467 en el ámbito de las “pequeñas empresas” permite que por vía convencional se fijen condiciones especiales *in peius* (que se modifique el régimen de vacaciones y extinción del contrato de trabajo, se fraccione el aguinaldo, y se establezca la movilidad interna); por Ley 24.522 de Concursos y Quiebras se prevé la peculiar celebración de “convenios colectivos de crisis” entre la asociación sindical y la patronal concursada; en 2000, estas flexibilizaciones se consolidan y generalizan con la Ley 25.250.

4.4.5. *Jerarquía normativa*: de conformidad con el régimen clásico, el convenio no puede derogar lo establecido en la ley, salvo que sea más favorable al trabajador, es decir, que tiene una prelación relativa frente a la ley. A pesar de lo dicho, la Corte no ha tenido posición uniforme sobre el tema al pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes posteriores derogatorias de convenios colectivos más favorables:

4.4.5.1. Caso “Romano” –1979– (F. 301:608): la Corte que asumió en el gobierno de facto consideró que la Constitución no excluye la posibilidad de que alguna disposición de un convenio colectivo sea dejada sin efecto por una ley posterior (la ley de facto 21.476/76 que derogó diversas cláusulas de convenios colectivos de empresas públicas).

4.4.5.2. Caso “Nordensthol” –1985– (F. 307:326): la nueva Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley de facto 21.476 que derogaba un convenio colectivo que establecía mayores beneficios laborales. El voto de la mayoría (Carrió-Caballero-Petracchi) llega a esa conclusión a pesar de sostener que una ley puede dejar sin efecto un beneficio otorgado por un convenio colectivo, si analizado el contenido de la norma legal derogatoria concluye que es irrazonable (en el caso, se dejaba sin efecto un régimen especial de indemnización por despido). En cambio, la minoría (Fayt-Belluscio) declara rotundamente que una convención una vez homologada no puede ser dejada sin efecto por una ley, pues sino se estaría negando valor a aquella como fuente de

derecho autónomo, y sólo pueden ser derogadas por convenciones posteriores. La doctrina del caso “Nordensthol” fue reiterada en los casos “Soria” de 1985 (F. 307:338) y “Almirón” de 1987 (F. 310:248).

4.4.5.3. Caso “Soengas” –1990– (F. 313:664): la nueva mayoría de la Corte ampliada (Levene-Cavagna-Barra-Petracchi-Oyhanarte-Nazareno) reproduce la doctrina de la mayoría del caso “Nordensthol” pero declara la constitucionalidad de la ley de facto 21.476 por encontrarla razonable ejercicio del poder de policía de emergencia que autoriza restricciones más enérgicas (en el caso, se limitaba una bonificación salarial por antigüedad). La disidencia (Fayt y Belluscio) –con la que coincidimos– mantiene su posición minoritaria del caso “Nordensthol” y declara la inconstitucionalidad de la ley derogatoria de la cláusula del convenio colectivo. En particular, Fayt señala que las convenciones colectivas tienen carácter de fuente material de derecho de origen extraestatal (c. 5), que prevalecen sobre la ley si contienen beneficios superiores a los establecidos por ésta; que ello no significa alterar la relación normativa del artículo 31 CN (c. 8/9). La doctrina de la mayoría del caso “Soengas” se reitera en el caso “Vargas” de 1991 (F. 314:1764) con el voto de Levene-Cavagna-Barra-Moliné-Boggiano.

4.4.5.4. Caso “Cocchia” –1993– (F. 316:2624): la mayoría de la Corte legitimó la derogación de un convenio colectivo de trabajo por parte del Poder Ejecutivo a través de un decreto delegado (para su análisis particular remitimos a atribuciones normativas del presidente).

4.5. Recurrir a la conciliación y al arbitraje:

4.5.1. Son medios de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo (por oposición a conflictos individuales, aquellos en que está en juego un interés de la categoría y no de los trabajadores singulares).

4.5.2. La conciliación es un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de los empleadores para poner fin a un conflicto colectivo de trabajo. Funciona como procedimiento previo al arbitraje. Otra forma de operar la conciliación ha sido el funcionamiento de comisiones paritarias dirigidas a interpretar el convenio colectivo o a continuarlo.

4.5.3. El arbitraje es un procedimiento en virtud del cual un órgano no jurisdiccional (constituido por las partes en conflicto o por un tercero) decide una contienda colectiva de trabajo mediante un “laudo”, que difiere de una sentencia porque tiene efecto obligatorio *erga omnes*.

4.5.4. Son verdaderos derechos gremiales que las normas reglamentarias han transformado en instancias previas y obligatorias a toda medida de acción directa como la huelga y también a la realización o modificación de un convenio colectivo. La Corte en el caso “Hilanderías Olmos” de 1979 (F. 301:965) ha convalidado la validez constitucional de la conciliación obligatoria y la instancia arbitral compulsiva por considerarlas medios razonables elegidos por el legislador para poner término y resolver situaciones que además de afectar a las partes en pugna comprometen la tranquilidad social perjudicando los intereses generales. No nos parece correcta esta interpretación, máxime si se utilizan esos mecanismos para atentar contra el derecho de huelga. Además, esa doctrina judicial no respeta el Convenio N° 154 de la OIT de 1981 sobre el fomento de la negociación colectiva (aprobado en 1988 por Ley 23.544), con jerarquía superior a las leyes luego de la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22, párr. 1°, CN). De esta norma internacional surge claramente que los mecanismos o instituciones de conciliación y de arbitraje deben ser voluntarios (art. 6°); solución que aparece absolutamente compatible con el texto constitucional que los prevé como derechos y no como deberes, con igual jerarquía que el derecho de huelga.

4.5.4.1. Veamos en concreto cómo funciona la criticada reglamentación legal en la materia:

- a) En caso de conflictos de intereses de trabajo, antes de recurrir a medidas de acción directa, se debe acudir a una instancia obligatoria de conciliación, donde —si las partes no llegan a un acuerdo— la autoridad puede proponer una fórmula de conciliación; si la fórmula no es aceptada se propondrá someter la cuestión al arbitraje (facultativo). En ningún caso el conflicto puede resolverse compulsivamente por intervención del Estado (Ley 14.786 de Conciliación Obligatoria). La Ley 25.250 de 2000 ratifica esta regulación “a los fines de encauzar el conflicto y propender a su resolución” (art. 33, reglamentado por Decreto 843/2000).

- b) En caso de conflictos colectivos de intereses o de derecho, la autoridad pública (Ministerio de Trabajo) podía someterlos a la decisión de un arbitraje obligatorio (implicaba cesar en la medida de fuerza, bajo apercibimiento para el obrero de incurrir en causal de despido); esa decisión arbitral era irrevisable judicialmente, salvo pedido de nulidad por haberse resuelto cuestiones no fijadas o haber sido resueltas fuera de término (ley de facto 16.936/66 de arbitraje obligatorio, modificada por la Ley 20.638). En 2000, la Ley 25.250 deroga este sistema que era abiertamente inconstitucional y antiobrero (art. 34).

4.6. Derecho de huelga:

4.6.1. Es la realización de toda medida de fuerza a fin de obtener el cumplimiento, la modificación o establecimiento de nuevas condiciones laborales que consiste en la suspensión o abstención colectiva y temporaria de las tareas, con o sin abandono del lugar de trabajo, concertada por los trabajadores. Incluye cualquier modalidad de acción directa por parte de los trabajadores (paro, trabajo a reglamento, etc.), aunque en el famoso caso “Kot SRL” de 1958 la Corte consideró ilegal la ocupación de una fábrica por parte de los trabajadores (ver su análisis en jurisprudencia del amparo en subprincipio de control).

4.6.2. Como derecho gremial no se reduce al derecho individual de no trabajar, ya que supone el ejercicio conjunto y plural de varios trabajadores que comparten un determinado conflicto o problema colectivo. Claro que el participar o no es una decisión de cada trabajador. Es un derecho atípico y singular ya que en rigor es una autotutela por vías de hecho de los trabajadores que, además de enfrentarse a los derechos patrimoniales de los empleadores, limita la competencia estatal en la solución de conflictos. Por medio de la abstención colectiva y concertada del trabajo se procura presionar la voluntad del empleador, para compelerlo a la aceptación de un beneficio o a la efectivización de lo dispuesto previamente. En cuanto a su titularidad, según ya lo dijimos, puede hacerlo tanto el sindicato (organización del gremio) como un grupo de trabajadores del gremio.

4.6.3. Antes de su constitucionalización en 1957, se lo ubicaba como derecho implícito (art. 33, CN). La reforma de 1949 no incluyó a la huelga en su extensa lista de derechos sociales, con el argumento

de que si bien es un “derecho natural” (equivalente al derecho de resistencia a la opresión) no puede ser un “derecho positivo” por implicar un rompimiento con el orden jurídico establecido que pretende ser justo (Sampay, 2).

4.6.4. Es un derecho operativo según lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte (caso “Font” –1962–, F. 254:51). Pero también ha señalado que ello no significa que sea absoluto ni que esté impedida su reglamentación legal (F. 251:472 y otros). Sobre este criterio se ha construido un derecho infraconstitucional restrictivo de este derecho donde su único titular es el sindicato con personería gremial, y donde el Estado califica la huelga (legal o ilegal) a través de su órgano administrativo para encauzar el conflicto. La Corte en el caso “Beneduce” de 1961 (F. 251:472) ha establecido la necesidad de la calificación administrativa de la huelga, la que debe ser revisada por los jueces (aplicación de la doctrina del control judicial suficiente según caso “Fernández Arias c/Poggio” analizado en atribuciones judiciales del Ejecutivo).

4.6.4.1. Respecto a la revisión judicial es doctrina de la Corte que la calificación administrativa de ilegalidad de una huelga únicamente puede ser revisada en sede judicial cuando se debaten sus consecuencias en controversias individuales con el único propósito de decidir los efectos en cada caso particular. En ese acotado marco, los jueces pueden apartarse de la calificación administrativa cuando consideren que adolece de grave error o irrazonabilidad manifiesta. Además la calificación por parte de los jueces es imprescindible cuando no hubiera calificación administrativa previa (F. 251:18 y 472; 254:51 y 62).

4.6.5. Principal efecto de la huelga es que su ejercicio no puede acarrear responsabilidades penales ni civiles; en especial, no extingue por sí misma la relación laboral, sino que la suspende por el lapso de la medida.

4.6.5.1. La participación de un trabajador en una huelga en ningún caso puede constituir causa de despido ni aun mediando intimación del empleador a los obreros de reintegro al trabajo, salvo que el trabajador no se hubiera reintegrado después de ser intimado a ello en el caso de que la huelga hubiese sido declarada ilegal.

4.6.5.2. La Corte ha sostenido que no existe obligación por parte

del empleador de pagar los salarios correspondientes al tiempo de la huelga, en la medida en que él haya cumplido con sus obligaciones legales y contractuales (F. 256:305), y, por ende, no se pueden cuestionar los descuentos de haberes efectuados (F. 313:149). Esto permite interpretar que si la huelga es declarada legal (ante la verificación de un incumplimiento patronal), el trabajador tiene derecho a percibir su salario durante el tiempo de huelga.

4.6.6. En general, la reglamentación de este derecho ha tendido más a evitar los perjuicios que necesariamente genera la abstención laboral, que a efectivizar su ejercicio tratando de prevenir las controversias que originan las medidas de acción directa. Esto se confirma con sólo recordar la normativa ya estudiada sobre conciliación y arbitraje obligatorios como pasos previos a la huelga.

4.6.6.1. En esta misma orientación restrictiva se enmarca el decreto de necesidad y urgencia 2184/90 (el Congreso nunca lo ratificó hasta que ¡diez años! después es derogado y sustituido por la Ley 25.250). Allí se agregaban tantas limitaciones al ejercicio de la huelga que terminaba por desnaturalizarla. A un lado su vicio de origen, que no supera el test del artículo 99, inciso 3°, párrafos 2º/4º CN (ver su análisis en atribuciones normativas del presidente), impuso la obligación de prestaciones mínimas mientras durase el conflicto en los considerados como “servicios esenciales”. Aquí se observa la peligrosa amplitud utilizada por el decreto para enmarcar al servicio esencial (en especial, ver art. 1.g, y art. 12) que, en definitiva, dejaba su determinación al criterio circunstancial de funcionarios del Ministerio de Trabajo. En ese desmesurado ámbito en que cualquier actividad podría considerarse esencial, se proscribió la huelga intempestiva al obligar a los trabajadores a preavisar al Ministerio y a la patronal; con esta última se deben convenir los servicios mínimos que no pueden dejar de ser prestados, y si no se llega a un acuerdo, otra vez es el Ministerio quien fija discrecionalmente dichas prestaciones. Si la huelga se realiza sin cumplir esas reglas, el Ministerio somete el conflicto a arbitraje obligatorio bajo pena de ilicitud de la huelga. Como se ha dicho, esta norma se aparta de los lineamientos de la OIT y de una razonable solución del conflicto laboral relacionado con las necesidades básicas fundamentales (Capón Filas, 2).

4.6.6.2. Este cuestionado decreto fue derogado por la también cuestionada Ley 25.250 de 2000, que, sin embargo, vuelve a establecer un régimen similar (art. 33 de la ley reglamentado por el Dec. 843/2000). Dicha semejanza normativa determina que lo nuevo sea acreedor de iguales reproches jurídicos aunque formalmente aparezca como diferente. Como de continuidades se trata, no sorprende que anunciado el cese general de actividades para el 9-6-2000 en repudio a la Ley 25.250 cuya entrada en vigencia era inminente, la nueva administración aplicara el “derogado” Decreto 2184/90 in extremis (antes de que la derogación estuviese vigente) para asegurar la prestación de “servicios mínimos” en el transporte para esa fecha (Dec. 448/2000).

5. Derechos familiares:

5.1. Son los derechos sociales que posee el núcleo familiar que, con carácter irrenunciable, son ejercidos por quienes o quien lo representa. Consagrados en el artículo 14 bis, párrafo 3º CN, se amplían en la temática educacional donde las leyes que la regulen deben asegurar, entre otros, la participación de la familia (art. 75, inc. 19, párr. 3º, CN).

5.1.1. Especial importancia tiene determinar el alcance constitucional del vocablo “*familia*”, el cual no se limita a la nacida del matrimonio. Por ello, el casarse (ver análisis del derecho a casarse al final de los derechos civiles) no es condición necesaria para fundar una familia en el sentido de grupo especialmente protegido por la Constitución. En efecto, la ausencia de calificativo en el texto constitucional hace que deba ampliarse a las relaciones sanguíneas que nacen de situaciones de hecho.

5.1.1.1. Avala esta interpretación el derecho internacional de los derechos humanos, receptado con jerarquía constitucional a través del artículo 75, inciso 22, párrafo 2º CN. Así, la C. E. T. F. D. M. al ocuparse de los asuntos relacionados con la familia, le asegura a hombres y mujeres “los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos” (art. 16.1.d). Por su parte, el artículo 17.5 de la C. A. D. H. al referirse a la protección de la familia establece que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matri-

monio como a los nacidos dentro del mismo”. A su vez, el artículo 15 del Protocolo Adicional de San Salvador se refiere puntualmente a la constitución y protección de la familia, también sin distinción alguna.

5.1.2. La Corte ha reconocido validez a la legislación que le otorga derecho previsional a quien vive en aparente matrimonio (caso “García Machado” –1989–, F. 312:1681).

5.1.3. La representatividad del núcleo familiar la tienen el padre y la madre. Empero, como estos derechos son irrenunciables, en el caso de que su exigibilidad estuviese expedita por la ley y hubiera reticencia del jefe de la familia en reclamarlos, cualquiera de sus miembros (los menores por intermedio del Ministerio Público) pueden solicitar amparo para obtener el goce de los mismos.

5.2. Protección integral de la familia: la calificación de “*integral*” implica que comprende todos los aspectos que pueden interesarla, brindándole la tutela y estímulo que dicho núcleo social merece, e impulsando todo tipo de ayuda frente a las carencias que pueda experimentar. Este derecho funciona como formulación genérica de los derechos familiares, que se desenvuelven, a título enunciativo, a través de tres modalidades expresas en el texto constitucional en análisis:

5.3. Compensación económica familiar: es una modalidad del derecho anterior y ha sido implementada por el Estado al establecer en la legislación laboral, con carácter obligatorio, la prestación a cargo de todo empleador (oficial o privado) de asignaciones familiares a favor de los trabajadores en relación de dependencia que tengan determinadas cargas (esposa, hijos, escolaridad) o se encuentren en determinadas situaciones (contraer matrimonio, nacimiento de hijos). La Corte, luego de la reforma constitucional de 1957, ha sostenido que la legislación que obliga a una asignación mensual en tal sentido no viola la libertad de contratación (caso “Roldán”, F. 250:46). La Ley 24.714 de 1996 establece el nuevo régimen de asignaciones familiares, cuyo principal vicio es haber dejado de lado la universalidad que siempre caracterizó a la legislación en la materia.

5.4. Defensa del bien de familia: es otra modalidad de la protección integral familiar. Consiste en la facultad de registrar como tal

un inmueble urbano o rural cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de una familia. El régimen reglamentario fue establecido por la Ley 14.394 y consiste básicamente en que el bien no podrá ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias; ni gravado sin la conformidad del cónyuge del propietario; ni ejecutado o embargado por deudas posteriores a su inscripción como tal (salvo por obligaciones provenientes de tasas o impuestos que graven el inmueble); sólo se puede constituir un bien de familia; procede su desafectación a pedido de los propios beneficiarios o por intervención judicial.

5.5. Acceso a una vivienda digna: cláusula de una indudable importancia social que, a pesar de la emergencia habitacional existente, no sólo no ha sido debidamente implementada, sino que ni siquiera se ha aprovechado la riqueza conceptual que encierra la singular expresión utilizada por el texto constitucional (“acceso a”). Aún no ha quedado claro si este derecho se refiere “a” una vivienda digna o, al menos, al derecho “a acceder” a ella (Bidart Campos, 4). Nosotros lo percibimos como derecho de sector o de clase en la medida en que sus beneficiarios son todos aquellos que no tienen vivienda, aunque carezcan de núcleo familiar. A su vez, el adjetivo de “*digna*” hace pensar en una vivienda con estructura básica adecuada y suficiente con más la infraestructura de servicios esenciales.

5.5.1. Tradicionalmente las normas reglamentarias de esta cláusula se limitaron a fijar procedimientos o planes promocionales para posibilitar la adquisición financiada de viviendas económicas. Esta tendencia es continuada por la Ley 24.464 de 1995 que crea el Sistema Federal de la Vivienda, con el objeto de facilitar las condiciones necesarias para posibilitar a la población de recursos insuficientes el acceso a la vivienda digna conforme lo dispone el artículo 14 bis (art. 1°).

5.5.2. En el caso “Sánchez, Claudia” (L. L. 2003-D-484) la Corte ha sostenido que, en materia del derecho a una vivienda digna, las previsiones del P. I. D. E. S. C. no deben entenderse sólo como el derecho a adquirir una propiedad, sino que el Estado está obligado a realizar todas las acciones positivas y negativas para garantizar dicho mandato.

6. Derechos de la seguridad social:

6.1. A la clásica y genérica protección que brinda el artículo 14 bis, párrafo 3º CN debe agregarse la cláusula específica incorporada por la reforma de 1994 que manda al Congreso “*Dictar un régimen de seguridad social especial e integral*” en protección del niño y de la madre embarazada (art. 75, inc. 23, párr. 2º, CN). La reglamentación de estos derechos es considerada por la Constitución como derecho común y, como tal, corresponde al Congreso el dictado del código de “*seguridad social*” (art. 75, inc. 12, parte 1ª, CN).

6.1.1. Similares previsiones contienen los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional al garantizar la seguridad social no sólo a quienes se encuentran trabajando sino a “*toda persona*” (art. XVI, D. A. D. H.; art. 25, D. U. D. H.; art. 9º, P. I. D. E. S. C.). En el ámbito regional, el Protocolo de San Salvador (anexo a la C. A. D. H.), con mayor precisión, se ocupa del tema (art. 9º). No queda duda, entonces, de que los titulares de estos derechos son todos los habitantes a pesar de que el artículo 14 bis, párrafo 3º CN guarde silencio, puesto que habiendo sido introducido a continuación del texto del artículo 14 CN, comprende el ámbito personal de aplicación que éste expresamente establece.

6.1.2. Son derechos a prestaciones positivas (no sólo dinerarias) del Estado o de los particulares obligados a favor de todos los habitantes (no sólo los trabajadores) de mantener su capacidad de ingreso y ser protegidos frente a los riesgos y contingencias sociales (muerte, vejez, enfermedad, desempleo, etc.), mediante un sistema al cual contribuyen o no los beneficiarios. Es decir, que más allá de la alternativa voluntaria de cada cual, la Constitución exige esta provisión compulsiva sostenida por un sistema en el que participan directa e indirectamente el beneficiario y el obligado (por ej. por medio de aportes sociales a partir del salario: a cargo del empleado y del patrón) o en forma indeterminada (por ej. por vía de impuestos). De esta forma, el reconocimiento constitucional de la seguridad social comprende también a la “*asistencia social*” que es la cobertura de todo riesgo por el Estado a su exclusivo cargo (con fondos provenientes de rentas generales). En suma, es una manifestación de los términos programáticos del Preámbulo cuando dice: “*promover el bienestar general*”,

en su modalidad actualizada del Estado de bienestar o Estado de prestaciones propio del constitucionalismo social.

6.2. Carácter integral e irrenunciable: la seguridad social prevista en la Constitución tiene sentido amplio y comprensivo: por eso los artículos 14 bis, párrafo 3° y 75, inciso 23, párrafo 2° expresan que tiene carácter integral. Ella abarca no sólo el seguro social –de acuerdo con lo que reza la norma– sino todas las contingencias o necesidades (favorables o desfavorables) que ocurren en la vida del hombre. La Corte ha declarado que, en materia de seguridad social, no deben desconocerse los derechos sino con extremada cautela (caso “Pobes” –1966–, F. 266:299). La irrenunciabilidad de estos derechos, también dispuesta por la Constitución, indica el carácter de orden público que el constituyente les ha asignado. La Corte ha considerado que esta característica constitucional no es absoluta, de modo que la ley puede establecer la prescripción (F. 307:1340). Los medios o instrumentos por los cuales se realizan las prestaciones de la seguridad social son dos: el seguro social y el sistema previsional (jubilaciones y pensiones).

6.3. Seguro social obligatorio: como forma especial de seguridad social la Constitución prevé que la ley establecerá el “*seguro social obligatorio*” (art. 14 bis, párr. 3°, CN); su alcance también es amplio y comprende el seguro de desempleo, de maternidad, de salud y todo otro que, sin fin de lucro y con carácter obligatorio, establezca la ley con exclusión de las jubilaciones y pensiones. El vocablo “*seguro*” refuerza el carácter protectorio para ciertas situaciones aleatorias en la vida de las personas diferentes a las previstas por el sistema previsional (jubilaciones y pensiones). En la Argentina aún no se ha establecido un sistema de seguro social integral que cubra las contingencias sociales a que pueda encontrarse sometida la población.

6.3.1. *Seguro de salud:* un supuesto típico de esta modalidad de la seguridad social es la prestación médica por riesgos de enfermedad que conforma la dimensión social del derecho a la salud de toda persona (ver su análisis como último y atípico derecho personalísimo). A pesar de la creciente presencia del seguro privado (denominado de “*medicina prepaga*”), la cláusula constitucional exige que el Estado organice un

sistema prestacional compulsivo de carácter contributivo (las “obras sociales”) o no (servicio hospitalario público).

6.3.2. *Siniestros laborales*: es otro supuesto típico de seguridad social la regulación laboral para la preservación de la vida, integridad psicofísica y salud de los trabajadores.

6.3.2.1. El viejo régimen de la ley 9688 y sus modificatorias que se extendió durante 80 años (entre 1915 y 1995) se apartaba del régimen general de responsabilidad del Código Civil por un sistema propio para siniestros laborales que establecía la obligación individual de cada empleador de responder por los riesgos y asumir el costo de las prestaciones por contingencias derivadas del trabajo; fijaba un régimen de transacción que relevaba al trabajador del deber de demostrar la conducta antijurídica del empleador y como contrapartida fijaba una reparación tarifada y limitada (con prescindencia de la magnitud real de los perjuicios sufridos) a partir de parámetros objetivos: salario de la víctima, grado de incapacidad, y luego la edad del trabajador dañado. El sistema se completaba con la opción para el trabajador por una acción civil que le permitía la reparación integral del daño sufrido (Corte-Machado).

6.3.2.2. En 1995, la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo transforma sustancialmente el sistema anterior en perjuicio de los trabajadores en el marco del proceso de ajuste estructural del nuevo modelo económico instaurado en el país a partir de la década de los noventa. Establece un régimen de responsabilidad colectiva (que socializa los riesgos laborales para disminuir el costo empresario), a través de un seguro privado obligatorio entre el empleador y empresas de seguros llamadas Administradoras de Riesgos del Trabajo (ART), que se hacen cargo de cubrir las situaciones de riesgo laboral (menores que antes, pues sólo se incluyen los accidentes y las enfermedades previstas en un listado confeccionado por el P. E. N.) por prestaciones (dinerarias o en especie) tarifadas y periódicas (como si fuera una módica pensión mensual) que sustituyen a la indemnización única, a determinarse en una instancia administrativa previa y obligatoria.

6.3.2.3. Tales son los defectos del nuevo sistema que afectan flagrantemente los derechos constitucionales de los trabajadores a las “*condiciones dignas y equitativas de labor*” y a la integridad de la

seguridad social (art. 14 bis, párrs. 1º y 3º, CN), además de la igualdad ante la ley (art. 16, CN):

- a) Quedan contingencias laborales sin reparación al no estar prevista la llamada enfermedad-accidente (no generada exclusivamente por el trabajo), y limitar las enfermedades resarcibles a las previstas en el listado (con técnica de delegación legislativa violatoria del art. 76, CN);
- b) un sistema reparatorio menos protector (cuantitativa y cualitativamente) que el establecido por el Código Civil para todos los habitantes, cuando la Constitución privilegia a los trabajadores: la falta de responsabilidad laboral del empleador se completa con su desobligación civil, salvo casos extremos de dolo de éste; además de la exigüidad de las prestaciones, son abonadas en cuotas. A la espera de su necesaria derogación, cabe declarar inconstitucional la Ley 24.557 por alguna o todas estas razones, en cuyo caso corresponderá el pago total y al contado por aplicación lisa y llana del sistema de responsabilidad civil contra el empleador en forma solidaria con la ART. A todo evento, se podrá hacer recaer sobre la patronal una responsabilidad remanente por la diferencia entre lo que resulte de la aplicación de la ley y la reparación integral exigida por la Constitución en forma análoga al caso de accidente o enfermedad laborales causados por terceros (art. 39.4), u ordenar a la ART el pago único del total de la indemnización legal.

6.4. La protección frente a los riesgos del trabajo es un derecho no enumerado en el catálogo social contenido en el artículo 14 bis, pero que se encuentra implícito en la regla general de las “condiciones dignas y equitativas de labor”, que acaban de ser consideradas.

6.4.1. En tal sentido la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo aún vigente, aunque declarada inconstitucional en varias de sus disposiciones, como veremos, ha realizado una tasación indemnizatoria de cada riesgo, al margen de la indemnización integral que le correspondería al trabajador, si pudiera acudir al fuero civil solicitando una indemnización civil, al margen de la referida regulación laboral.

6.4.2. La Corte Suprema, en los casos “Aquino” (F. 327:3753), “Milone” (F. 327:4607) y “Castillo” (F. 327:3610), ha declarado la

inconstitucionalidad de varias de las disposiciones contenidas en la referida Ley de Riesgos del Trabajo, desarticulando un régimen que, si bien es pragmático y otorga seguridad a los empresarios, no es justo para la parte más débil y necesitada de la organización del trabajo, como lo es el trabajador. Sin justicia integral no hay gestión de calidad, ni organización eficiente de la economía, ni crecimiento económico, ni primer mundo. Ésa es nuestra prédica en la materia.

6.4.3. En el caso “Itzcovich” (F. 328:566) la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la norma que establecía la apelación obligatoria ante el Alto Tribunal de las sentencias emanadas de la Cámara Federal de la Seguridad Social, regla esta última que generaba una enorme congestión de causas en la Corte, algo así como unas setenta mil, burocratizando el sistema de control de constitucionalidad, hasta convertirlo, en muchos casos, en inviable.

6.4.3.1. Dando cumplimiento, como debe ser, a la indicación tácita que le hiciera la Corte en relación con la apelación obligatoria ante el Alto Tribunal de las sentencias a que hace mérito el punto anterior, el Congreso derogó el artículo 19 de la ley 24.463 al sancionar la Ley 26.025.

6.4.4. En los casos “Sánchez” (F. 328:1602) y “Badaro” (sentencia del 6 de agosto de 2006) la Corte ha tomado la trascendente decisión, propia de un Estado social de Derecho, de aumentar los haberes de los beneficiarios de jubilaciones y pensiones, a partir de la declaración de inconstitucionalidad del régimen previsional, en tanto el mismo no lo permitía.

6.4.5. En el caso “Delbes” (sentencia del 2 de diciembre de 2004) la Corte ratifica la doctrina de la inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos del Trabajo ya citada, pero ampliando su fundamentación del siguiente modo:

- a) Invocó el principio general *alterum non lædere* contenido en el artículo 19 constitucional;
- b) sostuvo que la responsabilidad reglada en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil no está referida sólo para el derecho privado, sino que expresa un principio general que se aplica a cualquier rama del derecho (F. 308:1118);

- c) el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, a cuya reparación debe tender la justicia;
- d) resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida humana, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor (F. 292:428; 303:820; 310:2103 y 312:1597);
- e) el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (F. 323:3229);
- f) juzgó inconstitucional una indemnización que no fuera justa (F. 268:112);
- g) el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida (todos estos fundamentos fueron formulados en el voto de Petracchi y Zaffaroni);
- h) de aplicarse el sistema de reparación previsto en el Código Civil la indemnización superaría en tres veces el monto previsto en la LRT (voto de Belluscio y Maqueda);
- i) la inconstitucionalidad de la LRT encuentra fundamento en los artículos 14 bis y 75, incisos 22 y 23 CN, así como en el P. I. D. E. S. C. (art. 11, inc. 1º) que tiene jerarquía constitucional (voto de todos los integrantes del tribunal).

6.4.6. La Corte Suprema en el caso “Castillo” (sentencia del 7 de setiembre de 2004) declaró la inconstitucionalidad de la LRT en cuanto disponía que las resoluciones de las comisiones médicas provinciales serán recurribles ante la justicia federal. Sostuvo el tribunal que la referida materia es de derecho común, de modo tal que deben ser aplicadas por las jurisdicciones locales o federales con competencia en el caso, según las cosas o las personas lo determinaran (F. 248:781; F. 271:206, 209, c. 4).

También sostuvo la Corte en este caso que “La LRT de tal manera, ha producido dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: impedir que la justicia provincial cumpla con la misión que le es propia, y desnaturalizar la del juez federal al convertirlo en magistrado del fuero común. La competencia conferida al fuero federal, en consecuencia, no encuentra otro basamento que el mero arbitrio del legislador”.

6.5. Jubilaciones y pensiones: conforman la llamada previsión social que frente a ciertas contingencias (vejez, invalidez y muerte) que dificultan o imposibilitan la procura existencial individual, otorga a quienes hubieron aportado al sistema o a sus causahabientes prestaciones dinerarias relacionadas con las cotizaciones efectuadas. La legislación ha cubierto, en el ámbito nacional y provincial, el amplio espectro de actividades laborales, estableciendo diversos regímenes jubilatorios y de pensiones.

6.5.1. Derecho a la movilidad previsional: el artículo 14 bis, párrafo 3º, al señalar que las jubilaciones y pensiones deben ser móviles, debe interpretarse con el mismo criterio que la cláusula sobre el salario mínimo vital y móvil ya analizada, es decir, ascendente y periódica. Sin embargo, aún no se ha establecido un sistema de movilidad dinámico, permanente y generalizado, que ajuste los ingresos de la clase pasiva –la más necesitada de la sociedad– a las variaciones del valor del dinero.

6.5.1.1. Como ha dicho la Corte, la jubilación no es sólo una contraprestación por la actividad laboral una vez que se ha cesado en ésta, sino un débito de la comunidad por tal servicio (F. 311:530), y debe existir un necesario equilibrio entre la remuneración de quien está en actividad y los haberes de la clase pasiva (F. 312:1706), doctrina invariable a partir del caso “Ponzo” de 1963 (F. 255:306) donde por vez primera la Corte utiliza el concepto de proporcionalidad entre la prestación previsional (jubilación y pensión) y el salario, ya que aquella tiene naturaleza sustitutiva.

6.5.1.2. Con base en el estándar de la proporcionalidad y carácter sustitutivo, se deben incrementar los haberes del sector pasivo en forma similar a los de los trabajadores en actividad. Así, la Corte ha señalado correctamente que es inconstitucional congelar los haberes previo-

nales porque ello importa suprimir su movilidad (F. 300:571); aunque la fijación de la movilidad sea discrecional para el legislador no puede violentar el derecho de propiedad sobre los haberes (F. 307:2366), habiendo admitido la constitucionalidad de la reducción de los haberes jubilatorios siempre que no hubiese confiscación (F. 311:1213; 312:194); además, la Corte puntualizó que la movilidad de las prestaciones previsionales debe extenderse a las deudas de los organismos previsionales al declarar inconstitucional la prohibición de actualización sobre ellas (caso “Grassi” –1981–, F. 303:645).

6.5.1.3. Esta constante y clara jurisprudencia de la Corte, a través de sus distintas integraciones, acerca de la proporcionalidad y el carácter sustitutivo de las jubilaciones y pensiones, es interrumpida abruptamente en 1996 en el caso “Chocobar” (F. 319:3241). En ese fallo, la mayoría llegó a decir que esos criterios interpretativos eran meramente infraconstitucionales, pues –se consideró– sólo surgían de textos legales reglamentarios de la cláusula constitucional pero que carecían de jerarquía suprema (c. 24, voto de López-Nazareno-Moliné); por ello se consideró que no hay una versión única de la movilidad previsional, pudiendo adoptarse un régimen más amplio o más restringido por parte del legislador de conformidad con las posibilidades y condiciones del momento histórico (c. 19, voto de Vázquez). En cambio, la disidencia de Belluscio-Petracchi-Bossert, si bien admite que la Constitución deja librado a la prudencia del legislador establecer las condiciones en que se hará efectivo el derecho a la movilidad, destaca que jamás tal derecho puede ser desvirtuado o alterado pues ello implicaría desconocer el derecho reglamentado (c. 12), y por su parte la disidencia de Fayt afirma con toda contundencia, en criterio que compartimos, que la movilidad de los haberes previsionales es una protección operativa que debe asegurar a los beneficiarios “un nivel de vida similar dentro de una proporcionalidad justa y razonable, al que le proporcionaban, a él y a su núcleo familiar, las remuneraciones percibidas en la actividad” (c. 14).

6.5.1.4. En el caso “Sánchez, María del Carmen” (L. L. 2005-C-620) la Corte abandona la doctrina impropia e injusta sostenida en “Chocobar”, sosteniendo que la inteligencia sistémica de la Constitución impide que se convalide un despojo a los pasivos, privando al

haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral (c. 4). El fallo consideró que el Pacto de San José de Costa Rica suma nuevos o mayores beneficios para los jubilados y que la ley 18.037 no ha sido derogada por la de convertibilidad, sino recién por la ley de solidaridad previsional.

6.5.1.5. Resulta importante destacar que en el caso “Chocobar” la Corte sentó una trascendente interpretación del alcance de la cláusula constitucional contenida en el artículo 75, inciso 22, al sostener que, cuando la misma otorgó supremacía constitucional a los tratados internacionales sobre las leyes, incorporando una nómina de ocho tratados que se encontraban ratificados por la Argentina, el constituyente había efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. Es decir que, implícitamente, el Alto Tribunal considera también que dichos tratados internacionales son “complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución”, doctrina que ha sido receptada por la Corte luego a tenor de su sentencia en “Monges”, como veremos a continuación. El reconocimiento ha sido importante, pero profundamente hipócrita, porque en relación con la cuestión de fondo relativa a la movilidad previsional consideró que la movilidad que regía en aquel tiempo, obviamente insuficiente, era compatible con las previsiones en la materia contenidas en el Pacto de San José.

6.5.1.6. Recordamos también que la Corte, en el caso “Monges”, en el voto de cuatro de los ministros sostuvo, en el mismo sentido que en “Chocobar”, que “los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica [...] aunque el constituyente no haga expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y no pueden despla-

zarse y/o destruirse recíprocamente” (F. 319:3148, voto de Nazareno, Moliné O’Connor, López y Boggiano).

6.5.1.7. Por otra parte, el vaciamiento inveterado de los recursos económicos de las cajas jubilatorias fue invocado en 1986 por el Poder Ejecutivo para dictar el decreto de necesidad y urgencia (2196/86). Pretextando la amenaza de la continuidad del sistema previsional se declara en estado de emergencia el sistema de previsión, se paralizan juicios y reclamos y se reducen beneficios. Ante dicha situación, la Corte señaló en el caso “Rolón Zappa” (F. 308:1848) que no era “óbice decisivo” el argumento del Estado de las dificultades económico-financieras de las Cajas Nacionales de Previsión para demostrar que la jurisprudencia a favor del reajuste de haberes previsionales “produciría a corto plazo la quiebra del sistema previsional por la imposibilidad de pago de las liquidaciones respectivas” (c. 3).

6.5.1.7.1. Sin embargo, una década después, luego de múltiples normas infraconstitucionales que sucesivamente fueron menguando el reajuste jubilatorio postulado por la Constitución, la Corte ampliada (en respuesta a miles de demandas de jubilados y pensionados afectados) sentó un criterio totalmente distinto en el ya mencionado caso “Chocobar” (F. 319:3241): en especial el voto mayoritario de López-Nazareno-Moliné (c. 38) y el voto concurrente de Vázquez (c. 16/17).

6.5.1.7.2. De sus extensas argumentaciones resulta especialmente inaceptable que se invoque el artículo 75, inciso 22, párrafo 2º para limitar el derecho constitucional a la movilidad previsional. En efecto, luego de citar el artículo 22, D. U. D. H. y el artículo 26, C. A. D. H., condiciona la cláusula de la movilidad de las jubilaciones y pensiones del artículo 14 bis CN en perjuicio de sus titulares a partir de los “recursos disponibles” (c. 11 de la mayoría), como si esto fuera impuesto por la jerarquía constitucional de esos instrumentos internacionales. Para nosotros, las críticas que merece esta postura de la mayoría de la Corte son: a) se aparta de la recta y asentada jurisprudencia sobre el valor interpretativo de las nuevas cláusulas constitucionales (ver interpretación constitucional); b) silencia una norma específicamente aplicable al caso contenida en el P. I. D. E. S. C. a pesar de que también goza de “*jerarquía constitucional*”: el artículo

2.1 por el cual cada Estado se compromete “hasta el *máximo* de los recursos de que disponga”; c) desconoce un principio del propio derecho internacional de los derechos humanos contenido en instrumentos que ella misma invoca (ej. art. 29.b, C. A. D. H.) o lo ignora (art. 5.2, P. I. D. E. S. C.), conocido como “cláusula del individuo más favorecido” (Newman y Vasak) que se analiza al estudiar el principio de supremacía.

6.5.1.7.3. En cambio, coincidimos con la minoría del caso “Chocobar” por utilizar debidamente el enfoque consecuencialista en materia de interpretación. En efecto, el voto disidente de Belluscio-Petracchi-Bossert señaló que si bien “no puede prescindirse de toda consideración [...] acerca de que la solución del fallo podría producir el colapso del sistema y una grave crisis económica de las finanzas estatales [...] no es afectando derechos individuales de contenido alimentario en donde ha de encontrarse la solución al problema planteado, sino arbitrando medidas que contemplen en forma equilibrada los intereses controvertidos” (c. 61); incluso con más contundencia se visualiza en la disidencia de Fayt quien, luego de describir el prolongado “colapso del sistema” (c. 10/11), enfáticamente destaca que los jueces deben cumplir “estrictamente con el mandato constitucional, porque aun los más altos fines de saneamiento económico y social, incluso los vinculados al loable empeño de combatir los que se consideren males de una comunidad, no autorizan al quebrantamiento de la Constitución, que no cede ante nada ni nadie” (c. 14).

6.6. Entidades de la seguridad social: la reforma de 1994 incorporó un nuevo párrafo al artículo 125 aclarando que las provincias pueden conservar organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales. Esta norma no ha hecho más que ratificar una potestad que ya tenían las provincias, y armoniza con el sentido que debe darse al artículo 14 bis cuando dice que “*los beneficios de la seguridad social*” estarán “*a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado*”. Para nosotros, esta cláusula involucra tanto a los organismos encargados del seguro social como del sistema previsional.

F) Derechos de incidencia colectiva o derechos públicos subjetivos

1. Introducción:

1.1. Su primera y original característica es que son derechos supraindividuales o pluripersonales por pertenecer indistinta o alternativamente a una pluralidad de sujetos, en tanto integrantes de un grupo, categoría, clase o sector sociales. Nadie resulta titular exclusivo y varios son sus beneficiarios. No están en cabeza de un sujeto determinado, sino esparcidos entre todos los que conforman una comunidad o parte de ella (una fracción), que no se encuentran vinculados entre sí por un nexo previamente establecido. Aunque no haya un perjuicio personal y directo, cada uno de los miembros de esta pluralidad tiene una suerte de “parte indivisa” que lo habilita o legitima para reclamar en nombre propio y de todos los demás. Supone el hecho colectivo de la multiplicidad de sujetos en igual condición de ventaja reclamada. En estos casos, “nadie” es titular del derecho y “todos” lo son. Son colectivos, entonces, porque sólo pueden satisfacerse respecto a varios individuos conjuntamente.

1.2. Empero, la calificación de colectivo de estos derechos no está referida exclusivamente a lo subjetivo, sino también al objeto que se procura tutelar. De modo que su segunda y original característica es que suponen una homogeneidad cualitativa del contenido de las pretensiones de los integrantes del grupo. Desde este ángulo, podemos observar dos grandes proyecciones de los derechos colectivos:

1.2.1. Cuando la relación de colectivos con un bien no es susceptible de apropiación exclusiva por tratarse de bienes comunes o generales. Por ende, la fruición (uso, goce y disfrute) por parte de uno de los integrantes del grupo incluye a los demás; se trata de derechos subjetivamente indeterminados y objetivamente indivisibles (ej. derechos ambientales).

1.2.2. También alcanza su tutela en casos de objetos divisibles y mensurables, susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente equivalentes entre sí, idénticos a otros que, por tanto, son afectados indistintamente (ej. derechos de los usuarios de servicios públicos).

1.2.3. Es decir, que el colectivo se configura tanto con el objeto único e indivisible materia de tutela como por la afectación única generadora de múltiples perjuicios individualizables y divisibles. En el primer caso, cada uno de los integrantes de la categoría, clase o grupo sólo puede satisfacer su interés en la medida en que sea satisfecho el interés de los demás, en razón de la recíproca interdependencia que existe entre ellos. En cambio, en el otro supuesto, cuando el colectivo es una suma o agregación de intereses individuales, no se impide que cada uno de los afectados pueda obtener una satisfacción individual de su interés. En ambos casos, la presencia del colectivo como nuevo titular de derechos no excluye que algunos de sus miembros estén legitimados en forma particular, pues de esta manera el sujeto individual se integra a lo colectivo defendiendo sus intereses personales pero al mismo tiempo extiende su acción de tutela a todos aquellos que se encuentran en situaciones equivalentes. Ello, porque la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a todos los integrantes del conjunto comunitario en cuestión.

1.2.4. A veces se los denomina por el especial objeto de tutela (derechos ambientales) o por las características de sus titulares (derechos de consumidores-usuarios) o por ambos (derechos étnicos o de los pueblos indígenas). Respecto a estos últimos, sin perjuicio de las particularidades comunes y novedosas de todas estas categorías de derechos, ostentan únicas y claras diferencias con los otros, pues sus titulares son sujetos colectivos constituidos por su unidad grupal única y cultural forjada a través de los tiempos.

1.3. La doctrina constitucional tradicional no se ocupó de estas categorías de derechos sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico sólo admitía el acceso a la justicia para los clásicos derechos subjetivos, individuales y exclusivos (verdadera limitación a la garantía de acceso a la jurisdicción que se analiza dentro de debido proceso legal adjetivo). Sin embargo, mucho antes de que la reforma de 1994 los constitucionalizara por vez primera, encontramos una implícita referencia a estos derechos en el artículo 33 CN, incorporado al texto constitucional en 1860, oportunidad en que, en el seno de la Convención bonaerense, Bartolomé Mitre entendió que esa norma no trataba sólo de otros derechos individuales sino también de aquellos que se reconocen a la

sociedad como “ente moral o colectivo”. A nuestro entender, ése es el antecedente patrio de lo que más tarde se llamó equívocamente “intereses difusos”.

1.3.1. En nuestro país, una década antes de la reforma de 1994, fueron ciertos jueces y tribunales (nacionales y provinciales) los que fueron cambiando la historia que hoy ha quedado superada, al admitir ciertas demandas, en especial en materia ambiental, donde la cuestión central en debate era la legitimación procesal de estos novísimos derechos, ya que los mismos exigían nuevas garantías que los protegieran adecuadamente. Claro que ese tránsito judicial fue penoso, por no existir en el país una tradición jurídica de proteger efectivamente los intereses que excedían el marco individual. En este sentido, es preciso citar los casos “Kattan” de 1983 (conocidos como “caso de las toninas overas” y “del agente naranja”), resueltos favorablemente por sendos jueces de primera instancia sin norma constitucional expresa a partir de un amparo presentado por simples ciudadanos (para el primer fallo, ver amparo colectivo; para el segundo, ver derechos ambientales). A nivel de la Corte federal, hubo que esperar hasta 1992 en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (F. 315:1492) para que naciera el amparo colectivo al reconocerle legitimación a una persona que, invocando sus personales creencias religiosas, en rigor estaba actuando en nombre de un grupo (para su estudio ver derecho de réplica dentro del derecho a la información y amparo colectivo).

1.4. Por nuestra parte, si bien admitimos que la denominación “intereses difusos” tuvo el benéfico efecto de procurar romper tanto los moldes clásicos individualistas y patrimonialistas (que inhibían toda perspectiva colectiva) como la trilogía tradicional derecho subjetivo-interés legítimo-interés simple (que además de su imprecisión teórica, en la práctica sirvió frecuentemente para vedar el acceso a la justicia), dicha denominación siempre nos pareció doblemente errónea: porque el sustantivo elegido puede acarrear la incorrecta visión de que no se trata de verdaderos derechos subjetivos, y porque el adjetivo elegido puede hacer pensar sobre la existencia de un titular indeterminable que termine por no nominar a nadie; en suma, ese difundido *nomen iuris* connota una magra existencia que podría hacer pensar que merecen menor protección.

1.5. Por ello, preferimos utilizar la conocida expresión de derechos públicos subjetivos o la novedosa formulación de la reforma de 1994, “*derechos de incidencia colectiva*” (art. 43, párr. 2º, CN al ocuparse de la acción de amparo), que ofrecen obvias ventajas:

1.5.1. Derechos públicos subjetivos, porque esa antigua categorización de Jellinek, en una nueva proyección o perspectiva, tiene el doble mérito de destacar nominalmente:

- a) Que se trata de verdaderos derechos y no de simples intereses, y
- b) que nunca se trata de cuestiones privadas, sino públicas (tanto por el carácter colectivo de sus titulares como por la calidad o naturaleza de los bienes protegidos), razón por la cual supera el enfoque privatista.

1.5.2. Derechos de incidencia colectiva, porque además de ser una categoría suprema incorporada en 1994, connota adecuadamente que son derechos que se distinguen de todos los demás por su alcance extrapersonal. A su vez, con mucha precisión, el nuevo artículo 43, párrafo 2º CN agrega a esa denominación la expresión “*en general*”, lo que aclara que los anteriores supuestos que menciona (discriminación, derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor) son especies particulares que no excluyen otras.

1.6. Asimismo, por el momento de su aparición mundial (ya entrada la segunda mitad del siglo XX), también se denomina a estos nuevos derechos como de “tercera generación”, que se suman a los anteriores derechos civiles y políticos y a los derechos sociales. Ese tardío nacimiento puede explicar el retraso de su reconocimiento en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que sólo se ocupan de ellos en forma tangencial, con algunas honrosas excepciones.

1.7. Seguidamente se analizan en especial los derechos ambientales (art. 41, CN) y de los consumidores y usuarios (art. 42, CN), ubicados en el nuevo Capítulo Segundo de la parte preceptiva de la Constitución, y de los indígenas (art. 75, inc. 17, CN), ubicados en la parte orgánica.

2. Derechos ambientales:

2.1. A partir de la década de los setenta del siglo XX, ante la toma de conciencia del grave deterioro ambiental del planeta, comienza a abrirse camino en las nuevas constituciones la consagración de estos

derechos como fundamentales. Por razones obvias, nuestra Constitución histórica no previó norma alguna relativa al tema ambiental. No obstante, la amplitud del artículo 33 CN permitía darle cobertura constitucional a estos típicos derechos colectivos. En forma tangencial, la reforma de 1949 colocaba bajo la tutela estatal a “las riquezas artísticas e históricas, así como el paisaje natural” (art. 37.IV.7).

2.2. La reforma de 1994 plasma una amplia tutela al ambiente en diversas normas: una central (art. 41, del que nos ocupamos aquí) que en sus cuatro párrafos excede largamente la mera consagración a nivel federal del derecho al ambiente; otra procesal (art. 43, párr. 2º), y variadas referencias incidentales como la que otorga a los pueblos indígenas el derecho a participar en “*la gestión referida a sus recursos naturales*” (art. 75, inc. 17); las menciones al “*desarrollo humano*” (arts. 75, inc. 19, párr. 1º, y 125, párr. 2º), y el reconocimiento a las provincias del “*dominio originario de los recursos naturales*” (art. 124, párr. 2º).

2.2.1. Además de esas referencias explícitas, la reforma de 1994 por la vía de otorgamiento de “*jerarquía constitucional*” a varios instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) completa la constitucionalización de los derechos ambientales con el P. I. D. E. S. C. que, aunque se refiere a derechos de la segunda generación, incluye dentro del contexto del derecho a la salud de “*toda persona*” (no como derecho autónomo de los demás) el mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente (art. 12.b). Ello, sin olvidar que ese instrumento internacional y el P. I. D. C. P. cuentan con una cláusula gemela (art. 1º) que reconoce el derecho a la autodeterminación de todos los pueblos, en virtud del cual pueden “*disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional*”.

2.2.2. A su vez, al atribuirse a todos los tratados “*jerarquía superior a las leyes*” (art. 75, inc. 22, párr. 1º *in fine*, CN), se rejerarquizan varios tratados relativos a la cuestión ambiental, entre los que se destaca el Protocolo de San Salvador de 1988 (analizado al estudiar los derechos sociales como anexo al Pacto de San José) que, al receptor los específicos derechos de segunda generación, también incluye este típico derecho de tercera generación en forma autónoma en singular: “*Toda*

persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, añadiendo el compromiso de los Estados de promover “la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (art. 11). En esta grada normativa supralegal se ubican muchos tratados sobre aspectos parciales de la cuestión ambiental (bi o multilaterales) que completan la protección constitucional (más adelante se citan algunos de ellos).

2.3. Tantas referencias explícitas a la tutela ambiental en el texto supremo introducido en 1994 hacen que bien podamos sostener que estamos en presencia de un verdadero “Estado Ecológico de Derecho” como lo ha definido la doctrina alemana (Würtemberger) a la vista de una solitaria norma, mucho más escueta que las nuestras, incorporada el 27 de septiembre de 1994 a la Ley Fundamental de Alemania a continuación de la norma que caracteriza a esa República federal (art. 20.a: “El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad por las generaciones futuras [...] los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los Poderes Ejecutivo y Judicial”).

2.3.1. Esto supone un giro copernicano que desplaza el antropocentrismo dominante por el paradigma ecocéntrico basado en la solidaridad intergeneracional como orientación global del modelo de sociedad al que se desea ajustar su desenvolvimiento actual y futuro. Esta conceptualización de Estado Ecológico de Derecho (última etapa del Estado de bienestar) traduce el sentido general que conlleva la protección ambiental, que infiltra todas las actividades públicas como privadas (especialmente en materia patrimonial) y se convierte en verdadera pauta interpretativa de indudable jerarquía constitucional para desentrañar el sentido de la propia Constitución en cualquiera de sus partes como su proyección sobre todo el derecho infraconstitucional.

2.4. De una lectura sistemática y de conjunto entre el artículo 41 y el artículo 43, párrafo 2º se concluye fácilmente en el carácter colectivo del derecho a un ambiente sano a tenor de la caracterización efectuada en la introducción a estos derechos. En efecto, aunque el artículo 41 CN parece positivizarlo en relación a personas individuales (“*Todos los habitantes*”), la mención expresa del artículo 43, párrafo 2º CN le da su exacta dimensión al incluirlo como de “*incidencia co-*

lectiva”; además, en el artículo 41 aparece un sujeto potencial (“*las generaciones futuras*”), lo que expande el ámbito subjetivo del derecho. Lo que en verdad ocurre es que se admite la posibilidad de que cualquier “habitante” pueda exigir la aplicación del derecho enunciado, tema que se vincula con la legitimación (la que debe ser amplísima) para actuar ante la justicia, lo que se analiza al estudiar el amparo colectivo dentro del subprincipio de control.

2.5. Este derecho colectivo al tener múltiples proyecciones (como vemos más adelante) permite nominarlo en plural como bien lo hace la propia Constitución en el artículo 43, párrafo 2º al referirse a los “derechos que protejan al ambiente”. Estos derechos ambientales operan como matriz de todos los demás derechos fundamentales, debiendo orientar todas las formas de actuación de los poderes públicos y de los particulares. Es “presupuesto mismo del ejercicio de cualquier derecho [...] pues el medio ambiente del hombre no es otra cosa que la circunstancia vital en la que está inmerso y que le provee los elementos que habilitan su desarrollo, o al menos su subsistencia en condiciones dignas. Si, por el contrario, se priva al ser humano de esa circunstancia se desconoce su propia esencia ya que sin un ambiente fértil que posibilite esa supervivencia, el hombre es sólo una abstracción” (disidencia de Levene-Fayt-López en caso “Louzán” –1994–, F. 317:1658).

2.6. A partir de la técnica gramatical utilizada por el comienzo del artículo 41 CN (“*Todos los habitantes gozan*”), no caben dudas respecto de la operatividad de este derecho, y por extensión de toda la cláusula. El objeto de dicho goce es el ambiente (bien indivisible), al que en forma sobreabundante se califica de “*sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano*”. Sin embargo, para nosotros ésta es una posición de gran valor práctico y no meramente declamativo, pues trata de especificar el contenido de los nuevos derechos consagrados en el texto y plasma una protección más amplia que si sólo se hubiera indicado un ambiente no contaminado. De este modo, estos derechos no sólo se refieren a la preservación de los elementos naturales sino además a todos aquellos ámbitos construidos por el hombre: una ciudad con cloacas, agua corriente, control del ruido, espacios verdes, vivienda y ámbito de trabajo adecuados, como se dijo en la propia Convención Constituyente de 1994.

2.6.1. La mención de “*desarrollo humano*” no debe entenderse como crecimiento económico (medido en términos macro como el ingreso per cápita); es una alternativa que implica un estadio integral del hombre en todas sus dimensiones. Esta visión holística se complementa necesariamente con el imperativo de “*que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras*”, lo que parece tomado del Informe Brundtland de 1987 (*Nuestro futuro común*), que se conoce como desarrollo sustentable, sostenido o sostenible (idea nunca bien definida en su contenido y ni siquiera, como vemos, acordada su denominación). Sin perjuicio de las ambigüedades y severas críticas de esa nueva noción, la fórmula constitucional es trascendente, como lo señalamos al estudiar el derecho a ejercer una industria lícita, en la medida en que funciona como límite a la actividad empresarial. Ello sin desconocer las dificultades instrumentales para hacer realidad este postulado ante la cruda realidad del sistema económico que continúa agrediendo al ambiente, convirtiendo a la protección normativa en meramente “simbólica” (Wolf).

2.6.2. A su vez, desde otra perspectiva, existe otra importante limitante en la materia ya que la loable intención de la Constitución, como norma suprema de nuestro Estado, también puede verse superada –en última instancia– por los denominados problemas globales que requieren de la acción de todos los Estados, en especial de los que más contribuyen a generarlos. Claro que nuestra Ley Fundamental puede contribuir a que las actividades que se realicen en la jurisdicción nacional no causen daño al ambiente allende sus fronteras a través de la inclusión en su texto de normas específicas y al jerarquizar los instrumentos internacionales que, en el marco de las Naciones Unidas, proponen la cooperación internacional, aunque incipiente y tenue, en la materia (Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985, aprobado en 1989 por Ley 23.724; Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono de 1987, aprobado en 1990 por Ley 23.778, y Convención sobre Cambio Climático de 1992, aprobada en 1992 por Ley 24.295).

2.7. El artículo 41, párrafo 1º CN, luego de consagrar el derecho público subjetivo al ambiente, introduce novedosamente como contra-

cara del mismo un tríptico (el deber, el daño y una obligación) de la teoría general de la responsabilidad aplicado a la cuestión ambiental.

2.7.1. *Deber de preservar el ambiente*: como reverso del derecho al ambiente, es una especificación del clásico y genérico *alterum non laedere*, cuya raíz constitucional ya había sido destacada por la Corte antes de la reforma, en otro contexto, a partir de la interdicción de perjudicar “a un tercero” del artículo 19, parte 1ª CN (caso “Gunther” –1986–, F. 308:1118). Si bien todos los derechos constitucionales colectivos implican el nacimiento de los correlativos deberes, esto no supone que ellos tengan necesariamente también ese carácter o dimensión colectiva. Así, los sujetos del deber constitucional son los habitantes individualmente considerados y el Estado a través de todas las autoridades, como se reconoce en el artículo 41, párrafo 2º CN.

2.7.2. *Daño ambiental*: la consecuencia del incumplimiento del deber se fija a renglón seguido con toda precisión al introducir esta categoría del derecho común que, sin duda, debe modalizarse en atención a las particularidades del objeto protegido. Este daño se podrá producir aun con independencia de que cause perjuicios particulares, ciertos y concretos en las personas o sus bienes, siempre que se lesionen, alteren, menoscaben o degraden bienes comunes. Es claro que generalmente cuando se produce un daño ambiental existen proyecciones dañosas particulares, como se observa en el caso “Almada c/Co-petro SA y acumuladas” de 1998 (L. L. Buenos Aires 1998-943), donde la Suprema Corte bonaerense confirma la sentencia que ordenó a la empresa condenada el cese de la contaminación ambiental (perjuicio al medio ambiente como patrimonio colectivo o de pertenencia difusa) y también indemnizó la lesión individual sufrida por esa contaminación (voladura de carbón de coque de petróleo al barrio adyacente) a los reclamantes que formaban parte de la comunidad aledaña.

2.7.3. *Obligación de recomponer*: diversas cuestiones encierra la cláusula que señala que el daño ambiental “*generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley*”.

2.7.3.1. La mención final a la “ley” no debe hacer pensar que la obligación constitucional queda supeditada a la existencia de aquella, sino que especificará las condiciones, pormenores y detalles de su cumplimiento, aunque en rigor se carezca de un régimen normativo

autónomo y especial, y en espera de éste es perfectamente válido recurrir provisoriamente a las normas vigentes del Código Civil para adaptarlas y extenderlas a las nuevas exigencias ambientales (en el caso, el art. 1083).

2.7.3.2. Recomponer significa volver las cosas a la situación preexistente o anterior al daño generado; es decir que este deber de conducta particular (obligación) consiste en una prestación positiva determinada (de hacer). Al ligarse esta obligación con el daño, el sujeto obligado a recomponer es el o los causantes del mismo por su acción u omisión a partir de una pluralidad de factores de imputación –subjetivo (por culpa) u objetivo (por riesgo creado)– donde la presencia de uno no implica la exclusión del otro. Esta recomposición en materia ambiental tiene siempre carácter principal, de manera que cuando se petitiona el cese de la contaminación no puede solicitarse otra cosa que no sea la reparación del daño, o sea la recomposición del ambiente, como sostuvo ejemplarmente la Cámara Nacional Civil, sala H, en 1999 en el caso “Subterráneos de Buenos Aires c/Shell y otros” (J. A. 1999-IV-309) por contaminación subterránea por filtraciones de hidrocarburos provenientes de una estación de servicio ubicada en pleno centro porteño. En ese trascendente decisorio, la condena civil incluyó el cambio de la tierra afectada, puesto que las modalidades de la restauración ambiental varían según el tipo de agresión al ambiente o a alguno de sus elementos (suelo, aire y agua).

2.7.3.3. El adverbio de la cláusula (“*prioritariamente*”) indica que la recomposición es prevalente pero sólo una vez que el daño ambiental se ha consumado y de ninguna manera excluye otras formas de protección. Obviamente, la Constitución presupone que debe primar la faz preventiva de la tutela ambiental (evitar que el daño se produzca). Nunca la indemnización dineraria (obligación de dar) será conmutable por la recomposición. Se ha querido evitar el establecimiento del denominado principio contaminador-pagador como único medio reparador en materia ambiental, aunque no se excluye la reparación dineraria y mucho menos el mandato preventor (obligación de abstenerse) contenido en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (Princ. 15). Así, ante el peligro de daño grave e irreversible, la falta de una certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la

adopción de medidas eficaces. Este criterio preventivo fue receptado cautelarmente en el caso “Sagarduy c/Copetro SA” de 1994 (voto de Roncoroni) por la Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, sala 3ª (J. A. 1995-IV-178), que confirmó un completo plan de ingeniería precautoria para hacer cesar el venteo de coque de petróleo. Por otra parte, también puede adicionarse la represión penal, la que debe incluir figuras delictivas aun de peligro concreto o abstracto de daño ambiental (arts. 55/58, Ley 24.051). En suma, la responsabilidad ambiental debe ser concurrente (penal, civil, administrativa) para prevenir, inhibir, reprimir, reparar y recuperar el daño ambiental.

2.7.3.4. Importa destacar que estas obligaciones (de hacer, dar y no hacer) que se le imponen al causante del daño corresponden aun por actividad lícita. Respecto a la autorización administrativa en materia ambiental, desde el siglo XIX (1887) ha quedado claro que no es óbice para exigir responsabilidad ulterior, ya que toda habilitación estatal para funcionar siempre se otorga en términos precarios y nunca puede comprometer la salud de la población (ver caso “Saladeristas de Barracas”, F. 31:273, en poder de policía de la salubridad). Ello, claro está, sin perjuicio de las responsabilidades estatales implicadas. Tampoco exonera de responsabilidad la previa evaluación de impacto ambiental (ver su análisis más adelante), pues nunca se puede tolerar la violación del deber de no dañar el ambiente.

2.8. El artículo 41, párrafo 2º CN establece la obligación de proteger el derecho al ambiente para todas las “*autoridades*” públicas (estatales y no estatales) de todos los niveles (nacional, provincial y municipal) y de todos los poderes (Legislativo, Ejecutivo, Judicial, y demás órganos integrantes del gobierno). El verbo utilizado (proveer), tan propio al texto histórico de la Constitución (Preámbulo, ex art. 67 y actual art. 75), debe entenderse —en este contexto protectorio— como garantizar. Se recepta lo que se da en llamar responsabilidad intransmisible de los poderes públicos en materia ambiental, es decir, el monopolio estatal de la tutela (Martín Mateo). El párrafo se refiere a distintos ámbitos de tutela que conforman importantes facetas del derecho al ambiente que se tornan en auténticos derechos ambientales más allá de las palabras de la cláusula ambiental:

2.8.1. La “*utilización racional de los recursos naturales*”: el vo-

cablo “*racional*” modaliza en materia ambiental el genérico subprincipio de razonabilidad del artículo 28 CN. Aunque estos recursos (renovables o no) sean propiedad privada, también el Estado debe intervenir para garantizar su “*utilización racional*”. Por ello, para nosotros el único problema de esta cláusula es precisar este típico concepto jurídico indeterminado, para lo cual es indispensable tener presente que la reforma de 1994 postula la construcción de un Estado Ecológico de Derecho. En lo que no tenemos dudas es en que no sería “*racional*” privilegiar un recurso no renovable (ej. petróleo para producir energía) sobre uno renovable (ej. energía eólica). Por ello no compartimos el fallo de la Suprema Corte bonaerense (caso “*Tapera Artech SA*” –1996–, L. L. Buenos Aires 1996-771) donde, a pedido de una empresa extractiva que invocó derechos patrimoniales, declaró inconstitucional una ordenanza de la Municipalidad de Magdalena que tibiamente pretendía proteger un recurso no renovable (extracción de arcilla, conchilla) de su jurisdicción con una tasa diferencial creciente a la actividad que en los hechos más lo agredía por su volumen (la que se destinaba fuera del partido).

2.8.2. La “*preservación del patrimonio natural y cultural*”: las adjetivaciones definen al ambiente en una simbiosis dialéctica (naturaleza + cultura). El término “*patrimonio*” en este contexto ambiental se relaciona con la noción clásica del derecho civil de los bienes y de la persona, pero supone una extensión del mundo privatista que expresa un valor colectivo inherente a una universalidad de bienes con independencia de su *status* jurídico que porta una “riqueza” no patrimonial sino de orden natural y cultural, legada por nuestros antecesores que debe transmitirse a las generaciones futuras (Prieur).

2.8.3. La “*diversidad biológica*”: este postulado esencial de la ecología acerca de la variedad de las especies y de los ecosistemas, que ahora ha adquirido rango constitucional, es exigencia de efectividad del derecho al ambiente (Afonso da Silva). Si no se protege la biodiversidad (riqueza del conjunto de seres vivos localizados en determinada área) no habrá ambiente equilibrado, en especial para las generaciones futuras que corren el serio riesgo de verse privadas de recursos esenciales para la vida misma. De esta trascendental cuestión se ocupa el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 (aprobado

en 1994 por Ley 24.375), con jerarquía superior a todas las leyes, en procura de la conservación de la biodiversidad, la utilización sostenible de sus componentes, y la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

2.8.4. La “*información ambiental*”: consagra el derecho a estar informado en forma clara y accesible como un medio o instrumento para que la población participe activamente en la toma de decisión, gestión y control de las actividades que actual o potencialmente los afecte. Inversamente, genera la obligación de brindar información e informar públicamente a la población de aquellos que estén en condiciones de generar un daño ambiental actual o potencial, lo que implica la eliminación del secreto tanto en el ámbito público como privado. Del lado de la empresa contaminante, la información se presenta como manifestación principal del deber genérico de preservar el ambiente que prima, en este caso, sobre el derecho de contenido patrimonial de ejercer industria lícita.

2.8.4.1. Una vía idónea para acceder a esa información, tanto en el ámbito público como privado, es el llamado por nosotros “hábeas data ambiental” por los particulares y asociaciones en ejercicio de su derecho de incidencia colectiva. Sin perjuicio de que el estudio del hábeas data colectivo se efectúa en el subprincipio de control, ilustra lo anterior un precedente de la Corte Suprema peruana de 1996 (caso “Asociación Labor”, L. L. 1997-D-216), donde se hizo lugar a esta acción interpuesta por una asociación ambientalista para que el Estado le proporcione información relativa al estudio de impacto ambiental presentado por una empresa que pretendía establecer una planta de ácido sulfúrico.

2.8.4.2. Esta cláusula presupone la exigencia de realización de estudio de impacto ambiental (EIA) en todo emprendimiento público o privado con el objeto de evaluar las posibles alteraciones que pueda ocasionar al medio ambiente o a sus atributos. Sin el EIA previo el derecho al ambiente se torna ilusorio. En rigor, se trata de un verdadero procedimiento de naturaleza sui generis (es técnico-científico, administrativo y participativo). El EIA como procedimiento abarca tanto la presentación y análisis del informe técnico específico (descripción integral del proyecto y características ambientales que permitan de-

tección, análisis y evaluación fundada de todo impacto, positivo o negativo, directo o indirecto, brindando alternativas, identificando medidas atenuantes) como los mecanismos formales de participación de los grupos afectados y organizaciones no gubernamentales (típico caso de las audiencias públicas), todo ello con carácter previo a la toma de decisión final. Con jerarquía superior a las leyes, para proteger la biodiversidad, el Convenio específico ya citado postula su utilización (art. 14.1); con un sentido más categórico y general, la Declaración de Río de Janeiro de 1992 adoptada en el marco de Naciones Unidas (Princ. 17). A nivel legislativo, la Ley 23.897 de 1990 lo exige para las represas nacionales o internacionales. En 1993, el proyecto de ley 24.197 sobre estudio de impacto ambiental, aprobado por unanimidad en ambas Cámaras, fue vetado por el P. E. N. con la excusa de que el Ministerio de Economía ya hacía esa evaluación e implicaría una duplicidad de control. La Ley 24.354 de 1994, que crea el Sistema Nacional de Inversiones Públicas, también exige este procedimiento previo.

2.8.5. La “*educación ambiental*”: esta última mención del final del párrafo segundo del artículo 41 de la CN pone de relieve que, en última instancia, la instalación real y efectiva (no meramente simbólica) del Estado Ecológico de Derecho depende –en alguna medida– de que exista una conciencia comunitaria que adhiera a sus postulados. Ello obliga a incluir en la currícula de todos los niveles de enseñanza el estudio de la cuestión ambiental. Empero, su amplio alcance también debe extenderse a la educación informal, en cuyo ámbito tienen irremplazable importancia los medios masivos de comunicación. En este sentido, el Convenio sobre Biodiversidad de 1992 específicamente señala que las partes contratantes promoverán y fomentarán la comprensión de la importancia de la conservación de la diversidad biológica y de las medidas necesarias a esos efectos así como su propagación a través de los medios de información, la inclusión de esos temas en los programas de educación (art. 13.a), y cooperarán, según proceda, con otros Estados y organizaciones internacionales, en la elaboración de programas de educación y sensibilización del público en lo que respecta a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica (art. 13.b).

2.9. El artículo 41, párrafo 3° CN, a pesar de su ubicación metodológica dentro de una norma incluida en el Capítulo *Nuevos derechos y garantías*, se refiere a una nueva distribución de competencias en materia ambiental entre la Nación y las entidades autónomas (provincias y Ciudad de Buenos Aires). Este federalismo acerca de la creación y aplicación de normas ambientales se analiza como uno de los poderes concurrentes complementarios, a donde remitimos necesariamente para su análisis particular y concreto.

2.10. El artículo 41, párrafo 4° CN introduce una tajante prohibición de “*ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos*”, en una norma de claro carácter operativo, de modo tal que cualquier intento en contrario debe ser impedido aun sin reglamentación específica. La cláusula genera, preventivamente, la obligación de impedir, pero si a pesar de ello se produce efectivamente el ingreso prohibido, se debe disponer la reimportación o retorno a su país de origen, sin perjuicio de las responsabilidades implicadas. Es una respuesta al grave problema de contaminación provocada por la exportación de desechos practicada por productores de los mismos que procuran alejarlos de su ámbito. Si se impide todo ingreso de residuos tóxicos, al menos respecto de ellos, se revela la desconfianza constitucional acerca de su satisfactoria eliminación. Si esto es así, encontramos también una importante directriz interpretativa que debe operar también respecto de los generados internamente para procurarse la mayor seguridad en todas las etapas de su producción (qué y cómo se produce) y de su eliminación.

2.10.1. Una década antes de la reforma de 1994, poco después del exitoso “caso de las toninas overas”, el juez federal en lo Contencioso Administrativo N° 3 (Obarrio) hace lugar a un amparo promovido por el ciudadano Kattan (como cualquier habitante titular de un “derecho subjetivo público”) tendiente a evitar la venta de un peligroso agroquímico (defoliante) conocido como “agente naranja” cuya venta había sido autorizada por la Secretaría de Agricultura y Ganadería de la Nación, no obstante la prohibición de venta en numerosos países (“caso del agente naranja” –1983–, *Rev. Amb. y Rec. Nat.* de L. L., vol. I, N° 1, p. 57).

2.10.2. A su vez, esta política ambiental se inserta en el Convenio

de Basilea de 1989 sobre Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación (aprobado por Ley 23.922), con jerarquía superior a la ley, y en lo dispuesto por la Ley 24.051 de 1992 que establece una protección aún más amplia que la regla constitucional porque no limita la prohibición de ingreso a los residuos peligrosos, sino a todo tipo de residuos provenientes de otros países (art. 3°). Por supuesto que la ley siempre puede ampliar la protección constitucional, razón por la cual no podrá sostenerse su inconstitucionalidad.

2.10.3. La expresión constitucional “*territorio nacional*” no debe entenderse en sentido estrecho ya que es comprensiva de las aguas jurisdiccionales argentinas (y su espacio aéreo) como se resolvió en el caso “Pacific Pintail” –1995– (E. D. 163-62). Allí, el Defensor del Pueblo de la Nación promovió amparo preventivo (art. 43, párr. 2°, CN) contra el Estado nacional para impedir el tránsito por aguas territoriales argentinas (hasta 12 millas desde la línea de base según Ley 23.968) y el ingreso a nuestros puertos del buque británico Pacific Pintail cargado con residuos radiactivos de plutonio (comparable a la carga liberada en la catástrofe de Chernobyl) con destino a Japón para evitar la inminente violación del artículo 41, párrafo 4° CN. El Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo N° 11 (otra vez el avance se da en 1ª instancia) declaró abstracta la cuestión pues al resolver el peligroso buque ya estaba fuera de aguas argentinas. Sin embargo, en un importante *obiter dictum* recordó que aunque sobre el mar jurisdiccional (hasta 200 millas desde la misma línea de base según ley de facto 17.094) la Nación ejerce soberanía a los fines de exploración y explotación de recursos naturales sin afectar la libertad de navegación, ese derecho de paso de los buques extranjeros debe ser inocente (no perjudicial para la paz o seguridad del Estado ribereño), ya que ningún Estado puede poner en riesgo a los demás en aras de obtener una utilidad económica como ocurrió con el buque cuestionado; así, consideró que el P. E. N. “debió actuar en forma más enérgica a poco que se supo que la única ruta posible era el Cabo de Hornos”, reafirmando su obligación ambiental como una de las “autoridades” referidas en el artículo 41, párrafo 2° CN.

2.10.4. La inclusión en el párrafo del vocablo “*radiactivo*”, para

referirse a los residuos de ese carácter, significa la introducción explícita de la temática nuclear dentro de lo ambiental. Para nosotros valen para esa referencia, incluso en mayor medida, las objeciones señaladas respecto del resto de los residuos peligrosos. Lamentablemente, la Ley 25.018 de Residuos Radioactivos de 1998, que se refiere a los derivados de actividad nuclear efectuada en nuestro territorio, no contiene normas claras acerca de los repositorios y consagra una peligrosa exención de responsabilidad del generador privado (art. 6º), lo cual es sumamente grave frente a la decisión de privatizar las centrales nucleares (Ley 24.804); en cambio, aparece como positivo a los fines de la localización de instalaciones para la disposición final que se requiera la aprobación previa de la jurisdicción involucrada y que se prevea el cumplimiento del procedimiento de evaluación de impacto ambiental antes referido (art. 12).

2.10.5. Varias constituciones locales como la bonaerense (art. 28, párr. 3º) y la porteña han prohibido el ingreso de ciertos residuos en sus respectivos territorios, y esta última incluso va más allá al proscribir la producción de energía nuclear (art. 26) y el ingreso y utilización de métodos, productos, servicios o tecnologías no autorizados o prohibidos en su país de producción (art. 28.2).

2.11. Por último señalemos que en la jurisprudencia de la Corte federal se observa una llamativa ausencia de fallos en pos de la efectiva protección del medio ambiente, tanto antes como a más de una década de la reforma de 1994, en contraste con las abundantes decisiones de las demás instancias y jurisdicciones del país desde Ushuaia (ej. caso "Finis Terræ" -1996-, J. A. 1997-I-275) hasta Salta (ej. caso "Barrancos" -1990-, J. A. 1990-IV-42). No obstante, aislados pronunciamientos del Alto Tribunal se han referido tangencialmente a esta cuestión:

2.11.1. En 1982 en el caso "Quesada" (F. 304:1614) confirmó el rechazo de un amparo ambiental y en 1986 lo aceptó en el caso "Christou" (F. 308:155); en ninguno de los dos abrió juicio sobre la legitimación del actor ni sobre la existencia del derecho invocado. En 1987 se destaca el dictamen del procurador general de la Nación, Gauna, en el caso "Colombo Murúa" (F. 310:2342), donde asumió el rol de parte legitimada en defensa del medio ambiente y solicitó al P. E. N. la derogación del decreto 2125/78 que consagraba el principio conta-

minador-pagador, pero a pesar de hacerlo suyo la Corte finalmente anula todas las actuaciones. En 1988, en el caso “Irazú c/Copetro SA” (F. 311:75), si bien se trataba del inicio de un juicio ambiental donde la demandada tenía sus instalaciones contaminantes en el puerto de La Plata, la Corte federal en esa oportunidad sólo resuelve la competencia de los jueces locales, quienes deciden sobre el fondo años después (en 1998 la Suprema Corte de Buenos Aires lo confirma en el caso “Almada c/Copetro SA y sus acumuladas”, citado más arriba).

2.11.2. En 1994, en el caso “Louzán” (F. 317:1658), salvo la disidencia citada al comienzo, la mayoría de la Corte declaró improcedente un recurso extraordinario (art. 280, CPCCN) ante el rechazo de un amparo ambiental. En 1995, la Corte se ocupa del artículo 41, párrafo 3° CN en el caso “Roca” (F. 318:992), que se comenta al estudiar los poderes concurrentes entre la Nación y las provincias.

2.11.3. Esta escasez de decisiones de la Corte en favor de la protección ambiental efectiva es tanto más paradójica si se la compara con el señero y temprano caso “Saladeristas” de 1887, tantas veces citado, pronunciado en pleno auge del higienismo del siglo XIX cuando la cuestión ambiental ni siquiera se vislumbraba, donde se rechazó una acción indemnizatoria de contaminadores (dueños de saladeros), a quienes se les había prohibido su actividad luego de la fiebre amarilla padecida en la ciudad de Buenos Aires en 1871.

2.12. La jurisprudencia ambiental a partir del caso “Mendoza”:

2.12.1. La Corte Suprema, en sentencia dictada el 20 de junio de 2006, hace lugar a un recurso originario interpuesto por diecisiete vecinos de la cuenca del río Matanza-Riachuelo, contra el Estado nacional, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas instaladas en la zona, por daños y perjuicios provocados por la contaminación ambiental que los demandados generan en dicha cuenca. Los actores interponen una acción de la índole del amparo que tutela derechos de incidencia colectiva, en este caso unos tres millones de habitantes de once partidos de la Provincia de Buenos Aires que allí residen. Denuncian que la cuenca es receptora de importantes efluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente. Señalan que las referidas empresas evidencian un estancamiento tecnológico y un estado ambiental deficiente. Destacan que la pérdida

del valor de sus inmuebles, como consecuencia de la contaminación, asciende a la suma de cinco mil millones de pesos.

2.12.2. Los actores solicitan, como consecuencia de su presentación, la creación de un fondo común de recomposición, con el objeto de solventar los gastos que llevará adelante la recomposición que necesita el ambiente afectado en la cuenca. También solicitan que la Corte disponga una medida innovativa y/o autosatisfactiva con base en la alta probabilidad de que, si así no se hace, se agrave la situación de los actores y del medio ambiente, con el riesgo de que quienes resulten individualizados como agentes contaminantes alteren sus patrimonios o soliciten su concurso. Otra petición consiste en que se le solicite al Poder Ejecutivo Nacional que reanude y continúe hasta su finalización el Plan de Gestión Ambiental del Manejo de la Cuenca, asistiendo a la población ribereña, así como la anotación de la litis en el Registro Público de Comercio y en los libros de accionistas de cada empresa demandada.

2.12.3. Como fue señalado al comienzo, la Corte aceptó su competencia originaria en el caso, por primera vez reconociendo que lo hacía impropia, pero ante la necesidad de resolver el grave problema ambiental generado en la cuenca, con base en la clara normativa consagrada en protección del medio ambiente por el artículo 41 del nuevo texto constitucional. En cambio no se declara competente para resolver la cuestión vinculada a la indemnización económica reclamada por los actores a las empresas, pero sí reconoce que ha existido una responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su comportamiento omisivo en relación con la protección del ambiente en la cuenca, dado que aquél tenía obligaciones de carácter imperativo emanadas del poder de policía que ejerce, tendiente a proteger la vida e integridad física y patrimonial de los particulares. Sin embargo, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sostiene la Corte, no es una provincia, no le corresponde la instancia originaria ante el tribunal, razón por la cual su responsabilidad no puede resolverse en esta instancia, como tampoco el Estado nacional, dado que las cuestiones federales que le conciernen se ventilan ante los tribunales inferiores. De tal modo, en relación con la responsabilidad de ambos sectores públicos, la Corte la formula solamente como entidades pasivas en la causa.

2.12.4. En consecuencia de todo lo expresado, el conocimiento de la Corte por vía de su competencia originaria encuentra fundamento en el exclusivo objeto de la tutela del bien colectivo, donde tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro. Asimismo, sostiene la Corte, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada, de acuerdo con los mecanismos que la ley prevé. Acepta la Corte que, en el caso de daños irreversibles, se tratará el tema del resarcimiento. Debemos señalar que aunque la Corte haya silenciado el origen constitucional de aquello que ella denomina “bien colectivo”, es propio que lo destaquemos nosotros, que hemos sido los únicos que han recordado siempre que dicho concepto lo incluyó en el debate histórico Bartolomé Mitre como fuente del artículo 33, en tanto le reconoce al pueblo derechos no enumerados que emanan de su soberanía, y en el debate en la constituyente del sesenta, con el agregado trascendente de haber sostenido que ello era propio de la doctrina de aquel tiempo, es decir la de reconocer a la sociedad como ente moral o colectivo, como titular de los referidos derechos. Ello ha sido fuente de los derechos de incidencia colectiva introducidos por gestión nuestra en el texto del artículo 43, segunda parte de la Constitucional Nacional, en 1994.

2.12.5. No acepta la Corte la formación del fondo común de recomposición solicitado por los actores, por no existir información adecuada a tal efecto, ni se aporta ningún elemento serio que permita fundar esa decisión. Tampoco admite la procedencia del pago de un daño moral colectivo, ni la construcción de una obra que implique un disfrute para la comunidad, pues no se aporta ningún elemento que permita identificar cuál sería esa obra y cuáles sus beneficios.

2.12.6. En definitiva el Alto Tribunal admite declarar su competencia originaria con respecto a las pretensiones concernientes a la prevención, recomposición y resarcimiento colectivo vinculado al goce de un ambiente sano, según lo establece el artículo 41 constitucional. También dispone la Corte un pedido de informes a las empresas demandadas para que en treinta días establezcan si existen sistemas de tratamiento de residuos y si tienen seguros contratados en relación con los daños producidos por la posible contaminación, estableciendo la obligación de contratarlo en los términos dispuestos por el artículo 22 de la Ley 25.675.

2.12.7. La Corte le requiere al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como al COFEMA, que en el plazo de treinta días presenten un plan integrado que deberá contemplar: a) un ordenamiento ambiental del territorio; b) el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas en la cuenca; c) un estudio del impacto ambiental de las empresas involucradas en la demanda; d) un programa de educación ambiental; e) un programa de información ambiental público a todo el que se lo requiera, especialmente a los ciudadanos que habiten el área de la cuenca.

2.12.8. Finalmente la Corte dispuso convocar a una audiencia pública a realizarse el 5 de setiembre de 2006 (la cual se realizó) donde las partes deberían informar oral y públicamente al tribunal sobre el contenido de lo solicitado en el punto anterior.

2.13. Debemos destacar que esta trascendente decisión de la Corte Suprema cuya implementación se ha venido cumpliendo en forma paulatina, pero que no ha sido abandonada por el tribunal, implica un testimonio de responsabilidad pública inexorable para la efectiva realización del Estado social de Derecho de los argentinos, frente a la omisión permanente de los poderes políticos de cumplir con sus concretas obligaciones constitucionales. Se trata de una virtual declaración de inconstitucionalidad por omisión de los poderes públicos, emitiendo mandamientos de ejecución al estilo anglosajón, con comparecencia del sector privado obligado a proteger el medio ambiente. Es que las normas constitucionales no son programáticas; aunque ellas establezcan un plan de acción en tutela de derechos de incidencia colectiva, siempre el marco normativo que implica un programa es operativo y la Corte así lo ha entendido llevando adelante el plan preventivo y tutelar contenido en la sentencia. Felicitaciones Corte Suprema de los argentinos.

2.14. En el caso “Magdalena c/Shell” (sentencia del 25 de febrero de 2003), la Corte le concedió el beneficio de litigar sin gastos al Municipio de Magdalena, Provincia de Buenos Aires, en una acción de protección ambiental iniciada por dicho Municipio contra la empresa petrolera demandada, a fin de que se la condene a realizar las obras necesarias para recuperar y disponer adecuadamente de los residuos de hidrocarburos liberados al medio ambiente. La importancia de esta sentencia consiste en que, sin este tipo de beneficio, que debe exten-

derse también a las ONG legitimadas para accionar en protección del medio ambiente y a los particulares afectados que interpongan un amparo colectivo, sin esta eximición, repetimos, nadie se arriesgará a accionar para quedar endeudado para el resto de su vida. Excelente precedente judicial que debe considerarse un *leading case*.

3. Derechos de consumidores y usuarios:

3.1. El artículo 42 CN reconoce la dimensión colectiva o supraindividual de los derechos de estos nuevos sujetos en tanto pertenecientes a categorías o grupos de personas vinculadas por la “*relación de consumo*”, calificados por su desprotección frente al prestador, distribuidor, comerciante o productor de un bien o servicio público. Siempre han existido los consumidores (*lato sensu*), pero recién con el creciente fortalecimiento de las empresas y sus técnicas de contratación masiva que aumentan, cualitativa y cuantitativamente, la vulnerabilidad de los consumidores y usuarios, el Estado procura su protección con remedios no individualistas. El artículo 43, párrafo 2º CN vuelve a mencionar “al usuario y al consumidor” al referirse a los derechos de incidencia colectiva.

3.2. Estos nuevos derechos procuran superar la situación de desigualdad y equilibrar la “*relación de consumo*” a partir de la intervención estatal en favor de consumidores y usuarios (parte más débil) que limita la irrestricta libertad de contratación de empresarios y proveedores (parte más fuerte) en forma permanente y habitual sin depender de la existencia de una situación de emergencia.

3.2.1. Implícitamente se acepta que el capitalismo basado en la competencia ha sucumbido ante el capitalismo monopolístico que lleva a un consumismo propiciado por las grandes empresas que orientan al público a la propensión a la adquisición (Stiglitz). Entonces, la intromisión jurídico-constitucional en las relaciones económicas, entre las cuales las de consumo constituyen el tejido cotidiano de la economía de mercado, se legitima mediante la necesidad de corregir las perturbaciones provocadas por la propia libertad contractual. Como consecuencia de este artículo 42 CN, la defensa del consumidor y usuario se constituye en uno de los principios rectores en materia de política económica y social que regulan el mercado, lo cual si bien no está dicho en forma explícita, como lo hace el artículo 51 de la Constitución española, luce implícito en nuestra norma pero sin menor vigencia ni precisión.

3.2.2. Esta injerencia estatal transforma el concepto tradicional del contrato y la libertad de comercio propia del liberalismo clásico. En 1993 constituyó un significativo avance la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor con disposiciones de orden público que rigen en todo el territorio nacional (art. 65), modificada parcialmente en 1995 (Ley 24.568), en 1997 (Ley 24.787), en 1998 (Ley 24.999) y en 2008 por la Ley 26.361 que ha instaurado la responsabilidad por daño punitivo cuando se violen derechos de incidencia colectiva. Producida la reforma de 1994, se planteaba la duda acerca de si puede funcionar como ley reglamentaria del nuevo artículo 42 CN. Pensamos que no se debe presumir la derogación de la ley preexistente en tanto no sea incompatible con la norma superior posterior.

3.3. La “*relación de consumo*” es el ámbito de aplicación de la norma, es la noción fundamental del artículo 42 CN en la medida en que todo su contenido protectorio gira alrededor de aquella: en forma directa, reconoce derechos específicos (párr. 1°); indirectamente, fija derechos reflejos de precisas obligaciones estatales exigibles en forma inmediata (párr. 2°), o mediata a través de directrices que el legislador debe cumplir puntualmente (párr. 3°).

3.3.1. Su campo es mucho más amplio que el comprendido por la actividad contractual regida por el derecho privado (los contratos de consumo o de servicio no público). Ello significa que también incluye a los contratos de servicio público que siempre son de naturaleza pública, así como a las relaciones netamente reglamentarias no contractuales, cualquiera sea su cuantía o monto en juego, en cualquiera de sus etapas (previas y consumadas, actuales y posteriores). En todas las variantes, la tutela constitucional siempre es aplicable en la medida en que exista circulación o transferencia de bienes y servicios, tanto en forma real como presunta. Por ello, la mentada expresión constitucional es abarcativa de todas las relaciones de cambio o intercambio mercantil de consumo y prestación de servicios públicos.

3.3.2. Como toda relación interpersonal supone sujetos bipolares y enfrentados: de un lado, como sujeto activo, comprende tanto a los consumidores como a los usuarios; del otro, como sujeto pasivo, el proveedor en sentido lato. Lo típico es que esta “relación” determina el carácter colectivo de los derechos que implica. El uso y abuso que

discurre en este terreno (ej. efectos negativos de la publicidad, la inseguridad o nocividad de un bien o servicio) afecta a cada persona en particular, pero también a un conjunto, al menos potencialmente.

3.4. El artículo 42 CN habla de “*consumidores y usuarios*”, sin especificación alguna. De este modo, se incluyen tanto los actuales como los potenciales y no se limita a los consumidores finales (en beneficio propio o de su grupo familiar o social) como lo hace el artículo 1º, Ley 24.240. Tanto está protegido un consumidor final como un intermediario en la relación de consumo (ej. un distribuidor), con la condición de que se encuentre en una situación de vulnerabilidad frente a los proveedores. En cambio, no se protege a éstos en sus relaciones recíprocas o con un tercero como es el Estado. No se trata de tutelar al mercado o al consumo. Es claro que el consumidor o usuario industrial actúa en el mercado en un nivel similar o semejante al fabricante o prestador. Con ese sentido, estos titulares incluyen a toda persona de existencia física o jurídica que consume o utiliza determinados bienes o servicios en tanto lo haga en ciertas circunstancias. Lo destacable es que el sujeto activo nunca es único y exclusivo, sino supraindividual o pluripersonal. La Ley 24.240 también reconoce la faz colectiva al dotar de legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios (arts. 55/58).

3.5. El artículo 42, párrafo 1º CN consagra una serie de facultades de los consumidores y usuarios que parecen agruparse en tres derechos a tenor de su presentación gramatical. Esos derechos tienen carácter ambivalente ya que funcionan ante el Estado y ante los proveedores de bienes y servicios (Bidart Campos, 1). Respecto de estos últimos, la Ley 24.240 –en una enumeración meramente enunciativa y no taxativa– individualiza (art. 2º) a los sujetos obligados (proveedores de cosas y servicios). En forma recíproca implica un reconocimiento constitucional a los denominados deberes de conducta en materia contractual, extendidos ahora a todas las relaciones de consumo, contractuales o no, en cabeza de los sujetos pasivos (tanto el prestador del servicio como el fabricante del producto, vendedor directo y demás intermediarios de la cadena de comercialización): de indemnidad, de hablar claro y de buena fe.

3.6. Derecho “a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”:

3.6.1. La referencia a la protección sugiere la necesidad de tutelar a los consumidores y usuarios por su apuntada debilidad. Como se desprende del acápite, los consumidores y usuarios se encuentran con defensas específicas en las tres dimensiones referidas que abarcan los dos ámbitos merecedores de tutela: el extrapatrimonial (salud y seguridad) y el patrimonial (intereses económicos), tanto en su faz preventiva como represiva. Recíprocamente, genera el deber de indemnidad para el oferente, aplicación específica del genérico *alterum non lædere*.

3.6.2. La noción de “*salud*” debe ser entendida en el sentido más amplio: completo bienestar físico, mental y social, como lo define la OMS. En derechos personalísimos señalamos que el derecho a la salud estaba comprendido implícitamente en el derecho a la vida. Aquí aparece en forma explícita como derecho de los consumidores y usuarios con especial relevancia en ciertos bienes (ej. alimentos, medicamentos, agroquímicos, etc.) y servicios (ej. agua, cloacas, recolección de residuos, etc.). Esta acotada mención no trata solamente de la salud individual, sino también de la salud medioambiental, en los términos del adjetivo “sano” con que se califica al ambiente en el artículo 41, párrafo 1º CN, de forma tal que ambas disposiciones se coimplican y retroalimentan (ver más adelante la cláusula sobre “*educación para el consumo*”).

3.6.3. La noción de “*seguridad*” también está referida y vinculada con el derecho a la vida, además de la salud entendida aquí como integridad física de consumidores y usuarios. Tiene especial relevancia en ciertos bienes (ej. electrodomésticos, automóviles y, en general, en los productos elaborados) y servicios (ej. electricidad, gas, etc.). Se protege, entonces, de bienes o servicios de mala calidad, defectuosos, peligrosos o nocivos que además de afectar en forma individual pueden hacerlo a varios o todos los que los consuman o usen. La Ley 24.240 consagra el deber de seguridad (arts. 5º/6º).

3.6.4. La noción de “*intereses económicos*” está referida, a nuestro juicio, al derecho de propiedad constitucional de los consumidores y usuarios, especificación del derecho del artículo 17 CN. Este concepto

constitucional incluye los precios y/o tarifas justas y razonables, lo que veda la ganancia excesiva, sobreviniente o no, por parte del oferente o concesionario. En un caso impide los aumentos desmedidos; en el otro, el reajuste en menos para restablecer la equivalencia de las prestaciones. También pretende evitar los efectos inequitativos de las cláusulas predispuestas y protege a usuarios y consumidores frente a cualquier agresión o daño que sufra su patrimonio o su propia persona con motivo de la relación de consumo. Esto otorga fundamento supremo a la reparación económica por todo tipo de perjuicios (materiales o morales) y a la obligación de garantizar que los objetos o servicios en oferta no contengan vicios que los desnaturalicen. Aun frente al silencio en la oferta, el prestatario no podrá eximirse de responsabilidad y siempre estará obligado a garantizar la regularidad del consumo o servicio.

3.7. Derecho “a una información adecuada y veraz”:

3.7.1. Su importancia radica en que sin información, el consumidor o usuario estará “ciego” en relación con la satisfacción de sus verdaderas necesidades. Es por ello que la información (suficiente y fidedigna) funciona como uno de los medios o instrumentos pensados para proteger preventivamente la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y usuarios. A su vez el cumplimiento de este derecho –y sus correlativos deberes– opera como presupuesto previo de una elección verdaderamente “libre” (momento del nacimiento de la relación de consumo), pero también debe operar durante su ejecución. Por todo ello, consideramos a este derecho como el pivote retroalimentador del sistema de derechos vinculados con la relación de consumo.

3.7.2. Este derecho a la información genera recíprocamente un reconocimiento constitucional del deber de conducta del oferente de hablar claro (*clare loqui*), el cual se traduce en obligaciones positivas (de informar objetiva, exacta, detallada y suficientemente tanto en relación al producto como a su precio o tarifa) y negativas (de no mentir ni ocultar, lo que fulmina la publicidad engañosa y desleal). En caso de violación o incumplimiento de este derecho, la tutela constitucional habilita la corrección informativa y/o publicitaria (o su prohibición

lisa y llana) y la correspondiente indemnización por daños derivados de la adquisición o empleo de ciertos productos o servicios.

3.7.3. Desde la primera perspectiva (faceta positiva de la información), cada bien o servicio debe incluir las características básicas y advertencias sobre eventuales consecuencias perjudiciales, mediatas y/o inmediatas, que puede acarrear su consumo o uso por su utilización correcta o no (a partir de las respectivas instrucciones para su adecuado consumo o uso), debiendo extremarse las precauciones y aclaraciones tratándose de bienes o servicios riesgosos por sí mismos o por su utilización. Respecto a estos últimos, la Ley 24.240 lo dispone expresamente en general (art. 6º, párr. 1º) y en particular para los servicios públicos de suministro domiciliario (art. 28). En todos los casos la información debe brindarse de modo tal que no pasen inadvertidos incluso para el más distraído o desprevenido consumidor y usuario.

3.7.3.1. La Ley 24.240 (modificada por la Ley 26.361) establece que “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión” (art. 4º). A su vez, la ley de facto 22.802/83 de Lealtad Comercial se refiere a las etiquetas o envoltorios de los productos y frutos comercializables, envasados o no (arts. 1º/8º), así como a la obligación de exhibir o publicar precios (art. 14.i), con el doble fin de evitar que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de los productos, y que los competidores vean desviada la clientela deslealmente. Correcta protección del derecho a la información del artículo 42 CN, sin que importe que las normas hayan sido dictadas antes de la reforma, aunque deberían ser completadas y sistematizadas en un cuerpo único que regule todos los aspectos de la “*relación de consumo*” con el exclusivo propósito de proteger al consumidor y no a competidores.

3.7.3.2. Es obvio que toda la información debe ser brindada en idioma nacional, lo que obliga a que cualquier artículo importado debe tener la condigna traducción. La ley de facto 22.802/83 ya lo exigía (art. 4º, párrs.

1º y 2º) y la Ley 24.240 se refiere a las responsabilidades por el contenido de la traducción de cosas y servicios riesgosos (art. 6º, párr. 2º).

3.7.4. Desde una faceta negativa de la información (tan importante como la anterior) aparece la necesidad de evitar cualquier información que induzca a error, engaño o confusión respecto del origen, calidad, cantidad, características, usos, etcétera, acerca de un producto o servicio, tanto en el rotulado, etiqueta, prospecto o factura del bien o servicio, como a través de la oferta publicitaria comercial.

3.7.4.1. La ley de facto 22.802/83 prohíbe, en general, toda inexactitud y ocultamiento efectuados mediante todo género de propaganda (art. 9º), y en especial, la promoción de bienes y servicios no por sus características propias sino a través de ciertas promociones de premios o regalos, concursos o sorteos, para evitar la distorsión del mercado (art. 10), no obstante que el decreto reglamentario lo habilita bajo ciertas condiciones, lo que entendemos lo torna inconstitucional (ver potestad reglamentaria del Ejecutivo).

3.7.5. Ambas perspectivas de la información en la relación de consumo se enfrentan con el problema de la publicidad y su potencialidad de sobredeterminar ciertas necesidades, reforzarlas o crearlas artificialmente atento a su aptitud de seducción. Incluso, cuando lo publicitado conlleva datos falsos o inexactos, o simplemente los omite o presenta con suma oscuridad o exageración, distorsiona el pleno goce del derecho a una información genuina y con ella el derecho a la libertad de elección. De este modo, el mensaje comercial brindado en el marco publicitario por parte de una empresa también debe ser adecuado y veraz como condición de su validez. Así, el estricto cumplimiento de los derechos de incidencia colectiva del artículo 42, párrafo 1º CN es el fundamento y razón de las limitaciones al derecho individual de ejercer la industria también en su variante publicitaria, ya que de ese derecho patrimonial se ha derivado el denominado “derecho de publicitarla”.

3.7.5.1. De esta forma, el enfoque de la publicidad desde el ángulo del artículo 42 CN no debe confundirse con el planteo de una empresa competidora que –con base en su derecho de propiedad sobre su marca– impugna un mensaje publicitario realizado por otra que usa la marca ajena (de aquel competidor) no como propia sino para publicitar la propia por medio de una comparación obviamente favorable a ésta

(publicidad comparativa). Si bien se ha intentado su defensa argumentando que, en definitiva, es ilustrativa para el público consumidor, lo cierto es que se trata de un problema de derecho marcario de carácter patrimonial típico de la economía de mercado, que tiene al consumidor, en acto o en potencia, como beneficiario pasivo pues a éste, en rigor, no debiera preocuparle tal o cual marca sino su contenido.

3.7.5.1.1. En este sentido, resulta útil recordar un longevo criterio de la Corte federal muy anterior a la aparición de la denominada "publicidad comparativa": con cita de la ley 3975 se destacó que la propiedad exclusiva de una marca implica el derecho de oponerse al uso de cualquier otra que pueda producir directa o indirectamente confusión entre los productos (caso "Calzados Carlitos" -1931-, F. 163:11); luego, con cita del artículo 953 CC, señaló que pretender una inscripción de una marca ante la demora del pedido de prórroga de su titular buscando conquistar la clientela de esa marca es un enriquecimiento sin causa y un acto contrario a las buenas costumbres (caso "La Guarany" -1937-, F. 177:91). En ambos casos, la perspectiva patrimonialista del empresario titular de la marca se reforzó con una marginal y sesgada referencia del "consumidor".

3.7.5.1.2. En 1971, la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, sala II, en el caso "Rolex SA c/Orient SA" (L. L. 147-233) resuelve un primer y claro supuesto de publicidad comparativa de relojes por parte de la demandada. Allí se condenó a Orient y a la agencia publicitaria al pago de daños y perjuicios por desviación de clientela como manifestación de competencia desleal, ello a pesar de que la publicidad invocaba iguales calidades pero enfatizaba menor precio y mayor plazo de garantía de su producto. Al margen de lo decidido, es claro que los derechos de los consumidores no se subsumen en la categoría patrimonialista de "clientela".

3.7.5.1.3. En 1995, la Corte en el caso "The Coca-Cola Company" (F. 318:1711) revocó una medida cautelar solicitada por la actora que ordenaba el cese inmediato de una campaña publicitaria que coqueteaba una conocida bebida gaseosa de aquella empresa frente a otra de una empresa no menos conocida. La razón esgrimida por la mayoría fue que en la especie no se había cumplido la garantía de la doble instancia establecida por la ley procesal, pero sin pronunciarse

sobre la procedencia de la publicidad comparativa; tampoco la minoría (Fayt-Belluscio-Petracchi).

3.8. Derecho “a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”:

3.8.1. La “libertad de elección” funciona como puente para que el usuario y consumidor, debida y previamente informado, al tomar la decisión de consumir o gozar de un bien o servicio tenga la garantía de estar protegido en su salud, seguridad e intereses económicos. Esta formulación supone la existencia de una oferta suficiente, plural y competitiva (en la medida de lo posible, pues el propio art. 42, párr. 2º, admite la existencia de monopolios naturales o legales), lo que hace ineludible garantizar una apropiada información acerca de la diversidad de oferta existente de productos y servicios. El reconocimiento de este aspecto de la libertad alude, entonces, a asegurar una verdadera autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios que, como se dijo, se encuentran en situación de desventaja y desequilibrio a la hora de decidir con quién o quiénes entablar o no la relación de consumo.

3.8.1.1. Esto conlleva la proscripción de conductas anticompetitivas que obviamente atentan contra esta libertad como se insiste en el párrafo 2º del artículo 42, lo que se conjuga con la mención del artículo 43, párrafo 2º CN, que incluye la defensa de la competencia. Entonces podemos encuadrar tanto la situación antimonopólica *stricto sensu* como la prohibición de abuso de posición dominante en el mercado, en especial los acuerdos de cartelización.

3.8.1.2. Claro que para ejercer efectivamente este derecho hay que poder acceder a los bienes y servicios, es decir, tener capacidad económica para pagar por ellos, cosa de la que la Constitución no se ocupa ni siquiera para satisfacer las necesidades básicas en la regla del artículo 42 CN. Para ello habrá que recurrir al estado de necesidad (cuando la vida e integridad personal estén en juego) por inferencia interpretativa de los artículos 33 y 75, inciso 23, párrafo 2º CN.

3.8.2. La mención a las “condiciones de trato equitativo y digno” hace referencia, nuevamente, a impedir que en la relación de consumo se produzcan aprovechamientos por parte del más fuerte (los ofertantes) en perjuicio del más débil (consumidores y usuarios) fulminando, por

tanto, cualquier condición inequitativa e indigna formulada unilateralmente por el ofertante. Esta cláusula se vincula con la técnica de contratación masiva como fenómeno típico de la economía capitalista de carácter monopolista que afecta al sujeto socialmente más débil, quien padece las abusivas y exorbitantes condiciones generales predispuestas uniformemente por el estipulante sin negociación alguna. Por disposición constitucional, se entiende por condición abusiva la que perjudica de manera inequitativa o vejatoria los derechos del consumidor y usuario, desequilibrando sus prestaciones (ej. si limitan la responsabilidad del oferente, o implican renuncia de derechos esenciales, o por invertir la carga de la prueba en contra del consumidor). La Ley 24.240 considera como no convenientes (no exigibles) las cláusulas que resulten abusivas (art. 37).

3.8.2.1. El propósito de esta cláusula es genérico y tiene un verdadero efecto radial por cuanto de ella se desprenden todas las demás facetas ya reseñadas. En efecto, el doble reenvío a la equidad y dignidad procura alcanzar un equilibrio frente a la situación de subordinación en que se encuentran los consumidores y usuarios, no considerados en forma individual sino colectiva. Una concreción de ello es la regla interpretativa *in dubio pro consumidor o usuario*, receptada explícitamente en la Ley 24.240 (arts. 3° *in fine* y 37, párr. 2°), de tanta relevancia en los contratos con cláusulas predispuestas que emplean formularios o modelos.

3.9. El artículo 42, párrafo 2° CN, con similar técnica a la utilizada en el artículo 41, párrafo 2°, establece la obligación de proteger estos derechos de todas las “*autoridades*” públicas de todos los niveles y poderes, y se vuelve a utilizar el verbo proveer, todo ello con el sentido ya destacado. El párrafo se refiere a distintos ámbitos de tutela que, a su vez, conforman importantes facetas de los derechos de consumidores y usuarios, quienes pueden exigirles a las autoridades y, en forma refleja, a quien provee de bienes y servicios.

3.9.1. La “*educación para el consumo*”: esta fórmula, demasiado equívoca, no debe entenderse como estímulo al consumismo desenfrenado. Muy por el contrario, vinculado estrechamente con el derecho a la información adecuada y veraz y con la cláusula ambiental del artículo 41 de la CN, se refiere a educar críticamente para un consumo

racional y sustentable como prolongación de la idea del desarrollo sustentable (ver su análisis en derechos ambientales). La necesidad del cambio de patrones de consumo, entre otros medios a través de la educación, es un deber del Estado y de las asociaciones respectivas. En general, reglamenta este aspecto la Ley 24.240 en el Capítulo XVI (arts. 60/62), y en particular, diversas normas (ej. art. 6º, Ley 24.040 de 1991 referida a compuestos químicos agotadores de la capa de ozono, al exigir que los envases de aerosoles que contuvieran esas sustancias antes de su prohibición incluyan el aviso del perjuicio al ambiente).

3.9.2. La “*defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales*”: esta cláusula constitucional funciona como especificación de la “*libertad de elección*” de los consumidores y usuarios, ya reconocida en el artículo 42, párrafo 1º CN. Para su estudio remitimos a poder de policía de la prosperidad en épocas de normalidad en materia económica.

3.9.3. La “*calidad y eficiencia de los servicios públicos*”: es la primera referencia particularizada a favor de los usuarios que se justifica por su tradicional especificidad en relación al consumidor *stricto sensu*. En el ámbito de los servicios públicos siempre aparece el Estado con su indelegable responsabilidad de control. Aunque los modos de gestión de los servicios públicos sean estatales o privados, sus caracteres son los mismos: continuidad y regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad.

3.9.3.1. La “*calidad y eficiencia*” se relaciona con la prestación del servicio, razón por la cual esta cláusula crea obligaciones principales de cumplimiento en cabeza del prestatario mismo del servicio público (ya sea el Estado o empresas privadas). Ante todo supone el derecho a la prestación (que el servicio se preste en forma regular y continua), lo cual implica la presunción a favor del usuario ante la interrupción o alteración del servicio de que ello ha ocurrido por causas atribuibles al prestador; así el usuario puede exigir su inmediata reanudación, reintegro del pago por servicios no prestados y la debida indemnización por daños. Asegurada la prestación, ésta debe asumir determinada calidad y eficiencia. La Ley 24.240 regula en sus normas

el servicio público (arts. 1º y 2º) explicitando varios derechos de los usuarios de servicios públicos domiciliarios (arts. 25/31). Esos derechos, a su vez, están protegidos por la legislación específica a que se refiere el artículo 42, párrafo 3º CN, como vemos más adelante.

3.9.4. La “*constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios*”: confirma la faz colectiva de estos nuevos derechos. Es una técnica más para proteger a los consumidores y usuarios ya que la fragmentación y desorganización de éstos en la relación de consumo amplifica su situación desfavorable y desigualitaria ante el oferente, generalmente un poderoso sujeto económico, pues es claro que el derecho a constituir estas asociaciones surge del clásico derecho civil de asociarse con fines útiles (art. 14, CN). Una vez constituida la asociación, como tal tiene un rol protagónico tanto en la participación en el control de los servicios públicos (final del art. 42, CN) como en el amparo colectivo donde se le otorga legitimación para presentarlos (art. 43, párr. 2º, CN).

3.10. El artículo 42, párrafo 3º CN se refiere a vías, instrumentos, mecanismos y métodos de protección de todo lo anterior a través de tres cláusulas: la primera y la última para consumidores y usuarios, y la restante, para estos últimos. La previsión de que la “*legislación establecerá*” demuestra dos cosas: que sólo este tercer párrafo de la norma es programático (por oposición al resto del artículo 42 de la CN que tiene inequívoco carácter operativo), y que esta reglamentación debe ser dispuesta exclusivamente por ley formal del Congreso y es insusceptible de delegación.

3.10.1. Los “*procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*”: se destaca la preponderancia preventiva de la protección que la Constitución reserva a los consumidores y usuarios. Antes que reparar es preferible evitar el daño, pero de ninguna forma se excluye su reparación. Es preciso tener presente que estos derechos son una especie del género derechos de incidencia colectiva, por tanto estos mecanismos deben tener especialmente en cuenta esta circunstancia, tanto a la hora de reconocer legitimación amplia, como a la de otorgar efectos *erga omnes* a la decisión (para su mejor comprensión, remitimos a amparo colectivo dentro del subprincipio de control).

3.10.1.1. El vocablo “*procedimientos*” debe entenderse en sentido

amplio, comprensivo también de procesos (judiciales o no). Por ende, las leyes deben establecer tanto procedimientos administrativos como jurisdiccionales, los cuales deben estar impregnados por la celeridad y economía, con pleno acceso individual y colectivo (“*eficaces*”), sin importar la cuantía económica en cuestión (frecuentemente pequeña o reducida). De todas formas, el amparo del artículo 43 CN se presenta como la vía más idónea (que no requiere agotar la instancia administrativa previa) para la protección de estos derechos.

3.10.2. Los “*marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional*”: el Estado (cualquiera sea el modo de gestión) siempre se reserva, al menos, la función de control del servicio público, incluso cuando lo presta él mismo, en cuyo caso coincide su responsabilidad de prestador con la de contralor. La competencia del Congreso consiste en dictar normas que regulen cada servicio, sin perjuicio de la conveniencia de una ley orgánica sobre los mismos, que sirva como orden general, que ninguno de los regímenes especiales pueda desconocer. El aspecto programático de esta disposición no impide que los usuarios puedan impugnar toda prestación de un servicio sin marco regulatorio o con uno que resultara insuficiente. Se presenta en estos casos una clara hipótesis de inconstitucionalidad por omisión, lo cual genera no sólo la obligación estatal de dictar el referido marco, sino también de indemnizar a los afectados que resultaren perjudicados por cualquier omisión regulatoria.

3.10.2.1. Como el artículo 42 CN se sanciona en un contexto de privatizaciones masivas de los servicios públicos ya consumado, las primeras normas en esta materia ya estaban vigentes al momento de la reforma constitucional de 1994. Este proceso se basó en la Ley 23.696 de 1989 de reforma del Estado donde se declararon varias empresas públicas sujetas a privatización, en cuya consecuencia se dictaron los respectivos marcos regulatorios y se crearon los entes reguladores de cada actividad: en 1992, las leyes para los servicios de transporte y distribución de electricidad (24.065: el ENRE) y de gas natural (24.076: el Enargas), y por decretos del P. E. N.: sobre telecomunicaciones que crea la CNT (dec. 1185/90), y servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales que crea el Etoss (dec. 999/92). Las normas específicas de cada servicio público domiciliario

deben armonizarse con la Ley 24.240, que se proclama de aplicación supletoria (art. 25). Para nosotros, por mandato constitucional se debe aplicar la disposición que resulte más favorable para el usuario.

3.10.3. La “*participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control*”: el artículo 42 culmina reafirmando la dimensión colectiva de los sujetos activos y un participacionismo en una nueva materia que se suma a las demás consagradas en la Constitución.

3.10.3.1. Como derivación necesaria de la cláusula surge el derecho a la representación de los consumidores y usuarios que debe sumarse a la lista enunciativa del artículo 42, párrafo 1º CN. Al propiciarse la participación en los “*organismos de control*” se reconoce la intervención de los destinatarios finales en la función estatal de control que se concreta tanto a través de los entes reguladores de los servicios públicos como en los relativos al consumo. La ley debe reglar la participación colectiva (de las asociaciones, no de los individuos aislados) en el respectivo órgano estatal de control. Es una forma de control intraorgánico que debe incluir un procedimiento de selección que permita el acceso de asociaciones representativas y el mecanismo de la audiencia pública. Una omisión legislativa en tal sentido habilita, a nuestro juicio, el amparo por omisión.

3.10.3.2. En relación a los servicios públicos, la participación de asociaciones de usuarios debe ser decisoria (no meramente consultiva) en todas las instancias regulativas, incluida la tarifaria. Sin embargo, la Corte Suprema en 1998 en los casos conocidos como “de las tarifas telefónicas” convalidó el aumento dispuesto por decreto 92/97 sin esa participación ni de ninguna otra clase, al revocar fallos de diversas jurisdicciones que hicieron lugar a medidas cautelares de no innovar dentro de amparos interpuestos por Prodelco (F. 321:1252) y el Defensor del Pueblo (F. 321:1187). En este último, por mayoría estricta (Nazareno-Moliné-Vázquez-López y Boggiano), dijo la Corte que no se plantea un caso judicial por no estar sometidos los hechos de la causa a reglas jurídicas controlables por los jueces; se trataba de una cuestión política no justiciable, y los litigantes no demostraron la existencia de un perjuicio de orden personal, particularizado, concreto, susceptible de tratamiento judicial. De esta forma, también se desna-

turaliza el amparo colectivo consagrado en el artículo 43, párrafo 2º de la CN (ver su estudio en procesos constitucionales).

3.10.3.3. La participación decisoria se refuerza pues inicialmente el proyecto en la Convención Constituyente se refería al carácter consultivo de esta participación y luego desapareció del texto definitivo. Todos los marcos regulatorios citados más arriba resultan inconstitucionales en la medida en que excluyen dicha participación. Por otra parte, la cláusula no excluye la gestión directa de cualquier servicio público por los propios usuarios (autogestión).

4. Derechos de los pueblos indígenas:

4.1. También denominados derechos originarios o “étnicos” (Ordóñez Cifuentes), estos derechos son de incidencia colectiva como los antes analizados, pero de matices muy especiales. No se trata de un mero tránsito de lo individual a lo colectivo. Es una instancia superior en la que sus titulares son las comunidades, tribus, etnias, “naciones” o “*pueblos indígenas*” como los denomina la reforma de 1994, sin que ello implique desconocer la dimensión individual de los derechos de sus integrantes. El tratamiento diferencial a través de estos derechos especiales se justifica por sus fuertes vínculos culturales forjados a través de los tiempos anteriores a la formación de nuestra Constitución histórica y por el prolongado y continuo desprecio que los despojó de sus vidas, tierras y costumbres hasta colocarlos en las deplorables condiciones actuales.

4.2. Esta antigua temática (500 años que arrancan con la conquista de América por las coronas ibéricas y se prolongan durante la época independiente) se ha convertido en una típica nota del constitucionalismo latinoamericano de fines del siglo XX. Luego de un largo período de “ceguera” o “daltonismo” donde se “veía” un solo mundo (el de los blancos europeos), esta problemática irrumpe en diversos textos supremos, por ejemplo: Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), ciclo en cuya línea se inscribe nuestra reforma de 1994. América Latina contiene aún hoy millones de indígenas y miles de comunidades a pesar de los sujetos colectivos extinguidos o diezmados durante el período colonial y republicano. De todas formas la cuestión no es precisamente cuantitativa. Bastaría la existencia de un grupo mínimo de indígenas, de uno solo, por algún lugar perdido

de la inmensidad de América, para que se plantease el problema del derecho sobre su comunidad, grande o pequeña (Clavero).

4.3. Estos derechos étnicos son facultades especiales que superan ampliamente la tradicional cláusula de no discriminación, ya que a partir de las históricas violaciones que sufrieron y sufren nuestros indígenas procuran alcanzar la igualdad real por el reconocimiento de la diferencia de cada etnia con sus datos culturales y materiales. Esta relación entre igualdad y diferencia de ninguna forma viola la igualdad formal del artículo 16 CN (ver su análisis en el capítulo de las garantías). Si bien es cierto que los pueblos indígenas también tienen problemas comunes a cualquier sector popular marginal (pobreza, opresión y explotación), aquí se analiza su problemática colectiva específica con prescindencia de los demás derechos de todos los habitantes que obviamente también alcanzan a los indígenas en forma individual.

4.4. *La nueva norma constitucional*: el artículo 75, inciso 17 CN fue aprobado por unanimidad en la Convención Constituyente de 1994 y sin discusión en el recinto. La Convención tuvo que afrontar el defecto metodológico en que incurrió la Ley 24.309, cuando en vez de incluir esta propuesta en el capítulo de nuevos derechos como correspondía, lo hizo entre las atribuciones del Congreso (art. 3.LL). Como aquella no se apartó de los criterios impuestos por el Congreso en tal sentido, en un exceso ritual que no compartimos, se puede explicar por qué los derechos étnicos se encuentran en un lugar completamente ajeno a su contenido, en una suerte de “contrabando normativo” (Sagüés, 2), a excepción del final de la norma.

4.4.1. El nuevo inciso se estructura en dos párrafos: el primero, breve y fundante; el segundo, más extenso, es portador de un plexo de derechos especiales que pretende reparar cada una de las necesidades históricas insatisfechas de los pueblos indígenas; se armonizan con lo primero a través del derecho a la identidad, verdadero “puente” entre ambos pasajes normativos. A su vez, ese punto de conexión opera como “eje” sobre el que giran los demás derechos colectivos indígenas, tanto los sustanciales (educación y tierras) como los instrumentales (personería y participación).

4.4.2. Claramente supera los planteamientos de la Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes de 1985

(reglamentada por dec. 155/89), tornando algunas de sus disposiciones en inconstitucionales o insuficientes. Por ello, a pesar de haber significado en su momento un cierto avance en la materia y ocasionalmente haber influido en el artículo 75, inciso 17 CN, es necesaria su actualización.

4.5. *Importancia histórica del cambio constitucional*: el artículo 75, inciso 17 CN reemplaza al ex artículo 67, inciso 15 que disponía “Proveer a la seguridad de las fronteras [esta parte subsiste hoy como nuevo inc. 16 pero desvinculado del tema indígena]; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Ese texto, también aprobado por unanimidad en el Congreso Constituyente de 1853, fue propuesto por Gorostiaga para conciliar las distintas posiciones discriminatorias allí planteadas: trato pacífico por medio de la conversión (sacerdote Lavaisse) y posibilidad de “exterminio” (Seguí), y permitir que por los medios que juzgara conveniente el Congreso (pacíficos o no) se alcanzara el objetivo principal de resguardar las fronteras interiores (Gutiérrez).

4.5.1. Semejante visión constitucional acerca de los “indios”, de alguna manera interrumpió la línea inicial de los Revolucionarios de Mayo (la Asamblea de 1813 declaró a los indios como “hombres perfectamente libres, en igualdad de derechos” e imprimió el decreto respectivo en guaraní, quechua y aymara); continuada, al menos, hasta la Constitución de 1819 que los proclamó “iguales en dignidad y derechos a los demás ciudadanos” y habilitó leyes para mejorar su condición “hasta ponerlos al nivel de las demás clases” (art. CXXVIII). Si bien allí también se observaba cierta tendencia integracionista y aún no se percibía la dimensión colectiva indígena, no se postulaba conversión alguna, ni remitía a la noción de seguridad y exterminio.

4.5.2. Esa ideología dominante de 1853 tuvo también su base material: la “guerra de las fronteras internas”, que en el fondo encubría el problema de la tierra. El país estaba dividido internamente: por un lado, las catorce provincias originarias, donde las culturas indígenas se habían incorporado o extinguido, y por otro, los territorios fuera de los límites provinciales, considerados eufemísticamente el “desierto”, que en rigor eran territorios ocupados por los indígenas “libres” donde el Estado-nación aún no había tomado posesión (las inmensas

regiones chaqueña y patagónica) pero que había nacionalizado (ley 28 de 1862); entre ambos mundos estaba la “frontera”. El indígena peleaba para retener sus tierras; el Estado para arrebatarlas. Así, se elaboró la política de expansión de las fronteras “contra los indios” que culmina realizándose “por fuerzas del Ejército”: en el siglo XIX hacia el sur (ej. leyes 215 de 1867 y 947 de 1878), y en pleno siglo XX hacia el Chaco (ej. ley 8325 de 1911). Al eliminarse la frontera interior manu militari, correlativamente se expande la actividad ganadera, se fijan las bases de un mercado nacional único, se distribuyen las tierras conquistadas (ej. ley 1018 de 1879) y se crean los primeros territorios nacionales (ley 1532 de 1884). Esos “logros” del Estado-nación son inescindibles del brutal desdén por la existencia misma de los indígenas.

4.5.3. El ex artículo 67, inciso 15 no fue un mero apartamiento de los artículos 14 (libertad de cultos) y 16 (igualdad), en la medida en que disponía la conversión de un núcleo de habitantes a un culto determinado (Vanossi, 2). Históricamente fue mucho más que eso. Dio cobertura normativa a la flagrante violación de los derechos humanos de los indígenas: muchos perdieron la vida y, en el mejor de los casos, fueron forzados a abandonar sus tierras, creencias, lengua y hábitos de vida para asimilarlos a la autoproclamada “civilización”. Además, esa supuesta integración consistió en someterlos a las más brutales formas de explotación laboral como ocurrió en los ingenios salto-jujeños incluso hasta mediados del siglo XX (Zuleta).

4.5.3.1. Ninguna de estas circunstancias fueron percibidas por la doctrina de la Corte federal en sus escasos pronunciamientos sobre el tema indígena durante el siglo XX, algunos de los cuales veremos más adelante. A lo sumo cabe destacar el voto minoritario de Risolía en un aislado precedente (caso “Abdón López” –1969–, F. 274:169), quien hace lugar a un concreto reclamo de un indígena tehuelche y muestra cierta apertura y preocupación por la “condición jurídica del aborigen”. Sin embargo, esa solitaria disidencia también trasluce una doble supervivencia de la originaria concepción constitucional: a) sigue enfatizando “la política de integración” de la Constitución de 1853 (c. 5 y 21), y b) aún no advierte la dimensión colectiva de la cuestión indígena, e incluso en el con. 6 ensaya una distinción en referencia al ex artículo 67, inciso 15 entre el “trato colectivo con el indio” e

“individualmente considerados”: lo primero, lo relativo a “las nociones de seguridad, pacificación o sometimiento [...] en tanto resista las instituciones de la República y comprometa la paz interior”, y lo segundo, una vez “incorporados a la vida nacional” gozan de “todos los derechos civiles y políticos propios de las condiciones de ciudadanos y habitantes”.

4.6. *Base internacional de la cuestión indígena*: el artículo 75, inciso 17 CN se completa con diversas normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos:

4.6.1. Entre los enumerados por la reforma de 1994 con rango constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) se observa una tenue evolución: a pesar de los millones de indígenas distribuidos en el planeta, en las Declaraciones de 1948 (Americana y Universal) no se menciona a los indígenas ni siquiera como integrantes de su etnia o comunidad (a lo sumo, se los ampara como a cualquier individuo bajo la cláusula general de no discriminación); tan sólo la C. P. S. D. G. se ocupa del grupo étnico como sujeto protegido de ese delito internacional. Un insuficiente avance se advierte en algunos instrumentos de la década de los '60 en el plano universal, en donde se conceden derechos a la cultura a los integrantes de los grupos étnicos pero en forma individual como pertenecientes a una minoría, con total independencia de su número (aún no aparece la etnia como sujeto colectivo): la C. I. E. T. F. D. R., y el artículo 27 P. I. D. C. P., a pesar de que aquí aparecen los pueblos como sujetos colectivos (art. 1º). Curiosamente, en el ámbito americano –donde la presencia indígena es insoslayable– la C. A. D. H. guarda total silencio (incluso hasta 1998 ni siquiera se aprobó por la Asamblea de la OEA el proyecto de Declaración sobre los Pueblos Indígenas, etapa previa para la elaboración de una convención regional). A su turno, la C. D. N. de 1989 incluye una escueta norma para los niños de origen indígena (art. 30). Este alongado olvido inicial se debe a las posiciones aún en boga en esos años que se reflejaban en políticas tendientes a que la sociedad nacional absorbiera a los indígenas.

4.6.2. Con cierta demora, es a nivel de tratados de derechos humanos infraconstitucionales y supralegales que se da el avance más notable en la temática indígena a través de la labor de la OIT. Dicho

organismo especializado de la ONU empezó por plasmar su preocupación sobre el tema como caso particular de explotación del trabajo, en el pionero Convenio N° 107 de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (Argentina lo aprueba en 1959 por Ley 14.932), empero, en ese momento todavía se hablaba de integración-asimilación. Recién en 1989 se revisa ese Convenio y se produce el reconocimiento internacional de los indígenas como sujetos colectivos portadores de derechos específicos con el Convenio de la OIT N° 169/89 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante: Convenio OIT N° 169, aprobado en 1992 por Ley 24.071 y ratificado en 2000). Desde su misma denominación se supera la noción clásica de minoría, ahora se trata de “pueblos” y no de poblaciones; la referencia a Estados independientes es sólo ubicadora; aunque aclara que el término “pueblo” no debe interpretarse en el sentido que se le confiere en el derecho internacional (art. 1.3), no se desactiva el concepto, ya que obliga a los Estados a facilitar el contacto entre pueblos indígenas a través de las fronteras (art. 32), reconoce derechos de participación (art. 2.1), de consulta y a tener sus instituciones representativas (art. 6.1.a), y hasta respetar sus “deseos” (art. 4.2).

4.7. *El reconocimiento de “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”* (art. 75, inc. 17, párr. 1º, CN): por lo dicho respecto a la ubicación normativa de la cláusula, no puede considerarse exacto que le corresponda al Congreso reconocer dicha “preexistencia”, porque ello ya lo hizo el poder constituyente y, por ende, no se puede desconocer. No se trata de una declaración retórica de contenido simbólico, pues provoca efectos jurídicos prácticos. Además de la doble importancia destacada por Bidart Campos (1): negativa (no desconocer) y positiva (promover), cabe agregar su valor interpretativo para el resto de la norma y para otras cláusulas constitucionales (ver en interpretación constitucional, función de las nuevas normas).

4.7.1. La “preexistencia” (expresión ya utilizada al pasar por el art. 3º, Ley 23.302), en el contexto de la norma, significa anteriores a la formación del Estado argentino, por ello es discutible la calificación de “argentinos” que se hace de los pueblos indígenas, ya que esa noción es una categoría jurídico-política posterior que aparece con la

formación de nuestro Estado. Con mejor técnica, la Constitución de Paraguay de 1992, luego de reconocer “la existencia de los pueblos indígenas”, los define como “anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (art. 62). La obvia preferencia temporal de este vocablo es el fundamento normativo que permite comprender el sentido amplio de los derechos específicos del segundo párrafo.

4.7.1.1. A su turno, esta nueva visión constitucional sobre el componente indígena completa la noción de Estado Ecológico de Derecho en su versión latinoamericana, ya perfilado en derechos ambientales. Ninguna cultura indígena se considera dueña de la naturaleza; no la perciben como mercancía sino como parte integral de su vida pasada, presente y futura a la que se le debe respeto. Receptando esta holística concepción indígena, el Convenio OIT N° 169 recuerda la contribución de los pueblos indígenas “a la armonía social y ecológica de la humanidad” (c. 7 de su Preámbulo), lo que se traduce en múltiples cláusulas que anudan lo indígena con lo ambiental (ej. arts. 4.1, 7.3, 7.4, 13.2, y 15). En sentido concordante, el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 (aprobado en 1994 por Ley 24.375) también hace esa vinculación y enfatiza el rol de los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas en la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad y establece el derecho de participar de los beneficios derivados del aprovechamiento de los recursos naturales (art. 8°). De esta forma, la “*preexistencia*” indígena es también una preferencia ecológica tanto para el presente como para el futuro de la sociedad nacional.

4.7.2. La “*preexistencia*” doblemente adjetivada como “*étnica y cultural*” es un acierto del constituyente de múltiples repercusiones:

4.7.2.1. Rompe la concepción de una cultura única, homogénea y hegemónica tan propia del clásico Estado-nación de corte occidental-europeo modelado en 1853. Se abandona, así, la tendencia integracionista. En su lugar se reconoce a la sociedad argentina como multiétnica y pluricultural (aporte español e inmigratorio, pero también indígena).

4.7.2.2. Recepta la tendencia antropológica de no definir a los indígenas como grupo racial. La noción de raza no se sustenta por su ambigüedad (en una misma raza existen culturas diferentes y no hay purismo racial). Así, grupo étnico es aquel que participa de los mismos

elementos culturales, tales como lengua, religión, tradiciones, etcétera (D. Maldí). De igual forma, el Convenio OIT N° 169 considera indígenas a los pueblos “por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país [...] en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todos sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (art. 1.1.b), considerando un “criterio fundamental” la “conciencia de su identidad indígena” (art. 1.2). Similar criterio sigue la Ley 23.302 (art. 2°).

4.7.3. El uso de la voz “*indígenas*”, de raíz latina, significa originario del país; pero también connota su situación de indigentes en tanto vulnerables en los aspectos físico-espiritual-económico-institucional. Sustituye correctamente tanto al espurio y peyorativo mote de “indio” de la anterior cláusula constitucional, como a la voz “aborígenes” utilizada promiscuamente por la Ley 23.302, pues ella no califica la afligente situación de estos pueblos originarios y también nombra a la flora y fauna propias del lugar (esto último sería superable pues su concepción del mundo es de unidad del hombre con la naturaleza, los animales y las plantas). Por su parte, el adjetivo “*argentinos*” procura acotar la noción de “*pueblos indígenas*” a nuestro territorio y nacionalidad (ubica a nuestros indígenas como argentinos por nacimiento).

4.8. *La identidad indígena*: el comienzo del artículo 75, inciso 17, párrafo 2° habla de “*respeto a su identidad*”, en tanto el Convenio OIT N° 169 con más detalle dice “respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art. 2.b). Se refiere al aspecto colectivo de la cuestión y no a la relación de cada individuo con su propio pueblo indígena como lo hace el artículo 27 P. I. D. C. P. Ante todo, presupone el derecho a existir y a la integridad étnica, cultural y social de las comunidades indígenas. Sin pueblo indígena su identidad no tiene sentido (recordar la desaparición forzada colectiva de tantos pueblos en nuestro país). Este derecho significa respetar las propias cosmovisiones de los pueblos indígenas y, por supuesto, la facultad de autodenominarse, atento a que históricamente quienes los dominaron llegaron a arrebatarnos esa facultad,

quizá al efecto de justificar su violencia y codicia (ej. los mapuches fueron designados por los “blancos” como araucanos).

4.8.1. *El derecho consuetudinario*: por debajo de la diversidad de los indígenas argentinos, una constante es la preponderancia absoluta de lo consuetudinario. Así, receptor el derecho a la identidad es reconocer su derecho consuetudinario que, por tanto, no debe ser legislado por el Estado. Esto trae enormes consecuencias al momento de la creación normativa y su aplicación por parte de las “autoridades” indígenas.

4.8.1.1. El Convenio OIT N° 169 señala que debe tomarse debidamente en cuenta “su derecho consuetudinario” (art. 8.1); reconoce el derecho a conservar sus instituciones propias con un solo límite: que “no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2), y con tal valladar se deben respetar los métodos tradicionales “para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (art. 9.1), y cuando los tribunales resuelvan cuestiones penales deben tener en cuenta las costumbres indígenas (art. 9.2) y preferir otras sanciones al encarcelamiento (art. 10.2).

4.8.1.2. En este punto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una sutil interpretación (Travieso, 1) en el caso contencioso “Aloeboetoe” de 1993: varios integrantes de la tribu Saramaca reclaman daños y perjuicios contra Surinam por detención y muerte de personas de esa comunidad indígena por militares de ese país, con la peculiaridad de que la indemnización se pretendía a favor de la tribu toda, conforme a sus prácticas consuetudinarias donde la lesión a uno de sus miembros afecta a todo el grupo; aceptada su responsabilidad por el gobierno, la Corte rechazó su pretensión de aplicar el derecho civil surinamés y aplicó en su lugar el derecho consuetudinario local; aunque no ordenó la reparación económica a la tribu (sólo la fijó para sus familiares), sí se dispuso que —a través de la creación de una fundación— el gobierno de Surinam debía reabrir una escuela y un dispensario para la comunidad afectada. El caso es trascendente puesto que, como dijimos, el Pacto de San José carece de derechos especiales a favor de los pueblos indígenas e incluso pareciera que sólo reconoce derechos a las personas individuales (art. 1.2).

4.9. La “*educación bilingüe e intercultural*”: esta cláusula constitucional funciona como una especificación de su derecho de incidencia colectiva a preservar y desarrollar su identidad étnica y cultural. Si bien no era necesario aclarar que los indígenas tienen derecho a promover e instituir sus programas educativos en sus propios idiomas y culturas destinados a sus miembros, en paridad con las formas de educación estatales, en cambio sí era importante decir que tienen derecho a fomentar acciones destinadas al intercambio educativo interétnico que promueva la revalorización y desarrollo cultural frente a los no indígenas.

4.9.1. Este derecho no debe entenderse solamente como que los indígenas deben recibir la enseñanza de los dos idiomas (español y la lengua indígena), pues ello sería una clara referencia integrativa, impropia de la nueva visión indígena. Por ello, en concordancia con el primer párrafo, debe entenderse también como la facultad de extender y difundir a la sociedad nacional no indígena los idiomas y culturas autóctonos. Como la norma no distingue, ello debe ocurrir tanto en la educación formal como en la informal, incluyendo espacios en medios masivos de comunicación.

4.9.1.1. En esta orientación parece inscribirse la Ley 24.874 de 1997 que ordena al Ejecutivo determinar los contenidos básicos comunes de la currícula de los niveles de educación básica y polimodal, la divulgación del artículo 75, inciso 17 CN, y se refuerzan los conocimientos sobre las culturas y realidad económico-social de los pueblos indígenas. De alguna manera se viene a reparar la inaudita omisión de la Ley Federal de Educación de 1993 (24.195) que en lugar de implantar la temática indígena en la política educativa concreta se limita a fijar un vago criterio general en una aislada norma (art. 5.q).

4.9.2. El Convenio OIT N° 169 (arts. 26/30) se ocupa en detalle de la educación para los indígenas, en cambio respecto a los no indígenas sólo manda eliminar los prejuicios que pudieren tener, a cuyo fin todo el material didáctico debe ofrecer “una descripción equitativa, exacta e instructiva” de los indígenas (art. 31). Luego de referirse al derecho individual de cada uno de sus miembros a adquirir una educación en todos los niveles, en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (art. 26), se ocupa del aspecto colectivo al prever

la cooperación de los pueblos indígenas en la formulación y ejecución de programas y servicios educativos, fija como contenidos mínimos su historia, conocimientos, valores y todas sus aspiraciones (art. 27.1) y el derecho a crear sus propias instituciones educativas (art. 27.3). Respecto a la propia lengua, el Convenio prescribe que se enseñe a los niños indígenas a leer y escribir en su lengua o en la que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan (art. 28.1), sin olvidar la “lengua nacional” (art. 28.2).

4.9.3. Por su parte, la Ley 23.302 (Tít. V, *De los planes de educación*) merece algunas correcciones a tono con la nueva cláusula constitucional: es incorrecto hablar de “integración” a la “sociedad nacional” (art. 14) y discutible exigir la enseñanza del cooperativismo (art. 15); en cambio, parece correcto para los niños indígenas la división en dos ciclos del nivel primario (art. 16): los primeros años en lengua indígena materna y como materia especial el idioma nacional, y en los restantes, la enseñanza bilingüe.

4.9.4. Obsérvese que nuestra Constitución omite toda referencia sobre el idioma oficial del Estado, aunque su respuesta es obvia ante la redacción española de su texto. Empero, esa circunstancia sumada a la referencia “*bilingüe*” (entendida como plurilingüe, atento a la diversidad de lenguas indígenas) parece significar que esas lenguas también deben tener uso oficial en ciertos casos, como lo dispone la Constitución de Nicaragua (art. 11), especialmente a fin de dar a conocer sus derechos y obligaciones como lo dispone el Convenio OIT N° 169, mediante “traducciones escritas” y “utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos”. También es correcto que se autorice la inscripción de nombres aborígenes (art. 3° bis, ley de facto 18.248/69 modificada por Ley 23.162).

4.10. *Las tierras indígenas*: el artículo 75, inciso 17, párrafo 2° de la CN también se refiere a este insoslayable aspecto desde tres ángulos: reconoce las que “*ocupan*”; ordena “*regular la entrega de otras*”, y dispone el carácter “*comunitario*” de la propiedad y posesión.

4.10.1. *Concepción indígena sobre sus tierras*: lógico corolario del “respeto a la identidad”, la cláusula sobre tierras indígenas recepta su propia perspectiva. Para la cosmogonía indígena –más allá de la diversidad de culturas– la tierra no tiene un tinte patrimonialista, no

se la ve como mercancía que se puede apropiarse y usar ilimitadamente; su estrecha vinculación con la tierra es elemento consustancial de la existencia misma del grupo, razón por la cual se la debe entender como la base material para la continuidad de su acervo cultural, como dice la Constitución de Brasil (art. 231.1). En suma, las tierras son para ellos un vínculo histórico, material y espiritual.

4.10.1.1. En sentido concordante, el Convenio OIT N° 169 obliga al Estado a respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras que ocupan o utilizan (art. 13.1), aclarando que el término “tierras” incluye el concepto de “territorios”: lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los indígenas ocupan o utilizan (art. 13.2), es decir que no es sólo el espacio superficial (suelo), es mucho más, es también lo que está “adentro” (subsuelo y recursos naturales), “arriba” (astros, lluvia, vientos), y “allí” (flora, fauna, y el propio hombre).

4.10.2. *Irresuelto problema de sus tierras*: ya señalamos que los indígenas (llamados justamente “señores de la tierra”) fueron desheredados forzosamente de ella por el flamante Estado-nación. Consumado el despojo territorial, ninguno de los órganos estatales (ni los políticos ni los judiciales) solucionó el problema indígena que el propio Estado generó.

4.10.2.1. Caso “Guari c/Prov. de Jujuy” –1929– (F. 155:302).

Hechos: apoderados de vecinos de Abra Pampa y Rosario de Lerma interponen acción de reivindicación (art. 2756, CC) contra la Provincia de Jujuy por las tierras de Cochinoca y Casabindo. Afirman que han sido despojados por particulares y autoridades de esos territorios de los que dicen ser “poseedores inmemoriales a título de dueños” según el régimen incásico que admitía la propiedad comunitaria (no la individual) del suelo que cultivaban y poblaban; que la Corona de España nunca tuvo dominio directo y, por ende, no hubo reversión a los países independizados, y que no son *res nullus* (art. 2342, CC). La Provincia de Jujuy pide el rechazo de la demanda por inexistencia de derecho (les niega calidad de herederos de los primeros pobladores y afirma que la provincia es sucesora del patrimonio de la Corona), y para el

caso de que algún derecho tuvieran, opone la prescripción de la acción por inacción y abandono por larguísimos años.

Sentencia de la Corte: por unanimidad (Bermejo-Alcorta-Repetto-Lavalle-Sagarna) rechazó la reivindicación por considerar que carecen de acción, máxime frente a Jujuy, a quien declara propietaria de las tierras cuestionadas, “no por usurpación, sino por derecho proveniente de la Nación y ésta de España” (c. 9), reiterando lo resuelto en el precedente de 1877 con la firma de J. B. Gorostiaga (F. 19:29). Asimismo, declara que los incas durante la época colonial y precolonial nunca tuvieron dominio del derecho romano ni del Código Civil (c. 4), lo cual era obviamente cierto, pero lo hace para negar derecho a los actores que no han presentado título traslativo o sucesorio a las tierras reivindicadas (c. 5), ni título al dominio individual, y que el Código Civil no reconoce otra propiedad comunitaria que la que se constituye por contrato, última voluntad o ley (art. 2675); llegó a considerar que las comunidades indígenas no tienen personería para actuar en juicio (c. 8). Ya decidida la suerte del reclamo, la Corte sienta un memorable *obiter dictum* (c. 10): reconoce las invocaciones a la injusticia que agravia a seculares pobladores indígenas por la desposesión de sus tierras al admitir que ello “no es indiferente a las ideas y sentimientos del tribunal”; pero rechaza la acción porque poner remedio a esos “agravios reales” es una función de gobierno que corresponde a los “órganos institucionales” y es ajena a los jueces.

4.10.2.2. Esa confianza judicial en los órganos políticos ya se encontraba desmentida por el rotundo fracaso de la política de módicos y graciosos reconocimientos dominiales que arrancan ya en el siglo XIX. Desde la citada ley 215 de 1867 de expansión de la frontera se implementaron dos sistemas de otorgamiento de las tierras arrebatadas a sus anteriores dueños: “por convenio entre las tribus que se sometan voluntariamente” y el Ejecutivo, o por “arbitrio” del Ejecutivo a las tribus sometidas por la fuerza; siempre con la venia del Congreso. Así se autorizó al Ejecutivo para entregar, a título gratuito, en propiedad unas pocas leguas: por ejemplo en 1894, al cacique Namuncurá y su tribu (Ley 3092); en 1899, al cacique Saihueque y su tribu (Ley 3814), con la prohibición de enajenarlas por cinco años; asimismo, el P. E. N. por decreto de 1898 otorgó un permiso intransferible a tehuelches

santacruceños sobre tierras fiscales al sur del río Santa Cruz (reserva “Camusu Aike”). Por su parte, la Legislatura bonaerense también cedió leguas a los indígenas: por ejemplo en 1866 y 1869, al cacique Coliqueo y su tribu con la prohibición de enajenarlas por diez años (Leyes 474 y 552, ratificadas por ley de facto 9231/78). Cerrado el capítulo de la conquista del desierto, aquel régimen fue sustituido por la ley 4167 de Tierras Fiscales de 1903 que encomendaba al P. E. N. fomentar “la reducción de las tribus indígenas [...] suministrándoles tierras y elementos de trabajo” (art. 17). Pasado el tiempo, el problema indígena continuó sin solución, lo cual –por sí solo– justifica la inclusión de la nueva cláusula étnica y su urgente efectivización. La Constitución del Chaco de 1994 admite que la adjudicación es “como reparación histórica” (art. 37).

4.10.3. *Posesión y propiedad comunitarias*: el artículo 75, inciso 17, párrafo 2° CN califica a “*la posesión y propiedad*” de las tierras indígenas como “*comunitarias*” y le adosa concretas consecuencias a esa novedosa modalidad dominial: “*ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos*”. Se coloca así a las tierras indígenas absolutamente fuera del comercio, tanto privado como público, por ello tampoco pueden ser expropiadas por el Estado (nacional ni provincial) ni sujetas a prescripción adquisitiva. Se concreta el derecho a la propiedad colectiva reconocido en el artículo 17.1, D. U. D. H., como ya dijimos al analizar el clásico derecho civil de propiedad.

4.10.3.1. La Constitución supera a la Ley 23.302, que si bien dispone su exención tributaria (art. 9°), inembargabilidad e inejecutabilidad, limita la prohibición de enajenación a veinte años (art. 11). Implica una profunda modificación de los tradicionales regímenes establecidos en el Código Civil tanto para el dominio como para el sucesorio, pues estas tierras son claramente indivisibles y perennemente colectivas, no pudiendo modificarse cualquiera que fuese el cambio de sus miembros componentes. Por ello, es incomprensible someter a sucesión las tierras donadas a un cacique en su condición de tal pues, en rigor, éste no es dueño a título personal sino en tanto autoridad legítima de su tribu (ej. las tierras de Coliqueo y la sucesión ab intestato

del cacique y adjudicación de parcelas a sus descendientes analizadas por la Corte en el caso “Terrabón” de 1997, F. 320:1571).

4.10.4. *Las “tierras que tradicionalmente ocupan”*: esta fórmula constitucional para atribuir el dominio comunitario indígena es similar a la utilizada por el Convenio OIT N° 169 (art. 14.1.d) y por otras constituciones latinoamericanas. La de Brasil aclara que son las habitadas por los indígenas en forma permanente, utilizadas para sus actividades productivas, imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios a su bienestar y necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones (art. 231.1).

4.10.4.1. Esta categoría constitucional es una articulación espacio-temporal eminentemente antropológica, donde se entrecruzan las específicas formas de ocupación de tierras, absolutamente diversas a las del mundo occidental. Debe entenderse como ocupación inmemorial o ancestral (tan antigua que no se puede precisar con exactitud). Por el hecho de que las culturas indígenas son ágrafas, las pruebas para su determinación deberán ser de todo tipo (ej. registros históricos, evidencias arqueológicas en el lugar, relatos orales de la comunidad en cuestión, nominación indígena de sitios, flora o fauna). Claro que todo lo dicho no excluye a las tierras ya otorgadas en reserva por el Estado (federal o provincial).

4.10.4.2. Esta afectación territorial a los pueblos indígenas debe entenderse en forma gratuita (lo dice expresamente la Constitución chaqueña de 1994). Es una disposición de naturaleza expropiatoria con la peculiaridad de que no prevé reparación alguna para el caso de que las tierras estén en el dominio provincial o privado, a diferencia de la cláusula del artículo 15 CN sobre esclavitud (ver estudio de su ley indemnizatoria en igualdad jurídica). En caso de no mediar indemnización sería una “hipotética confiscación constituyente” (Sagüés, 2) a favor de los indígenas, agregamos nosotros. La Ley 23.302 pretende solucionar el dilema al fijar la vía expropiatoria de tierras de propiedad privada (art. 8°); claro que este régimen –anterior a la reforma de 1994– es para la adjudicación de tierras “aptas y suficientes” (Tít. IV) y no para este reconocimiento *ope constitutionem*.

4.10.4.3. Otra cuestión potencialmente conflictiva de esta cláusula

es la localización, extensión y límites (demarcación) de estas tierras, pues opera sobre un sustrato material ya distribuido, como quedó ilustrado en los citados casos “Guari” de 1929 y “Terrabón” de 1997.

4.10.5. *Derecho al arraigo*: aunque nuestra cláusula no vede expresamente la remoción de los grupos indígenas de sus tierras como lo hace la Constitución brasilera (art. 231.5), la mención a las tierras que tradicionalmente ocupan implica, ante todo, la posibilidad de resistir la migración forzada de su lugar; lo que, a su vez, se refuerza con su inenajenabilidad. Además, el Convenio OIT N° 169 reconoce ampliamente el derecho a no ser trasladados o reubicados (art. 16.1), y sólo por excepción lo permite previo consentimiento (art. 16.2); reconoce el derecho a regresar (art. 16.3), y cuando ello no fuera posible, prevé la entrega de “tierras iguales” o “indemnización en dinero o especie” (art. 16.4).

4.10.6. *La “entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano”*: la palabra “regular” utilizada por el texto constitucional supone que el Congreso dicte reglas que definan las modalidades de la distribución. Claro que estas tierras también deben someterse al régimen de propiedad comunitaria, y el criterio de localización debe estar orientado por las que tradicionalmente ocupaban. Recuérdese que estas tierras no sólo deben servir de sustento sino también “para” la preservación de su identidad étnica, de allí la mención del “desarrollo humano”.

4.10.6.1. Lo de “*aptas y suficientes*” es tomado de la Ley 23.302 (art. 7°), cuya regulación sobre adjudicación de tierras podría funcionar, al menos provisoriamente, como reglamentación constitucional puesto que dispone su entrega gratuita (art. 9°) y que estén “situadas donde habita la comunidad o en zonas próximas” (art. 7°).

4.11. *La “personería jurídica de sus comunidades”*: este reconocimiento constitucional es de carácter instrumental. “No puede hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga personería a las diferentes comunidades indígenas. Ello es lo único que les confiere *status* para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados” (caso “Grupo Étnico Indígena U’wa”, de la Corte Constitucional de Colombia –1997–, analizado más abajo).

4.11.1. Que los pueblos indígenas o comunidades sean personas implica un reenvío al derecho consuetudinario de las propias comunidades para definir tanto su integración como sus autoridades. Esto convierte en inconstitucional lo dispuesto por la Ley 23.302 que exige la inscripción en un registro y que no les reconoce su propia forma de organización a los indígenas, forzándolos a hacerlo alrededor de simples asociaciones sin fines de lucro, imponiendo modelos extraños (arts. 2º/4º).

4.11.2. Al dotarla de personería, se supone que las comunidades indígenas “son partes legítimas para ingresar en juicio en defensa de sus derechos e intereses”, como lo disponen expresamente la Constitución de Brasil (art. 232), el Convenio OIT N° 169 (art. 12) y nuestra Constitución, al menos por vía del amparo colectivo (art. 43, párr. 2º, CN). Por ello es sumamente grave y equivocado que la Corte –a tres años de nuestra reforma constitucional– afirme en un lamentable *obiter dictum* que una tribu es una entidad carente de personalidad jurídica (c. 18 de la mayoría y c. 21 del voto de Vázquez, caso “Terrabón c/Prov. Buenos Aires” –1997–, F. 320:1571), máxime cuando para ello cita el tardío caso “Guari” de 1929 ya analizado, donde se desconoció hasta la existencia jurídica de las comunidades indígenas y se negó personería para estar en juicio, pretextando que no lo fijaba el Código Civil ni la Constitución (c. 8).

4.12. *La participación indígena*: cuando el artículo 75, inciso 17, párrafo 2º asegura a los pueblos indígenas “*su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten*” está consagrando el derecho a participar en la vida económica, social y cultural del país, de acuerdo con sus costumbres y normas estatales.

4.12.1. Al igual que la personería, este derecho étnico está pensado como forma fundamental de efectivizar los anteriores derechos de los pueblos indígenas. De nada serviría reconocer su identidad y sus tierras sin la correlativa participación en la adopción de las decisiones sobre aspectos que a ellos les conciernen. Es una precisión especial para los indígenas del mandato general derivado de la soberanía del pueblo que otorga derecho a todo ciudadano a participar en las decisiones que pueden afectarlo.

4.12.2. Esta participación abarca el derecho a estar informados sobre cualquier acción estatal o privada que directa o indirectamente afecte sus condiciones de existencia. Respecto al ámbito de actuación, es amplio, a juzgar por la genérica fórmula utilizada por la Constitución: “*los demás intereses que los afecten*”: tanto el material como el cultural, especialmente educativo (incluso todo museo o institución que porten objetos ancestrales de los pueblos indígenas). A pesar de la amplitud de este derecho en nuestra Constitución, no va tan lejos como la de Colombia que prevé la representación funcional en el Senado de las comunidades indígenas (art. 171).

4.12.3. El Convenio OIT N° 169 al utilizar la noción de pueblos indígenas o “pueblos interesados” prevé los derechos a la “participación” (art. 2.1), a no contrariar “los deseos expresados libremente” (art. 4.2), a consultarlos cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente (art. 6.1.a). Ante este panorama, deviene totalmente insuficiente que la Ley 23.302 sólo establezca la participación de las comunidades en el Instituto Nacional del Indígena.

4.12.4. La “*gestión referida a sus recursos naturales*”: el posesivo “*sus*” no se refiere a los de su propiedad, pues sobre éstos tienen plenas facultades; entonces, a tenor del artículo 15.1 del Convenio OIT N° 169, debe entenderse como aquellos “existentes en sus tierras”. Ello exige compatibilizar esta cláusula constitucional con otras normas supremas sobre los recursos naturales: el dominio originario de las provincias (art. 124, párr. 2°, CN) y su utilización racional (art. 41, párr. 2°, CN).

4.12.4.1. Aunque la Constitución dice lacónicamente “*gestión*”, es aplicable lo dispuesto por el Convenio OIT N° 169 que incluye el derecho a participar en la utilización, administración y conservación (art. 15.1) y en sus beneficios (“siempre que sea posible”), con más la indemnización por daños en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de minerales o recursos del subsuelo; además, el gobierno debe consultar a los pueblos interesados para ver si perjudica y en qué medida, antes de emprender o autorizar su prospección o explotación (art. 15.2).

4.12.4.2. Si bien ya se destacó que la Constitución colombiana de

1991 contiene normas más protectorias que nuestro artículo 75, inciso 17 CN, en punto a la participación en la explotación de recursos naturales es similar (art. 330 *in fine*). De allí la importancia de analizar una precursora decisión judicial de ese país:

Caso “Grupo Étnico Indígena U’wa” –1997– (L. L. 1999-B-226):

Hechos: en representación de los U’wa, el Defensor del Pueblo colombiano presenta a jueces de Bogotá una acción contra el Ministerio de Medio Ambiente y una empresa extranjera; impugna la licencia para exploraciones petrolíferas (prospección sísmica) y eventual explotación en una zona en la cual se asientan los U’wa por no haber cumplido la exigencia constitucional y legal de la consulta previa de esos indígenas afectados (se hizo una simple reunión con algunos de sus miembros). En esa instancia se recepta la acción: ante el profundo impacto negativo del proyecto petrolero sobre la ecología, cultura y economía de esa comunidad indígena, dijo, “la consulta no está prevista como simple formalismo para mera constancia documental de que las comunidades fueron enteradas”. Esa sentencia es revocada por la Corte de Justicia colombiana y la causa llega a decisión del tribunal constitucional.

Fallo de la Corte Constitucional colombiana: confirma el primer fallo y para efectivizar el derecho constitucional a la participación de la comunidad U’wa ordena se proceda en 30 días a efectuar la consulta respectiva. Para así decidir, señala el carácter de “sujeto colectivo autónomo”, no como simples agregados de sus miembros, con derecho a practicar sus “formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”; que la diversidad cultural –reconocida constitucionalmente por el prejuicio y perjuicio causado a los indígenas del territorio colombiano– guarda relación con la preservación del ambiente y sus recursos naturales, pues las comunidades indígenas son también un recurso natural humano que se estima parte integrante del ambiente, es decir, del patrimonio natural y cultural. De modo que si se cancela y suprime ese “particular modo de ser y de actuar en el mundo” –y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, también se viola la Constitución, pues, dijo, “La prohibición de toda forma de desaparición forzada también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho

fundamental a su integridad étnica, cultural y social". Ese derecho "se garantiza y efectiviza" a través de la participación de la comunidad en esas decisiones.

Comentario al fallo: el órgano supremo de control constitucional colombiano comprendió la íntima vinculación entre lo ambiental y los derechos de los pueblos indígenas subsistentes, aunque en el caso la defensa indígena se canalizó a través de un órgano estatal (el Defensor del Pueblo). Además, el fallo fija límites precisos al Estado-nación para imponer sus concepciones y valores a pueblos preexistentes por parte de un órgano de ese mismo Estado, en especial cuando la ruptura del medio natural no se realiza en beneficio de quienes viven en él (Rojas).

4.13. *Atribuciones concurrentes en materia indígena:* el artículo 75, inciso 17 *in fine* CN fija la concurrencia de los poderes nacional y locales sobre cada una de las materias de la norma constitucional (ver las modalidades de concurrencia analizadas en el capítulo sobre Estado federal). Es el único pasaje que responde a su ubicación en la norma de "atribuciones" del Congreso.

4.13.1. Parece introducir un cambio, pues la anterior norma (ex art. 67, inc. 25) hizo pensar que antes de la reforma de 1994 la competencia era exclusiva del Congreso (Bidart Campos, 1). Sin embargo, desde mucho antes de la reforma varias provincias incluyeron normas sobre la cuestión indígena en sus constituciones (ej. Chaco de 1957: art. 34) y sancionaron sus propias leyes locales. La propia Corte, en el caso "Abdón López" de 1969 (F. 278:169), sentó la tesis de la concurrencia ante el cuestionamiento a la competencia de la Provincia de Santa Cruz sobre la reserva tehuelche "Camusu Aike": el actor, invocando su condición de indígena residente en el lugar, interpone un amparo contra la resolución del Consejo Agrario de esa provincia que unilateralmente desalojó 3.000 ovejas de dicha reserva; rechazado el amparo por el Superior Tribunal santacruceño, López interpone recurso extraordinario sosteniendo la competencia delegada a la Nación en lo que se refiere al trato con los indios (ex art. 67, inc. 15) y además que ella ha sido autoridad concedente de las tierras por decreto del P. E. N. de 1898. La mayoría de la Corte declara improcedente el recurso invocando que esas tierras nacionales fueron transferidas a

Santa Cruz cuando ésta se provincializara y que como dueña puede imponer condiciones sobre el uso del suelo y, por ende, no está en juego la potestad delegada por el ex artículo 67, inciso 15. La disidencia de Risolía, además de las consideraciones ya comentadas y criticadas más arriba, hace lugar al reclamo indígena, reconoce cierta acción concurrente entre la Nación y las provincias pero aclara que siempre que la acción de estas últimas no “suscite conflicto con los poderes nacionales o lesione los derechos y garantías asegurados a todo ciudadano y habitante” (c. 7 y 21).

4.13.2. A pesar del carácter operativo del nuevo inciso único, es conveniente que una nueva ley federal de protección a los pueblos indígenas se sancione a fin de dinamizar el texto supremo. Sin perjuicio de ello, como vimos, el Convenio OIT N° 169, con jerarquía superior a la ley (art. 75, inc. 22, párr. 1° *in fine*, CN) y al derecho provincial (art. 31, CN), ya contiene un importante desarrollo en las materias constitucionalizadas. Empero, en el caso “Frites” de 1995 (F. 318:2513), el ministro Boggiano consideró que el mismo aún debería ser ratificado por el Ejecutivo, luego de aprobado por la Ley 24.071, lo que recién ocurrió el 3 de julio de 2000 (ver en principio de supremacía: incorporación de los tratados al derecho interno).

G) Derechos no enumerados

1. Introducción:

1.1. La norma constitucional que consagra los derechos implícitos (art. 33, CN) no es una remisión a derecho natural alguno, sino una formulación de derecho positivo según la cual, dentro del marco normativo expresado como “*la forma republicana de gobierno*” y la “*soberanía del pueblo*”, los poderes encargados de aplicar la Constitución (los tres poderes según lo tiene resuelto la Corte Suprema) deben optar por las alternativas jurídicas que les propone una realidad social dinámica. En este sentido, la importancia de esta norma constitucional es permanente.

1.2. El artículo 33 de la CN fue incorporado en 1860 y tuvo como fuente la Enmienda IX de la Constitución de los EE. UU. Recordemos que esa Constitución originariamente no contenía declaración de de-

rechos por considerarla superflua al estar reconocidos por los Estados miembros, criterio abandonado al incorporarse las diez primeras enmiendas en 1791 y reforzado por la inclusión de la IX que dice: "La enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o desvirtuar otros retenidos por el pueblo". A diferencia de la fuente, en nuestra cláusula constitucional también se menciona a las "garantías" y a la "soberanía del pueblo" y a la "forma republicana de gobierno", todo lo cual enriquece su posibilidad interpretativa.

1.3. La categoría de los derechos implícitos es dinámica, ha servido y sirve para extender todas las clases de derechos que se analizaron (personalísimos, civiles, políticos, sociales y de incidencia colectiva). Respecto a estos últimos, recordar que la arenga de B. Mitre en la Convención bonaerense de 1860, al postular la incorporación del artículo 33 de la CN, señaló que también se refería a los derechos de la sociedad como "ente moral o colectivo", antecedente de los derechos de incidencia colectiva consagrados por la reforma de 1994.

1.4. La reforma de 1994 al consagrar nuevos derechos y garantías —ya sea en el Capítulo Segundo de la Primera Parte (arts. 36/43) como en otras partes de la Constitución (ej. art. 75, inc. 17 respecto a los pueblos indígenas o art. 75, inc. 19, párr. 3º relativo a la educación)—no ha hecho más que hacer explícito lo que antes se encontraba implícito. Algo similar ocurrió con la reforma de 1957 al incorporar expresamente los derechos sociales en el artículo 14 nuevo CN.

1.5. Asimismo, a partir de 1994 la cláusula que otorga jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) determina que algunos derechos que continúan no enumerados en el texto constitucional sí aparecen numerados en las normas internacionales (ej. derechos de reunión y expresión). De esta forma, aunque el artículo 33 CN se refiere a todos los derechos y garantías no enumerados en la norma suprema interna, podemos distinguir entre los derechos implícitos recién mencionados (que llamamos impropios) y los que siguen sin aparecer en la letra de la Constitución ni en los tratados internacionales con esa misma jerarquía (los que llamamos implícitos propiamente dichos).

1.5.1. A su vez, los tres pactos con jerarquía constitucional utilizan

una técnica similar a nuestro artículo 33 CN para reconocer otros derechos además de los que ellos enumeran explícitamente: artículo 29.c, C. A. D. H.; artículo 5.2, Pactos gemelos de Naciones Unidas.

1.6. De una u otra forma, los derechos implícitos que han sido reconocidos por los órganos jurisdiccionales o que son propuestos por las formulaciones doctrinarias tienen –generalmente– apoyo normativo en otro derecho explícito que lo supone: el de reunión está supuesto en el de asociación, el de información en el de peticionar a las autoridades, el de asilo en el de entrar en el territorio de la República, etcétera.

1.7. A continuación pasaremos revista a algunos supuestos destacados de derechos implícitos en la medida en que aún no hayan sido analizados, ya que algunos de ellos se estudiaron como derechos personalísimos por constituir una clase o categoría autónoma de derechos.

2. Derecho de reunión:

2.1. Es la facultad de congregarse, durante un período limitado de tiempo, que tienen dos o más personas para intercambiar o escuchar opiniones y/o acordar una acción común. Una reunión permanente, sin limitación temporal, se convertiría, de alguna manera, en una asociación. Opera como derecho cívico o como derecho civil según que su finalidad sea política o no; en ambos casos está supuesto en el derecho de asociación (no podría darse una asociación si no hubiera reunión de personas).

2.2. A pesar de que las constituciones locales lo consagran explícitamente, a nivel federal la Corte lo ha considerado como típico derecho implícito desde época temprana (caso “Francioni” –1907–, F. 110:391). A su vez, en el caso “Arjones” de 1941 (F. 191:197) sostuvo que no se concibe cómo podrían ejercerse los derechos de asociación, de enseñar y aprender, de propagar las ideas, de peticionar a las autoridades y de orientar a la opinión pública, sin la libertad de reunión.

2.3. Reconocido expresamente en la Constitución de 1949 (art. 26), ahora lo encontramos en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional como derecho o libertad de reunión pacífica: artículo 20.1, D. U. D. H.; artículo 15, C. A. D. H.; artículo 21, P. I. D. C. P.; artículo 5.d.ix, C. I. E. T. F. D. R., y artículo 15.1, C. D.

N. Se destaca la D. A. D. D. H. al aclarar que la reunión pacífica puede ser “en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole” (art. XXI).

2.4. Las reuniones no pueden prohibirse en razón de las ideas, opiniones o doctrinas de sus promotores. La Corte ha manifestado que es violatorio de la Constitución la prohibición de reuniones cuando su objeto fuera la censura de los actos de los funcionarios públicos, o las aplazara indefinidamente, o limitara su número, o les fijara una duración arbitraria, o las autorizara en lugar apartado cuando se eligió un lugar céntrico (caso “Comité Radical Acción” –1929–, F. 156:81).

2.5. Las reuniones se pueden clasificar en privadas o públicas (Sanguinetti):

2.5.1. *Reuniones privadas*: son las que se realizan en lugares cerrados con la asistencia de personas establecidas con anterioridad (aunque no fuesen individualizadas previamente, por ej. cuando se invita a una institución a enviar un representante, pero debe ser posible controlar la identidad a posteriori). Una reunión realizada en lugar abierto al público se convierte en pública aunque estén invitadas personas determinadas.

2.5.1.1. Cuando se habla de lugar cerrado no se alude a local techado (puede ser al aire libre) sino con límites laterales. Un lugar público de ordinario, que se cierra a los efectos de que se lleve a cabo una reunión, no modifica el carácter privado de la misma, claro está, siempre que se lleve a cabo con personas determinadas o determinables. El excesivo número de concurrentes por invitación a una reunión privada la puede convertir en pública (ej. en un estadio de fútbol).

2.5.1.2. Entendemos que las reuniones privadas no pueden ser reglamentadas. Una reunión privada no requiere autorización ni previo aviso a la autoridad. Sin embargo, la Corte ha sostenido que, aun en el caso de las reuniones privadas, el aviso a la policía es conveniente, porque de la aglomeración de personas pueden resultar perturbados el orden y la tranquilidad públicos; la autoridad policial sólo puede intervenir en ellas con el fin de prevenir la comisión de un delito o cuando sean un foco de perturbaciones para la seguridad, higiene y moral (caso “Comité Radical Acción” recién citado). Ha dicho también que ellas no pueden ser prohibidas si no tienen propósitos subversivos

ni contrarios al orden público; una reunión celebrada con fines de cultura, por una institución, en local cerrado, no es pública, y, por lo tanto, no requiere permiso previo, y declaró inconstitucionales los edictos policiales del 26 de marzo de 1932 y del 12 de septiembre de 1940 (caso “Arjones”, F. 191:197).

2.5.2. *Reuniones públicas*: son aquellas a las que pueden asistir quienes lo deseen (aunque parte de los asistentes hubieran recibido invitación), sea que medie o no propaganda previa, sea gratuito o pago el acceso a ellas, realizadas en la vía pública o fuera de la misma. Como se ve, mientras las reuniones privadas realizadas en lugares públicos adquieren este carácter, las reuniones públicas en locales cerrados conservan su condición.

2.5.2.1. Especies de reuniones públicas:

- a) *Manifestación* (si se efectúa en la vía pública con desplazamiento);
- b) *concentración* (si se efectúa en la vía pública sin desplazamiento);
- c) *marcha* (manifestación de carácter cívico);
- d) *procesión* (manifestación de carácter religioso);
- e) *desfile* (manifestación con fines exhibitorios);
- f) *asamblea* (se efectúa en lugar abierto o cerrado pero con carácter deliberativo para adoptar decisiones);
- g) *espectáculo* (se efectúa en lugar abierto o cerrado para presenciar una representación artística o de otro carácter, sin que los asistentes intervengan en la misma, salvo en forma circunstancial);
- h) *mitin* (forma de designación indistinta que se usaba para concentraciones o asambleas de carácter político).

2.5.2.2. Para realizar las reuniones públicas en lugares cerrados basta con dar aviso a la policía, no para hacer depender de la voluntad discrecional de la autoridad policial la realización o no de este tipo de reunión, sino con el fin de que la autoridad esté en conocimiento de su realización y adopte los recaudos convenientes a la seguridad pública que la índole de la reunión aconseje (casos “Moreno Dono” –1943–, F. 196:644, y “Campaña de defensa de la ley 1420” –1947–,

F. 207:251). En cambio, si la reunión pública se realiza en lugares abiertos (ej. en la vía pública), ella precisa autorización policial; pero si el permiso es denegado cabe recurso ante la justicia. Por excepción, si la reunión pública en lugar cerrado es de pocas personas, no cabe dar el aviso previo, pues de lo contrario se haría ilusorio el derecho de reunión. Por otra parte, las reuniones públicas vinculadas al culto religioso realizadas en el interior de los templos escapan a la policía estatal, salvo que afecten al orden público (Bielsa y Villegas Basavilbaso).

2.6. El tema se completa en el estudio del poder de policía de seguridad en relación al derecho de reunión y en el control de razonabilidad durante el estado de sitio (caso "Sofía" -1959-, F. 243:504), a donde se remite.

3. Derecho de expresión:

3.1. Tradicionalmente denominado como "libertad", es la facultad de exteriorizar a los demás, cualquiera fuera el medio utilizado, ideas, opiniones, pensamientos, informaciones (en todos los casos, de toda índole). Obviamente, supone la faz negativa, esto es, la posibilidad de no expresarse, lo que fulmina cualquier exigencia en sentido contrario. Su alcance y extensión es amplísimo, aunque una de sus modalidades principales es la estudiada dentro del derecho a la información como derecho de los informadores; tanto es así que la C. A. D. H., luego de referirse a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13.1), en los cuatro restantes incisos se ocupa del derecho a la información. Cuando la expresión versa sobre materias políticas, juega como derecho cívico (remitimos a su análisis dentro de los derechos políticos).

3.2. Al igual que el derecho de reunión, tiene plena recepción en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. La D. A. D. D. H. trata este derecho juntamente con la libertad de opinión y de difusión del pensamiento por cualquier medio (art. IV), que en rigor son especies suyas. La D. U. D. H. también lo prevé con la libertad de opinión (art. 19) e incluye la necesaria consecuencia de la faz positiva de la expresión: el no ser molestado a causa de ello; además, su Preámbulo proclama como deseable objetivo que todos los seres humanos "disfruten de la libertad de palabra" (párr. 2º). Por su parte, el P. I. D. C. P. lo recepciona en términos similares a la

anterior (art. 19) y agrega otra de sus especies: la libertad de manifestar las creencias religiosas (art. 18.1). Por último, la C. D. N. extiende la “libertad de opinión” a todos los asuntos que afectan a aquéllos (art. 12.1).

4. Derecho de contratar:

4.1. Consiste tanto en la facultad de elegir la persona con la cual celebrar un acuerdo (cualquiera fuera su objeto) y reglar el contenido del mismo (las prestaciones recíprocas o no, sus modalidades, etc.) como el no celebrar ninguno. No es casual que la Constitución histórica nada dijera sobre la libertad de contratación, a pesar de ser un verdadero presupuesto del liberalismo económico decimonónico, ya que encontraba suficiente protección como derivación necesaria de los derechos civiles de contenido patrimonial consagrados expresamente en el artículo 14 CN: de “*comerciar*” y de “*disponer de su propiedad*”.

4.2. La autonomía privada de la voluntad de los contratantes que, en un plano de igualdad, encontrarían el equilibrio de sus recíprocos intereses nunca tuvo correspondencia alguna con el mundo real donde los oferentes poderosos de bienes, servicios y trabajos imponían las condiciones negociales a la parte más débil. Es que no se trata de abstracciones sino de realidades concretas: de un lado la “libertad de contratar” invocada por la parte dominante; del otro lado, la “libertad contra la opresión” que corresponde a la parte dominada (Oyharte, 2). Por ello, el Estado comenzó a intervenir en pos de su defensa: a veces, por razones de emergencia (ver poder de policía), y otras, con prescindencia de ella (como en materia laboral y comercial).

4.2.1. A nivel constitucional, con la reforma de 1957 y la incorporación del artículo 14 bis, fueron los trabajadores los protegidos en el contrato de trabajo frente a los usos y abusos de sus empleadores, llegando a reconocerles la autonomía de contratación colectiva mediante los convenios colectivos de trabajo. En 1994, con la incorporación del artículo 42 CN, fueron los consumidores y usuarios los protegidos en la relación de consumo frente a los empresarios y proveedores. En ambos casos, se establecen verdaderas limitaciones constitucionales al derecho de contratar de la parte más fuerte (remitimos al estudio de cada uno de estos temas en derechos sociales y de incidencia colectiva, respectivamente).

4.2.2. A nivel infraconstitucional, el Estado ha restringido de diversos modos el derecho de contratar: a) en su contenido, alterándolo una vez celebrado (ej. reducción del precio pactado), o estableciéndolo con anterioridad en forma mínima (ej. en la relación de trabajo) o en su totalidad (ej. relación de servicio público), y b) imponiendo a determinados individuos la celebración de un contrato o abstenerse de hacerlo, en ambos casos aun contra su voluntad. Todos estos aspectos se analizan en poder de policía en épocas de normalidad y de emergencia, a donde remitimos.

4.3. En suma, el derecho de contratar debe preservarse sólo cuando exista en términos reales; en cambio, cuando la realidad desmiente la igualdad de las partes se corre el peligro de que por salvar una libertad ilusoria se consolide el dominio del fuerte sobre el débil.

5. Derecho de asilo político:

5.1. Sin reconocimiento expreso en el texto constitucional, su base es el artículo 33 CN. Es un supuesto especial del derecho a entrar y permanecer en nuestro territorio otorgado al extranjero no habitante que sufre en su país de origen o donde residiese persecución penal por delitos políticos o conexos con éstos (se excluye el amparo por delitos comunes). Por ello, la exacta denominación de este derecho incluye el adjetivo de "político". Al asegurar la entrada y permanencia por todo el tiempo necesario, obtura el extrañamiento (no podrá ser expulsado ni extraditado por esa razón) del extranjero perseguido políticamente sin importar que su ingreso a la jurisdicción argentina haya sido subrepticio o irregular. Según sea el recinto en que se realiza, se distinguen dos tipos de asilo político: territorial (traspasando las fronteras del Estado del cual el extranjero es fugitivo), o diplomático (en las legaciones del Estado asilante).

5.2. Ciertos instrumentos internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) lo receptionan expresamente: en el ámbito americano, como derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos (art. XXVII, D. A. D. D. H., y art. 22.7, C. A. D. H. dentro del derecho a la circulación y residencia), y en el ámbito universal, sólo la Declaración respectiva lo reconoce (art. 14.1), salvo que se trate de actos opuestos a los propósitos y principios de la ONU (art. 14.2).

5.3. Sin jerarquía constitucional pero con prelación sobre las leyes (art. 75, inc. 22, párr. 1º *in fine*, CN) se encuentran varios instrumentos regionales que confirman la larga tradición de que goza el asilo político en nuestro continente signado por las recurrentes interrupciones constitucionales y las consiguientes persecuciones políticas:

5.3.1. El Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional de 1889, firmado por varios Estados latinoamericanos (Argentina —que lo aprueba por Ley 3192 de 1894—, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay), en su Título II regula el asilo (arts. 15/18). El artículo 15 consigna su efecto principal: el “delincuente asilado en el territorio de un Estado no podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición”. El artículo 16, luego de declarar “inviolable” el asilo para los perseguidos por delitos políticos, fija su principal limitación: “la Nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la Nación contra la cual han delinquido”. En tanto que el artículo 17 se ocupa del asilo diplomático (en legaciones o buques de guerra), que posteriormente es regulado en la Convención de La Habana de 1928 y modificado por la Convención de Montevideo de 1933 donde se lo extendió a “campamentos o aeronaves militares” pero sólo para “casos de urgencia” y por “tiempo estrictamente indispensable” para que el asilado salga del país con seguridad.

5.3.2. En el seno de la OEA, se sancionan en 1954 las Convenciones de Caracas: una sobre Asilo Diplomático y la otra sobre Asilo Territorial, que actualizan el contenido de aquellos instrumentos.

5.4. Aunque el asilo es un derecho del fugitivo político, siempre requiere el pedido del interesado y la respectiva concesión estatal, la cual a través del Jefe de Estado (o sus auxiliares o dependientes) se reserva la atribución de considerar si el extranjero se encuentra afectado por razones políticas (en cuyo caso se concede el asilo) o, en cambio, incurso en delitos de carácter común (en cuyo caso el asilo será impropio). Por eso los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional mencionados hablan de derecho a “buscar” asilo. En definitiva, a través de la apreciación política que hace el Estado requerido, se concede o no el asilo, y se mantiene o se revoca el ya concedido. La revisión judicial de la calificación no política hecha

por el Ejecutivo hace del asilo un auténtico derecho; inversamente, cabría admitirse el excepcional contralor judicial de un asilo concedido en forma manifiestamente arbitraria. Sin perjuicio de que en el capítulo de garantías se analiza qué hechos se consideran, en la etapa actual de evolución jurídica, como delitos políticos, desde ya anticipamos que no ostentan esa calidad los delitos de lesa humanidad ni los que atentan contra el sistema democrático.

5.5. Concedido el asilo político territorial, el disfrute de éste supone para el beneficiario un *status* parcialmente diferente del de cualquier extranjero habitante:

5.5.1. Protección de ciertas libertades: en el caso “Zamora” de 1939 (F. 184:116), la Corte dijo que las “limitaciones que condicionan al derecho de asilo internacional [...] no pueden situarse al margen sino dentro de la letra y del espíritu de la Constitución”, de las leyes y de los tratados; “por eso, sin duda, los países sudamericanos [...] no consideran como atentatorias a nuestra amistad y armonía las demasías apasionadas de los emigrados políticos”. En dicho caso, el embajador de Perú había pedido a la Argentina que reprimiera publicaciones de la revista *Claridad* dirigida por el extranjero Antonio Zamora, a las que consideraba ofensivas para su gobierno y susceptibles de alterar las relaciones amistosas entre ambos países; querrellado Zamora, es sobreseído de los delitos de los artículos 219 y 221 CP.

5.5.1.1. La citada Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial reconoce al asilado la libertad de expresión del pensamiento incluso contra el otro Estado o su gobierno (art. VII), de reunión y de asociarse (art. VIII), siempre con la salvedad de que no se utilicen para incitar el empleo de la fuerza o de la violencia contra el gobierno del Estado reclamante.

5.5.2. Severas restricciones: además de la señalada por el artículo 16 del Tratado de Montevideo, la Corte en el caso “Berreta” de 1933 (F. 169:255) sostuvo que no violaba la libertad de residencia y circulación del artículo 14 CN el haber dispuesto la residencia obligatoria en un lugar determinado de la República a ese asilado político uruguayo.

5.5.2.1. Por su parte la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo Territorial admite la posibilidad de que el Estado asilante, a

pedido del otro Estado, proceda “a la vigilancia o la internación”, hasta una distancia prudencial de sus fronteras de asilados políticos que fueren notoriamente dirigentes de un movimiento subversivo (art. IX).

5.6. *Relación con el “status” de refugiado*: la situación del asilado político se conecta (por semejanzas y diferencias) con la de los refugiados. El refugio es un asilo de carácter humanitario mucho más amplio que el primero.

5.6.1. Se entiende por refugiado, según la Convención específica de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados (aprobado por Ley 15.869 de 1961) que goza de jerarquía superior a la ley, cualquier persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o si carece de nacionalidad (apátrida) fuera del país en el cual tenía su residencia habitual por tener temores fundados de ser víctima de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad y opiniones políticas, y no pueda (debido a ese temor) o no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o si carece de ella no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual (art. 1.A.2). Empero, en una visión más amplia, también se considera refugiado cualquiera sea el motivo de la persecución, incluida la falta de trabajo o razones económicas en general.

5.6.2. Diferencias entre el refugiado y el asilado político: aquél queda bajo el amparo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); no requiere persecución penal alguna (basta “fundados temores”) y no se limita a las razones políticas, y su *status* es más favorable, puesto que la Convención citada equipara al refugiado con el tratamiento dado al nacional en algunas materias y, en otras, al extranjero en general.

5.6.3. Similitudes entre el refugiado y el asilado político: ambos gozan del beneficio de la no extradición; la Ley 24.767 de 1996 sobre cooperación internacional en materia penal prevé una especie de rechazo liminar en el inicio del trámite de extradición cuando “la persona requerida poseyera condición de refugiado y el pedido de extradición proviniera del país que motivó el refugio” (art. 20). A su vez, ninguna persona podrá beneficiarse del *status* del refugiado (tampoco del asilado) si existen “motivos fundados” para considerar que ha cometido delitos contra la paz, de guerra o contra la humanidad; graves y co-

munes, y actos contrarios a los fines y principios de Naciones Unidas (art. 1.F, de la Convención citada).

6. Derecho a la participación política a través de mecanismos no previstos:

6.1. Recordamos que la reforma de 1994 al incluir expresamente la iniciativa popular legislativa y la consulta popular (arts. 39/40, CN) concluyó con la vieja polémica acerca de la compatibilidad de estos mecanismos con el sistema representativo (arts. 1º y 22, CN), como se mencionara al abordar los derechos electorales como derechos políticos. Sin embargo, queda pendiente referirse a otras posibilidades de participación ciudadana con base en la “*soberanía del pueblo*” consignada en el artículo 33 CN. Ante la frondosa variedad de mecanismos que no tienen otro límite que la imaginación política (ej. veto popular o revisión popular de sentencias), aquí nos ocupamos sólo de dos de ellos.

6.2. *Consulta popular extraorgánica*: no hay duda de que los ciudadanos pueden presentar un proyecto de ley (conf. art. 39, CN y su ley reglamentaria), cuyo objetivo sea que el Congreso disponga una consulta popular vinculante (art. 40, párr. 1º, CN) o no vinculante (art. 40, párr. 2º, CN). En esos supuestos —que dependen de la decisión favorable del Poder Legislativo—, en definitiva quien convoca es el órgano representativo (forma expresa de participación). Situación distinta es si los ciudadanos pueden promover directamente (sin la mediación del Congreso) una consulta popular, es decir, si el electorado puede autoconvocarse con prescindencia de la voluntad de cualquiera de los órganos políticos representativos (forma implícita de participación, que denominamos extraorgánica).

6.2.1. Si bien el artículo 40 de la CN no la prohíbe, tampoco la habilita expresamente. Pensamos que el artículo 33 de la CN la permite plenamente, máxime cuando en el derecho público provincial se permite una variante de esa posibilidad (ej. Ley 1485 de 1993 de La Pampa que autoriza no sólo a los órganos políticos, sino también a un conjunto de ciudadanos a llamar a consulta popular).

6.3. *Revocatoria popular de mandatos*: es un mecanismo de control popular para exigir responsabilidad política inmediata a los representantes electivos, antes de que concluya el mandato otorgado por tiempo

determinado. Si se observa la facultad de destituir como contracara de la función de elegir, este derecho político no enumerado sería un complemento necesario del sufragio como forma de elección, además de constituir otra forma de decidir (en el caso, la destitución popular).

6.3.1. Sin embargo, tradicionalmente (con muy aisladas excepciones), se ha entendido a la forma representativa como reducida al derecho del pueblo a votar periódicamente, privándolo de la posibilidad de interrumpir o suspender el mandato antes de su conclusión ordinaria; consecuentemente, la responsabilidad política del representante sólo se podría hacer efectiva en la elección sucesiva, es decir, al concluir su mandato, oportunidad en que el electorado no lo volvería a elegir. De esta forma, durante la vigencia del mandato el pueblo es impotente para condicionar la actividad de los representantes; en suma, es un sumiso súbdito de quien elige.

6.3.2. Nosotros pensamos que, en rigor, además de no haber contradicción entre la representación política y la revocación, no concederla es una forma de usurpar los derechos del pueblo. De esta forma, encuentra sólido fundamento en el artículo 33 CN ya que como pocos institutos la revocatoria es funcional a la “*soberanía del pueblo*” allí consagrada. Por su parte, el artículo 22 CN no es óbice para su reconocimiento constitucional, pues sólo postula a la representación como “medio”, sin mencionar siquiera que al pueblo le corresponde la elección. Ello significa que ésta no es excluyente ni agota la participación popular, máxime en el caso de la revocatoria que no niega la representación sino que la supone.

6.3.3. La Constitución no sólo no la niega, sino que no la prohíbe a la hora de ocuparse de los cargos electivos: para presidente y vice guarda silencio, y para los legisladores se enfrenta con el aparente valladar de la facultad de cada Cámara de excluir de su seno a sus miembros (art. 66, CN). Respecto a esto último (cuyo estudio se efectúa en el *status* del legislador en el capítulo del P. L.), pensamos que cada Cámara –incluso por vía reglamentaria– podría autorrestringir su facultad constitucional y establecer mecanismos de consulta al pueblo (con carácter vinculante o no) a fin de ejercer su facultad destitutoria. En ambos casos, entonces, regiría el postulado de que lo no prohibido puede estar permitido.

6.3.4. La posición negatoria de la revocatoria en nuestro derecho constitucional, basada en el argumento de que violaría la forma representativa, haría inconstitucionales aquellas constituciones locales que receptan este instituto (ej. Córdoba, Corrientes, Río Negro, San Juan, Ciudad de Buenos Aires), que precisamente deben respetar la forma representativa republicana (art. 5º, CN).

6.3.5. Respecto a la implementación práctica de la revocatoria se distinguen, al menos, dos momentos sucesivos: primero, la etapa de promoción o apertura por parte de un porcentaje de ciudadanos que invoque razones para la destitución de un funcionario electo (una especie de iniciativa popular de objeto determinado); para luego someter a decisión de todo el cuerpo electoral la continuidad o no del representante objetado.

7. Derecho a la revolución:

7.1. Cerramos la lista de derechos con esta modalidad extrema del derecho de resistencia a la opresión (ver su estudio en principio de estabilidad), que supone el cambio absoluto del sistema político vigente por vías no previstas en el ordenamiento jurídico. Así visualizado, este atípico derecho se vincula, por un lado, con la temática del poder constituyente revolucionario, y, por otro lado, con la problemática del control ideológico sobre los partidos políticos, a cuyos respectivos tratamientos reenviamos.

7.2. Aunque en rigor aparece como una contradicción en sus términos desde el punto de vista jurídico (sólo puede ser considerado desde una perspectiva extrajurídica), lo incluimos como extremo y último recurso de la soberanía del pueblo (art. 33, CN), por aquello de que más allá de lo que disponga la propia Constitución, cuando el pueblo se vea compelido por los hechos a ejercerlo la norma no podrá impedirlo, negarlo o destruirlo.



CAPÍTULO SEGUNDO

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A) Nociones preliminares

1. Aunque las garantías no tengan una única significación, nadie duda de que su función constitucional se encuentra inescindiblemente unida a los derechos que procuran proteger, asegurar, efectivizar. Son los medios o instrumentos, más o menos amplios, que complementan a los derechos, con los cuales deben conformar un todo homogéneo y coherente: el derecho es el protegido y la garantía, la protectora (Lazzarini, 1).

2. Esa inescindible vinculación entre derecho y garantía, sumada al multívoco significado de los términos, determina que –al menos a nivel semántico– la distinción entre ellos no aparezca del todo nítida y frecuentemente se los utilice en forma fungible o intercambiable. La propia jurisprudencia de nuestra Corte federal suele referirse a verdaderos derechos con la voz garantía (ej. dice garantía de la propiedad en lugar de derecho de...) o su inversa (ej. dice derecho de defensa en juicio en lugar de garantía de la...). Asimismo, es obvio que la propia existencia de una garantía (en sentido técnico de medio de protección) supone el “derecho” a utilizarla y, por otro lado, si bien un derecho (en sentido técnico de facultad de o para) siempre es el *prius*, en ciertos casos las garantías no siempre son el *posterius* (ej. en su acepción amplísima donde es presupuesto de todos y cualquier derecho). Parecida situación se observa en el derecho internacional de los derechos humanos, con la peculiaridad de que allí predomina el uso del vocablo “derecho”. Si

tomamos a título de ejemplo la C. A. D. H., vemos que bajo la denominación común de “derechos humanos” y a pesar del título de su Capítulo II de la Parte I (*Derechos civiles y políticos*), en su contenido aparece aisladamente el término garantía (por caso, art. 8º y art. 27.2 *in fine*), y en otros bajo el vocablo “derecho” (por caso, art. 25.1).

3. El señalado paralelismo entre derecho y garantía explica que así como se habla de una periodización o evolución en el reconocimiento de los derechos humanos a través de “generaciones” de ellos (1ª, 2ª, 3ª, etc.), también corresponde señalar correlativos momentos de desarrollo de las garantías. En ese sentido, en la época actual, al comprobarse un renovado y ampliado elenco de herramientas jurídicas que procuran asegurar la tutela efectiva de los derechos humanos frente a la avalancha de nuevos y diferentes problemas, se ha dicho con cierto optimismo que las garantías, aun con sus claroscuros, han entrado en una “nueva edad” caracterizada por “una identidad definitiva: la de su edad madura” (Morello, 3). Esta evolución garantista se observa también dentro de nuestras fronteras constitucionales a partir de la doble constitucionalización de las garantías más significativas operada por la reforma de 1994: a través de sus nuevos contenidos explícitos (ej. art. 43, CN), y a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos que ocupan el mismo peldaño supremo (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) que refuerzan lo ya receptado (lo clásico y lo nuevo) y permiten un desarrollo progresivo de sus contenidos.

4. El término garantía es polisémico. Al menos reconoce cuatro acepciones (Juan F. Linares) que ordenadas gradualmente (de menor a mayor amplitud) son las siguientes:

4.1. *Estrictísima*: comprende sólo las acciones judiciales sumarísimas (amparo, hábeas data y hábeas corpus).

4.2. *Estricta*: además de las anteriores, involucra todas las acciones y procedimientos judiciales protectores de los derechos (excepción de inconstitucionalidad, recurso extraordinario federal y debido proceso legal adjetivo).

4.3. *Amplia*: incluye también las notas típicas de la forma republicana (soberanía del pueblo, división de poderes, independencia del Poder Judicial, electividad y renovación de cargos públicos, igualdad, legalidad).

4.4. *Amplísima*: comprensiva de todas las anteriores incluso alcanzando a la constitución escrita y rígida con su declaración de derechos.

5. El texto de la Constitución histórica no contenía garantías en sentido estrictísimo, las cuales recién se incorporan por la reforma de 1994 en el artículo 43 CN que cierra el nuevo Capítulo Segundo de la Primera Parte denominado *Nuevos derechos y garantías*. En cambio, la Constitución siempre incluyó expresas garantías en sentido estricto en el artículo 18 CN, ubicado luego de la reforma de 1994 dentro del Capítulo Primero de la Primera Parte con la tradicional denominación de *Declaraciones, derechos y garantías*. Respecto a las acepciones amplia y amplísima, siguen encontrando fundamento normativo en forma genérica en todo el texto constitucional, en especial en su parte preceptiva. A su vez, como dijimos, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos jerarquizado por la reforma de 1994, se fortalece lo dispuesto por la Constitución respecto a todas las garantías al reiterar algunas de sus disposiciones y, en otros casos, al extender su alcance o hacer expreso lo que se consideraba incluido implícitamente.

6. Por la naturaleza de los institutos que incluye las distintas acepciones acerca de las “garantías”, nosotros las clasificamos en institucionales (abarca la amplia y amplísima) y procesales (comprende la estrictísima y estricta).

6.1. En cuanto a las institucionales, en este capítulo sólo desarrollamos dos temáticas: la relativa a la igualdad como nota típica de la república que nos permite distinguir la de la monarquía constitucional (las restantes características de la república se analizan al comienzo del capítulo relativo al Estado federal), y la atinente a las bases sustanciales del derecho penal, como nota típica del sistema democrático.

6.2. En cuanto a las procesales, en el presente se termina abordando lo atinente a las garantías procesales en sentido estricto bajo el acápite de debido proceso legal adjetivo; en cambio, las garantías procesales estrictísimas se estudian en procesos constitucionales en el subprincipio de control en tanto se trata de vías que, al defender en forma rápida y expedita los derechos humanos, promueven el control de constitucionalidad.

B) Igualdad

1. Diversas manifestaciones:

1.1. La igualdad no es un dato o cualidad que integre per se la realidad humana. Es una aspiración permanente que consiste en una relación entre sujetos que, descriptivamente, aparece indeterminada, pues en sí misma nada dice entre quiénes y en qué. Por ello, hablar de igualdad supone contestar dos preguntas: entre quiénes y en qué (Bobbio, 2). A veces es el propio constituyente a través de la Constitución quien responde a esos interrogantes; en otras, queda librado a su determinación por los poderes constituidos.

1.2. La necesidad de abordar esta temática en toda su amplitud se percibe al operar en una sociedad francamente desigualitaria en los hechos, lo cual se traduce en que muchos carecen de la posibilidad concreta de gozar de varios derechos constitucionales (recordar el problema de la distinta capacidad de ejercicio mencionada en la introducción al capítulo de los derechos). De lo contrario, volvería a confirmarse la famosa observación de Anatole France: “La ley en su majestuosa igualdad prohíbe a los ricos, tanto como a los pobres, dormir bajo los puentes, mendigar en las calles, y robar pan” (recordado en c. 21 de la disidencia de Petracchi en el caso “CHA” –1991–, F. 314:1531).

1.3. A partir del pensamiento de Bobbio, nosotros reclasificamos las diversas manifestaciones o significados de la igualdad en: formal (igualdad jurídica e igualdad ante la ley) y sustancial (de menor a mayor: igualdad de oportunidades e igualdad fáctica). Ése será el ordenamiento de nuestra exposición temática. La igualdad formal se identifica con el constitucionalismo liberal burgués, en tanto que la igualdad sustancial con el constitucionalismo social. Mientras la primera no procura modificar el statu quo, la segunda sí.

1.4. Si bien el texto histórico de la Constitución sólo hacía referencia explícita a la primera modalidad de la igualdad en forma genérica (arts. 15 y 16) y específica (ej. art. 20), fue la reforma de 1994 la que expresamente incluyó normas de refuerzo que avanzan hacia la igualdad sustancial (ej. art. 75, inc. 23, CN) cuyo reconocimiento es propio del Estado social de Derecho. Por ello, el eje normativo de

esta garantía institucional ya no es tan sólo el básico artículo 16 de la CN como se consideró tradicionalmente.

2. Igualdad jurídica (abolición de la esclavitud):

2.1. *Presupuesto necesario de las demás manifestaciones de la igualdad:* de allí la correcta ubicación en el texto constitucional de la cláusula abolicionista del artículo 15 con antelación a la cláusula de la igualdad ante la ley del artículo 16. Se identifica con la libertad a secas y con la personalidad como lo reconocen los instrumentos internacionales de derechos humanos. De allí la incorrecta ubicación en el texto constitucional del artículo 15 luego de los derechos civiles del artículo 14. La abolición constitucional de la esclavitud es la lógica consecuencia del reconocimiento de que un Estado de Derecho funciona sólo con hombres libres (personas sujetos de derechos, con capacidad jurídica), en oposición al esclavo (sometido al dominio absoluto del amo y degradado a la condición de cosa semoviente o bestia).

2.2. *Pasado y presente:* al sancionarse la Constitución de 1853 aún pervivían en nuestro país manifestaciones del sistema de esclavitud “moderna” restablecido en parte del mundo a partir de la revolución mercantil europea (siglos XV y XVI) a fin de reclutar y explotar, por la violencia, fuerza de trabajo gratuita, especialmente de negros africanos, a quienes se despojaba de toda personalidad y voluntad propia para implantarlos en aquellas tierras conquistadas donde ya no había suficientes indígenas sometidos o por someter. En los albores de la conquista americana, el padre De las Casas, mientras defendía infructuosamente al indio del exterminio, proponía la importación de negros de África, sin el menor cuestionamiento (H. Clementi). Así, con el problema indígena como trasfondo, la emancipación de los esclavos en Argentina como en el resto de América Latina significó la desaparición definitiva de la organización colonial.

2.2.1. Sin embargo, esta trágica temática nunca fue un mero pasado ya superado plenamente, ni aquí ni allá: en la vieja Europa, de hecho, los obreros sufrían claras condiciones esclavistas bajo la Revolución Industrial, y entre nosotros –¡en pleno siglo XX!– basta recordar la situación de nuestros indígenas reclutados para la zafra de los ingenios salto-jujeños (ver derechos de los pueblos indígenas). Incluso, aunque hoy en día es obvio que la esclavitud ya no es justificada por

nadie, esta problemática continúa teniendo valor actual ante la supervivencia de variadas formas de servidumbre.

2.3. Reconocimiento en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos:

2.3.1. Aquellos que a partir de la reforma de 1994 gozan de rango constitucional utilizan dos fórmulas que se complementan recíprocamente:

2.3.1.1. La primera es formular una contundente prohibición garantista, según el modelo perfilado por la D. U. D. H.: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas” (art. 4º); seguida por la C. A. D. H. (art. 6º, que incluye en la prohibición también a la trata de mujeres y al trabajo forzado) al igual que el P. I. D. C. P. (art. 8º).

2.3.1.2. En sentido complementario, la otra fórmula es consagrar el derecho al reconocimiento a su personalidad jurídica (art. 6º, D. U. D. H.; art. 3º, C. A. D. H., y art. 16, P. I. D. C. P.); en igual sentido pero con diferente terminología, la D. A. D. D. H.: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales” (art. XVII).

2.3.2. También se ocupan del tema de la esclavitud otros instrumentos internacionales con rango subconstitucional pero supralegal:

2.3.2.1. La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud adoptada en Ginebra en 1956 (aprobada por el art. 8º, ley de facto 7672/63): complementa el pionero Convenio de 1926, define la “esclavitud”, la “condición servil” y la “trata de esclavos” (Sec. 4), enumera algunos supuestos análogos: servidumbre por deudas, servicio de la gleba, compraventa o cesión forzada de mujeres con propósitos de matrimonio, explotación del trabajo de la niñez (Sec. 1) y la “trata de blancas” (Sec. 3), y obliga a los Estados partes a reprimir el tráfico de esclavos, para lo cual deben fiscalizar buques y aeronaves y vigilar puertos, costas y aeropuertos (Sec. 2).

2.3.2.2. El Convenio para la Represión de la Trata de Personas y

de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949 (aprobado por ley de facto 11.925/57): sienta las bases del combate de la trata internacional de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución, en particular de mujeres y niños.

2.3.2.3. El Convenio OIT N° 105 de 1957 relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso (aprobado por Ley 14.932 de 1959): su fin es evitar que esas prácticas puedan dar lugar a condiciones análogas a la esclavitud.

2.4. *Proceso de descosificación en nuestro país*: para juzgar la trascendencia de nuestra cláusula abolicionista del artículo 15 CN basta reseñar los lentos y difíciles prolegómenos patrios de la emancipación de los esclavos desde la lucha por la independencia hasta la total extinción del sistema esclavista. En forma parecida al resto de Latinoamérica, nuestro país siguió el camino de abolición gradual, sin cambios bruscos, hasta empezar a completar la manumisión compensada en 1853 con el original artículo 15, el cual, sin su parte final, fue propuesto por la Comisión Redactora de la Convención de 1853. Semejante prolongación se explica, en parte, por los prejuicios raciales y por razones económicas (escasez de mano de obra gratuita) ya que los esclavos en la Argentina preconstituyente se empleaban en tareas domésticas en casas de familia, en industrias artesanales urbanas o como peones de estancias (Lynch).

2.4.1. *Primera etapa*: a dos años de la Revolución de Mayo, el Triunvirato inicia el ciclo al decretar la prohibición de la introducción de esclavos en las Provincias Unidas. Se pretendía reducir la fuente de obtención de esclavos. Por su parte, la Asamblea del año XIII, que había considerado a los indios “hombres perfectamente libres”, no llega a tanto respecto a los negros esclavos ya que mantiene el imperdonable régimen esclavista a pesar de las moderadas medidas que dispone:

2.4.1.1. El 2 de febrero de 1813: la llamada “libertad de vientres” de los que nacieran con posterioridad a ese 31 de enero, pero los esclavos ya nacidos permanecían en esa odiosa condición. Hasta ese momento, el hijo seguía la condición de la madre en cuanto a la libertad o servidumbre, de modo tal que el “dueño” de la madre esclava lo era también de su hijo “así como el dueño de la oveja lo es igualmente del cordero” (Escriche).

2.4.1.2. Esa parcial liberación tuvo otra exasperante limitación: el reglamento de los “libertos” (6-3-1813) fija una paulatina manumisión para los niños por nacer, pues si bien se los había declarado “libres” desde su nacimiento pasaban a una prolongada situación de “libertos” al deber permanecer en casa de sus patronos y obligados a prestarles servicios hasta los 20 años, y las libertas hasta los 16 (hasta los 15 y 14 años, gratuitamente, y los restantes \$ 1 por cada mes de servicio). Los patronos no sólo no pagaron ese sueldo mensual sino que vendían los años que les quedaban hasta la emancipación (Masini).

2.4.1.3. Para colmo, una necesaria medida adoptada al día siguiente de la liberación de vientres es poco después rectificada: luego de disponer que “todos los esclavos de países extranjeros que de cualquier modo se introduzcan desde este día quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas”, en 1814 la propia Asamblea revisa este contenido por las reclamaciones brasileras por probables fugas de esclavos, y aclaró que sólo regía la libertad otorgada para los introducidos desde el extranjero por vía de venta o comercio, no debiendo extenderse a los tráfugas procedentes del exterior ni a los individuos introducidos por los viajeros en calidad de sirvientes. En este sentido, mucho más tarde, por decreto de Rosas del 15 de octubre de 1831 se permitió la venta de esclavos importados por extranjeros como sirvientes “para hacer sentir a los desgraciados hijos de África los beneficios de la civilización”.

2.4.2. *Segunda etapa:* se procura abolir la trata (tráfico de negros esclavos) por vía de tratados entre el gobierno de Buenos Aires y Gran Bretaña, quien desde tiempo atrás (en 1807) había suprimido la trata en sus dominios ultramarinos luego de haber sido la proveedora universal de esclavos en todo el mundo colonial, circunstancia histórica que permite “comprender” las cláusulas de sendos acuerdos:

2.4.2.1. El Tratado sobre Amistad, Comercio y Navegación (2-2-1825) incluye una increíble cláusula (art. 14): “Deseando su Magestad Británica anciosamente la abolición total del comercio de Esclavos, las Provincias Unidas del Río de la Plata obligan a cooperar con S. M. B. al cumplimiento de obra tan benéfica, y á prohibir á todas las personas recidentes en las dichas Provincias Unidas, ó sugetas á su jurisdicción del modo mas eficaz, y por las leyes mas solemnes, de

tomar parte alguna en dicho tráfico” (sic, Actas reservadas del Congreso Gral. Constituyente: 1824-27).

2.4.2.2. Tiempo después, ante cierta inoperancia de ese instrumento y en pleno bloqueo francés de Buenos Aires, el gobierno de Rosas (24-5-1839) firma otro tratado con Gran Bretaña que extensamente tendía a la total y absoluta abolición del tráfico de esclavos (en la Confederación Argentina), en el que se preveían procedimientos de captura de buques negreros, tribunales mixtos, no se fijaba indemnización por pérdida o perjuicio derivados de la detención de esos buques (art. 9º), en tanto que los negros que se hallen a bordo “serán de allí adelante considerados libres” (art. 11).

2.4.3. Los experimentos constitucionales anteriores a 1853 no retrocedieron pero tampoco avanzaron: el de 1819 (art. CXXIX) declara abolido “el tráfico de esclavos” (en esto se anticipa al Tratado de 1825), y prohíbe “para siempre su introducción en el territorio del Estado” (confirma lo de 1812); en tanto que el de 1826 (art. 181) “ratifica” los pasos precedentes: “ley de libertad de vientres, y las que prohíben el tráfico de esclavos, y su introducción en el país”.

2.4.4. *Tercera etapa*: si bien la Constitución de 1853 clausura el ciclo al abolir la esclavitud en su artículo 15, el proceso recién se completa definitivamente en 1860 con el agregado final a la norma con un texto similar a la breve medida de la Asamblea del año XIII y, sobre todo, con la incorporación de Buenos Aires. En las restantes trece provincias ya se había abolido al jurar la Constitución del '53, pero no en la Provincia de Buenos Aires donde su Constitución de 1854 sólo ratificó “las leyes de libertad de vientres y las que prohíben el tráfico” (art. 159). Como veremos, la culminación del largo y gradual proceso de manumisión sólo se alcanza mediante la promesa constitucional de indemnización a los hasta ese momento “amos” (verdaderos propietarios), con el agregado de las cláusulas destinadas a evitar que nunca más haya esclavos: por compra (art. 15, parte 2ª) o por ingreso a nuestro país (art. 15 *in fine*). Mucho más tarde, la reforma de 1949 (art. 27) sólo mantuvo la fórmula inicial del sobreviviente artículo 15 de la CN (“no hay esclavos”) y, para evitar cualquier equívoco, el final agregado en 1860, eliminando las cláusulas sobre manumisión, la indemnización y crimen de compra y venta de personas.

2.5. *La declaración constitucional abolicionista*: la enfática negación en tiempo presente del comienzo del artículo 15 (“*no hay esclavos*”), en contra de su desnudo significado literal, es la categórica fórmula utilizada para abolir finalmente la esclavitud y sus perversas variantes. Es obvio que se trata de una típica declaración jurídica y no de una constatación fáctica, puesto que en esa época había esclavos en nuestro territorio, como lo admite la propia norma a continuación (“*los pocos que hoy existen*”). Aunque los registros oficiales eran incompletos, es cierto que su número ya había declinado muchísimo en la época independiente (Masini).

2.5.1. Esa especial prohibición constitucional se completa con una manumisión general y obligatoria que el constituyente procuró dotar de cierta solemnidad al ordenar su vigencia “*desde la jura de esta Constitución*” (típica disposición transitoria en el texto permanente supremo). Así, el día de ese acto (el 9-9-1853) se pone fin al régimen esclavista. Los esclavos que quedaban entraban de lleno en la categoría de hombre libre sin pasar por la humillante condición de “liberto” como aconteció con los manumitidos por la libertad de vientres en 1813; por cierto que también los libertos pasan a gozar de igual libertad. Lamentablemente, esa sana decisión constituyente se opaca con la cláusula transitoria de neto corte compensatorio que se ve más abajo.

2.5.2. En la materia, la Argentina superó notablemente a su modelo organizacional de los EE. UU. que recién en 1865, con la Enmienda XIII, dispone la abolición, luego de la cruenta guerra civil. A pesar de esa ventaja comparativa, lamentablemente nuestra Constitución de 1853 no terminó de clausurar completamente la abolición de la esclavitud:

2.5.2.1. Los negros, jurídicamente libres, pasaron de hecho a ocupar invariablemente los puestos de trabajo más bajos en la sociedad.

2.5.2.2. Recién en 1860, con la introducción de la última parte del artículo 15, se descarta cualquier interpretación restrictiva y se invalidan los tratados de extradición que el país tenía firmados con Brasil (en 1857) o que pudiera firmar en el futuro.

2.5.2.3. Además, si bien en 1853/60 se abolió definitivamente la esclavitud en Argentina, se instauró (o mejor dicho, se continuó) otra arma de destrucción étnica que –por otros medios– también pretendió

homogeneizar y uniformar nuestra sociedad en perjuicio de los indígenas (recordar el ex inc. 15, art. 67, analizado en derechos de los pueblos indígenas). Desde este punto de vista, hubo que esperar hasta la reforma de 1994 para que se pueda decir que, al menos a nivel normativo supremo, se ha terminado con todo tipo de servidumbre que pudiese existir en el país.

2.6. *La ley de indemnizaciones*: la solemne declaración abolicionista (incluida su genérica manumisión) pierde todo su brillo humanitario cuando morigerara su ejecución al agregar: “y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”. Como se observa, no se indica a quién ni qué debía indemnizar el Estado.

2.6.1. Ante esa ambigua redacción, bien se pudo pensar que se debía reparar a los ex esclavos (ej. ofreciéndoles trabajo como asalariados, casa, tierra, muebles, ropa, dinero) como forma de compensación por haber sido sometidos a tan desdolorosa condición. Sin embargo, la lectura histórica (la única que debe contar en esta materia, pues se trata de interpretar una cláusula eminentemente transitoria) es bien distinta y lamentablemente no ofrece duda alguna de que es un resabio de la lógica del negrero (pagar al amo por la pérdida de la mercancía humana o del trabajo gratuito), tan propia del denominado “liberalismo de posesión” (Kriele).

2.6.1.1. Ese aberrante método para compensar la abolición de la esclavitud no fue original del artículo 15 CN: dos décadas antes (en 1833), cuando el Parlamento británico abolió la esclavitud a lo largo de todo el Imperio y en las Indias Occidentales británicas, el gobierno de Su Majestad pagó a los esclavistas dos libras por cada esclavo dejado en libertad (Marx, 2).

2.6.1.2. En suma, al consagrar una suerte de “compra forzosa” del Estado de todos los esclavos declarados libres, esta cláusula transitoria viene a reconocer la responsabilidad del Estado en forma tan temprana como desafortunada.

2.6.2. La mentada “ley especial” para el pago de indemnizaciones nunca fue dictada, empero se conoce que la Nación cumplió ese compromiso como deuda pública provincial –al menos– en la Provincia de Mendoza (Masini). En efecto, el gobierno mendocino (decreto de abolición del 26-7-1853) mandó “justipreciar con toda la equidad [...]”

a los esclavos y libertos, a fin de hacer efectivas las indemnizaciones” (art. 3º), debiendo “los amos y patronos [...] hacer anotar sus derechos o acciones en término de sesenta días desde la fecha, pasado el cual no tendrán lugar a reclamo” (art. 4º). Dos meses después, una comisión confeccionó tasaciones de 28 esclavos y 47 libertos por sus nombres, el de sus amos y el precio en que fueron “avaluados”, por un total de \$ 2.528, y un nuevo decreto provincial del 6 de junio de 1854 reconoce a esos amos o patronos locales la “letra o vale” de semejante deuda contra el Tesoro Nacional.

2.6.3. A un lado el merecido y patético repudio histórico de esta cláusula indemnizatoria, su permanencia en el texto constitucional en materia de esclavitud contrasta positivamente con el silencio indemnizatorio guardado por la nueva cláusula del artículo 75, inciso 17, párrafo 2º respecto al reconocimiento y entrega de “tierras” a los pueblos indígenas argentinos. Y mutatis mutandis repercute sobre el valor interpretativo que debe dársele a ese silencio normativo.

2.7. *La esclavitud como delito de lesa humanidad*: abolido el atroz sistema esclavista, su violación no se limita a vulnerar la dignidad de la persona como cualquier transgresión a los derechos humanos. En rigor, implica una situación de violación en conjunto del sistema de los derechos humanos. Así, junto con la piratería, estos ilícitos conforman los primeros supuestos que en el ámbito internacional se conocen como delitos *iuris gentium* o de lesa humanidad (ver su análisis en bases sustanciales del derecho penal), por ofender “los derechos de la humanidad y la conducta uniforme de las naciones cultas” (como dijo nuestro Triunvirato en 1812), “siendo tan desdoloroso como ultrajante a la humanidad” (según calificación de la Asamblea del año XIII), e “infame y pirático” (según el Tratado con Gran Bretaña de 1839 referido al tráfico de esclavos).

2.7.1. Ante ese verbalizado rechazo histórico, no sorprende que los constituyentes de 1853 completaran la solemne declaración del artículo 15 con un mandato dirigido al Congreso de fijar una pena para el hecho que describe como “*crimen*”. El artículo 15, parte 2ª tipifica el “*contrato de compra y venta de personas*”, seguramente ante el temor de que continuara funcionando un tráfico ilegal de esclavos en el interior y desde el exterior. Además, recordar que esta

cláusula es originaria de 1853, cuando aún no se había incluido la parte final sobre la introducción desde el exterior. Entonces, por esa época pudo parecer necesaria la figura de la compra y venta sin especificar si se cometía dentro o fuera del país, pues de lo contrario podrían quedar impunes los sujetos que ejercieran ese comercio en aquellos lugares que aún no habían abolido la esclavitud (ej. Brasil).

2.7.2. Análisis del tipo penal constitucionalizado de la “*compra y venta de personas*”:

2.7.2.1. Se precisan como sujetos activos a quienes lo “*celebrasen*”, y al “*escribano o funcionario que lo autorice*”. Es claro que a pesar del silencio también sería “responsable” penal todo aquel que sin reunir esas calidades autorales, participe de una u otra manera (por ej. quien se aproveche del trato) incluso al margen de la trata (por ej. quien mantuviera a otro en servidumbre).

2.7.2.2. Al no indicarse el sujeto pasivo, es obvio que la víctima de la trata sería cualquier persona sin distinción (ya sometida a servidumbre o aún no).

2.7.2.3. El “*crimen*” se consuma con la mera celebración o la autorización, es decir que sería un delito instantáneo, sin esperar a la prolongación o permanencia que supone la situación de esclavitud.

2.7.2.4. Ya en aquella época el “*contrato*” no era el único ni el más probable medio empleado para reducir a una persona a esclavitud. Además, como en cualquier hipótesis el delito necesariamente implica el uso de violencia en cualquiera de sus formas para conseguir el ilícito objetivo de someter a una persona a servidumbre o a cualquier condición análoga, en sentido amplio lo que el artículo 15 CN califica de “*crimen*” es la esclavitud.

2.7.3. El Código Penal nunca recibió textualmente la figura penal contenida en el artículo 15, parte 2ª CN: el capítulo de delitos contra la libertad individual comienza (art. 140) con la figura que castiga la reducción a esclavitud y el mantenimiento en ella, aun cuando utiliza el término “servidumbre” u “otra condición análoga” sin decir nada respecto a los medios empleados para ello (art. 140). Es una forma de privación de la libertad distinta y más agravada que la mera lesión a la libertad ambulatoria. Por ello Soler prefería designar a la figura

del artículo 140 con el viejo nombre romano de “plagio”, ya que lo definitorio es someter a alguien a la voluntad de otro, rebajarlo a la condición de cosa, y no la situación de encerramiento.

3. Igualdad ante la ley y la no discriminación:

3.1. *Origen y alcance:* ante todo, resaltamos el valor polémico (Bobbio, 2) de esta formulación constitucional de la igualdad, no tanto por lo que afirma sino por lo que niega. Así como lo opuesto de la igualdad jurídica es la sociedad esclavista donde no todos son personas jurídicas, lo opuesto de la igualdad ante la ley es la sociedad estamental donde si bien todos son sujetos de derecho no todos son iguales en derechos (en todos los derechos). De esta forma se comprende mejor que el artículo 16 de la CN comience diciendo que no se admiten “*prerrogativas de sangre, ni de nacimiento*” y que no hay “*fueros personales ni títulos de nobleza*”, lo cual funciona como una aclaración que hace que aquel significado polémico deje de ser tácito para hacerse expreso. En suma, las especificaciones de contenido preceden, en el artículo 16, a la regla general de la igualdad ante la ley, quizá para destacar que ésta supone –ante todo– que no hay categorías o estamentos jurídicos en la sociedad argentina.

3.1.1. Además de esa función histórica del concepto de igualdad ante la ley, implica necesariamente la abolición de toda distinción arbitraria o injustificada tanto en su faz negativa (evitar persecuciones) como en su faz positiva (evitar favoritismos). Es claro que se trata de una fórmula genérica que encierra múltiples cuestiones relativas a su alcance, posibilidad de admitir distinciones y, en su caso, cuáles y qué criterios permiten efectuarlas.

3.1.2. En ambos aspectos, la igualdad ante la ley es fiel exponente de la igualdad formal, en tanto nada dice sobre las desigualdades reales. Entre nuestros antecedentes patrios, las Constituciones de 1819 (art. CX) y 1826 (art. 160) llevaron hasta las últimas consecuencias la descripción de esta noción: “Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva, o tuitiva, debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos”. Aquí se percibe toda la trascendencia y la limitación de este aspecto de la igualdad. Funciona en el plano jurídico-formal, mas no se refiere a las condiciones reales

y efectivas de existencia de cada hombre. Se trata de equiparar las personas sin importar que sean ricos o pobres, mujeres u hombres, adultos o niños, indígenas o no, amigos o enemigos; en suma: “poderosos” o “miserables” en tanto comprensiva de cualquier manera en que las personas se encuentran desiguales en los hechos.

3.2. *Reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos*: la base normativa del artículo 16 de la CN se ha ampliado con la reforma de 1994 al dotar de jerarquía constitucional a varios de aquellos instrumentos, pues además de reiterar la fórmula clásica (todos son iguales ante la ley) le añaden su complemento necesario (“a igual protección de la ley”) y la explícita y genérica prohibición de distinciones o discriminaciones arbitrarias: artículo 2º D. A. D. D. H.; artículo 7º, parte 1ª D. U. D. H.; artículo 24 C. A. D. H. y artículo 26, parte 1ª del P. I. D. C. P., sin perjuicio de que estos instrumentos completan esta temática al establecer por separado cláusulas especialmente antidiscriminatorias. A su vez, las dos Declaraciones con jerarquía constitucional (Preámbulo de la Americana y art. 1º de la Universal) aceptan solemnemente la célebre máxima sobre la igualdad formal ya formulada por las declaraciones del siglo XVIII, contestando a las dos preguntas básicas sobre el alcance de la igualdad: al interrogante de igualdad entre quiénes, responden: a “todos los seres humanos” o “todos los hombres”, en tanto que a la pregunta igualdad en qué, contestan: “en dignidad y derechos”. De esta forma, se da un contenido más preciso al genérico concepto de igualdad ante la ley.

3.2.1. La prohibición de discriminación como complemento y derivación de la igualdad ante la ley ha cobrado tal envergadura en el firmamento jurídico contemporáneo (especial desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos) que merece un análisis por separado como lo hacemos más adelante.

3.3. *Sujetos activos y pasivos*: el artículo 16 CN no ofrece dudas sobre quiénes son los beneficiarios de la igualdad ante la ley, al decir “*Todos los habitantes*”. Como la igualdad ante la ley opera frente al Estado, éste no la puede invocar contra los particulares (caso “Cía. de Electricidad de los Andes” –1945–, F. 202:230).

3.3.1. En cambio, respecto a quiénes obliga se hace necesario aclarar que más allá de la literalidad de la norma, la expresión “*ante la*

ley” no debe entenderse sólo en sentido estricto (referida a que los jueces deben actuar con imparcialidad al aplicar la ley), sino como comprensiva de la igualdad “en la ley” o como dicen los instrumentos internacionales de derechos humanos “a igual protección de la ley” (entendiendo por “ley” tanto la norma jurídica emanada del Congreso como de los otros órganos). Va de suyo que además de los órganos estatales también los particulares deben respetar la garantía de la igualdad, de modo que tampoco ellos pueden efectuar discriminaciones arbitrarias (ej. despidos laborales afectando a unos obreros y beneficiando a otros, o selección de personal realizada con criterio de discriminación racial). Entonces, cualquiera sea el sujeto que provoque la discriminación, afecta esta garantía.

3.3.2. Despejado lo anterior, cabe plantearse quién puede objetar una desigualdad de trato con base en la garantía de la igualdad ante la ley. Es claro que sólo sus beneficiarios pueden invocarla. Empero, nuestra Corte Suprema tiene dicho que no cualquier persona puede plantear ante la justicia una supuesta desigualdad con invocación del artículo 16 CN.

3.3.2.1. Caso “Gazzolo y Cía.” –1947– (F. 208:71):

Hechos: un juez municipal de faltas de la ciudad de Buenos Aires multó al propietario de la *boite* “Picadilly” por comprobar que permitía la permanencia de mujeres solas a la madrugada en contravención de una ordenanza municipal de la época. Contra ese pronunciamiento, el dueño del local interpone recurso extraordinario ante la Corte argumentando que se violaban los derechos de las mujeres y la igualdad ante la ley (art. 16, CN) al prohibir el acceso solitario de mujeres cuando se lo permitía si lo hacían acompañadas por personas del sexo opuesto.

Sentencia de la Corte: con su reciente integración y única permanencia de T. Casares luego del juicio político a sus anteriores miembros, rechaza el recurso puesto que la violación a la igualdad ante la ley sólo puede ser alegada por quien se considere víctima de ella y nunca por el dueño del negocio, descartando que la desigualdad aludida perjudicara su explotación comercial.

Comentario al fallo: no obstante que, a primera vista, la doctrina sentada por el Alto Tribunal es correcta, advertimos que arriba a un

disvalioso resultado al dejar incólume la manifiesta arbitrariedad de la citada ordenanza (recordar el enfoque consecuencialista analizado en interpretación constitucional), máxime cuando en el caso pudo, en servicio de la justicia, echar mano de la figura del afectado reflejo para ocuparse del fondo del asunto y declarar inconstitucional la norma cuestionada.

3.3.2.2. Por nuestra parte, sostenemos que como toda desigualdad hiere el sentido de justicia de una sociedad, todo aquel que sufre –al menos en alguna medida– la discriminación está legitimado para ello, es decir, el afectado (directo, indirecto o reflejo). En consonancia con ello, la reforma de 1994, por vía de amparo colectivo (art. 43, párr. 2º, CN), legitima al afectado y además al Defensor del Pueblo y a las asociaciones con fines específicos. Respecto a estas últimas, un claro ejemplo lo constituye una agrupación que brega por que la homosexualidad no sea motivo de discriminación (problemática analizada en el caso “CHA” de 1991 estudiado en poder de policía de la moralidad) que afecte tanto a una persona en particular como a un grupo en general.

3.3.3. Una vez aclarado lo atinente a quién puede plantear en juicio una desigualdad, todavía resta precisar a quién y cómo corresponde probarla. Esta cuestión tiene honda relevancia atento a la dificultad que frecuentemente ostenta quien invoca ciertas desigualdades (ej. trato discriminatorio) ante la realidad de que quien discrimina nunca se inclina a admitirlo. Para esta temática remitimos a lo dicho más adelante acerca de despidos discriminatorios.

3.4. *Contenido de la igualdad ante la ley*: dada la noción y sentido de igualdad ante la ley, corresponde clarificar su sustancia. Es lo que se conoce como “regla de igualdad”: “se debe tratar a los iguales de igual modo y a los desiguales de modo desigual” (Bobbio, 2). Por sí sola esta regla es vacía ya que nada señala sobre la justicia o no del tratamiento, simplemente proclama formalmente el igual trato, todo lo cual está histórica e ideológicamente condicionado. Es decir que esta regla supone que, por anticipado, se haya determinado el criterio para discernir quiénes son equiparables y quiénes no, y qué situaciones son equivalentes y cuáles no.

3.4.1. Si la igualdad ante la ley implica diferenciar a los diferentes,

entonces es constitucional que la ley realice clasificaciones o categorizaciones para atender en forma diferente a los miembros de cada clase, siempre que no se incurra en diferenciaciones arbitrarias, carentes de fundamento suficiente. Para ello, se necesita analizar dos elementos: el factor de discriminación elegido y la correlación con el tratamiento desigual (lo que se identifica con el subprincipio de razonabilidad), puesto que no basta aducir cualquier razón para que un distinto tratamiento sea justificado.

3.4.2. La regla de igualdad ha sido utilizada por la Corte Suprema en forma monocrorde a lo largo de su jurisprudencia de distintas épocas; a partir de sus primeros pronunciamientos la Corte ha interpretado esta garantía: en el caso “Olivar” –1875– (F. 16:118), con firma de J. B. Gorostiaga, se puede leer que “consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se concede a otros en iguales circunstancias”, de modo que nunca se la entendió en forma absoluta o rígida, ya que la ley debe ser igual en igualdad de circunstancias (F. 200:424), pero existiendo diversas circunstancias, la ley debe realizar la igualdad dentro de cada categoría, grupo o clasificación que le corresponda, evitando distinciones arbitrarias, inspiradas en propósitos manifiestos de hostilidad contra determinadas clases o personas (F. 115:111). Así, el mero hecho de clasificar no es bastante para sostener que la ley no ha violado el artículo 16 CN, sino que debe demostrar que ello se ha basado en alguna diferencia razonable (F. 138:313). En un desarrollo de lo anterior, la Corte siempre ha dicho que pueden establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se acuerda a otros en igualdad de condiciones o circunstancias (F. 198:112). Asimismo, en forma reiterada la Corte enseña que la garantía constitucional de la igualdad no impide que se efectúen diferencias normativas para supuestos que se estimen diferentes; tales distinciones son valederas en tanto no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósito de injusta persecución o indebido beneficio de personas o grupos de personas; sí se exige que exista una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable (entre tantos: F. 298:286; 299:146 y 181; 300:1049 y 1087; 301:1185; 302:192 y 457; 311:970).

3.4.3. En suma, lo que se quiere evitar con la garantía de igualdad

ante la ley es la desigualdad arbitraria, injusta o irrazonable, lo cual supone que existen desigualdades legales justas y necesarias, dirigidas a contemplar las desigualdades reales y a compensar y a evitar la injusticia del trato igualitario: no es justo que sufran los mismos impuestos patrimonios diferentes, ni que deban prestar los mismos servicios aptitudes físicas disímiles. Si bien profundizamos este tema al abordar la no discriminación, es preciso alertar que el claro significado de la regla de igualdad es sumamente controversial en sus aplicaciones concretas, pues depende de los criterios subjetivos de los operadores jurídicos. Un emblemático caso de las distintas concepciones acerca de si existe o no la “injusta persecución” vedada por el artículo 16 de la Ley Fundamental lo constituye el caso “CHA” –1991– (F. 314:1531) a través de los diversos votos de los ministros de la Corte Suprema (ver su análisis en poder de policía de la moralidad).

3.5. *Fallos contradictorios*: la Corte ha cambiado de posición respecto a si queda o no vulnerado el principio de igualdad ante la ley cuando existen fallos contradictorios en situaciones semejantes: en 1953, en el caso “Goeschy” (F. 227:413), consideró que la jurisprudencia contradictoria afectaba al artículo 16 CN; en cambio, en 1955, en el caso “Rovegno” (F. 233:173) decidió en sentido opuesto, salvando la potestad de los jueces de aplicar la ley conforme a su propio criterio (jurisprudencia reiterada posteriormente por el Alto Tribunal). Ésta nos parece una interpretación desafortunada: la ley no es activa por sí misma, ella concluye su función jurídica cuando es aplicada, de modo que mal puede la Constitución consagrar la igualdad ante la ley sin que ello implique la igualdad ante las decisiones judiciales.

3.5.1. El tema se proyecta a los decisorios de la propia Corte: si la doctrina de un caso que inaugura una nueva línea jurisprudencial, especialmente en materia penal, se puede aplicar a otras causas en trámite o ya resueltas (ver su análisis en capítulo de garantías sobre la ley penal más benigna y los cambios jurisprudenciales de la Corte). Para nosotros, admitir que una nueva doctrina de la Corte no se aplique a casos análogos e incluso idénticos es claramente violatoria de la igualdad ante la ley.

3.6. No discriminación:

3.6.1. *Ubicación y noción*: del análisis anterior se comprende la

Íntima conexión entre la regla de igualdad como contenido de la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación: ésta es una proyección de aquélla. Una noción suficientemente descriptiva sobre “discriminación” la encontramos en el artículo 1º C. I. E. T. F. D. R. (desde 1994 con rango constitucional), en tanto no se limite a lo “racial” (uno de los tantos factores de discriminación): “...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de [...] que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

3.6.2. *Reconocimiento constitucional*: el tradicional concepto de la Corte de igualdad ante la ley se ha visto revitalizado a partir de la reforma de 1994 con la inclusión de diversas cláusulas que, de manera dispersa, se han agregado al texto constitucional:

3.6.2.1. Amparo colectivo (art. 43, párr. 2º): esta acción puede ser interpuesta “*contra cualquier forma de discriminación*” por el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones. Obviamente, ello no significa que no se proteja la no discriminación individual por medio del amparo individual o clásico (art. 43, párr. 1º, CN). Pareciera que la reforma de 1994 prefirió mencionar especialmente la discriminación colectiva para que no queden dudas de que también en esas situaciones procede el amparo.

3.6.2.2. Instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º): contemplan sendas modalidades de no discriminación dos convenciones especiales (contra la discriminación racial y de la mujer), sin perjuicio de que en los otros instrumentos genéricos también se encuentran disposiciones referidas a la no discriminación:

a) D. A. D. D. H.: luego de la igualdad ante la ley, añade: “sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” (art. 2º *in fine*).

b) D. U. D. H.: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2.1), y “Todos tienen derecho a igual protección

contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” (art. 7º *in fine*).

c) C. A. D. H.: dentro de la obligación estatal de “respetar los derechos y libertades” la Convención contiene la cláusula genérica antidiscriminatoria (art. 1.1) al decir que ello debe hacerse “sin discriminación alguna por motivos de...” (ídem D. U. D. H.), pero al final agrega “o cualquier otra condición social”, con lo cual transforma en meramente enunciativa a la enumeración de factores discriminatorios. Esta norma inaugural se integra con otras referidas a la discriminación y la libertad de expresión: ésta debe ceder ante la prohibición de “toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” (art. 13.5).

d) P. I. D. C. P.: su artículo 2.1, igual que el artículo 2º D. U. D. H., pero al final dice “o cualquier otra condición social” (id. C. A. D. H.), y más adelante agrega que “la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de...” (art. 26, parte 2ª).

3.6.3. *Reglamentación infraconstitucional*: desde 1988, la Ley 23.592 regula en el país algunos aspectos de la discriminación: ante todo, fija la obligación de dejar sin efecto o de cesar las acciones y omisiones discriminatorias, la responsabilidad civil por los daños que ellas ocasionen (art. 1º), y, por último, acerca del reproche penal (arts. 2º y 3º). En 1997, la Ley 24.782 le ha agregado a la anterior la obligación de exhibir en el ingreso a los locales públicos el texto del artículo 16 CN y de la Ley 23.592. En forma indirecta se fija la obligación de los dueños de estos comercios de admisión irrestricta. Nosotros pensamos que aquí se consagra una verdadera presunción de inconstitucionalidad que invierte la carga probatoria exigiéndose la debida fundamentación para cualquier exclusión. Recordar que en la C. I. E. T. F. D. R. se reconoce el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público: medios de transporte, hoteles, restaurantes, lugares de espectáculos y parques (art. 5.f).

3.6.3.1. En 1998, la Ley 25.013 incluyó expresamente la figura

del despido discriminatorio (art. 11) al que procura desalentar con una módica agravación de la indemnización para los despidos sin causa. Esta tímida novedad legislativa, que ni siquiera anula el distracto patronal originado por un motivo discriminatorio, padece dos vicios más: sólo contempla los casos de despidos por raza, sexo y religión, pues el Poder Ejecutivo vetó parcialmente los originados por nacionalidad, orientación sexual, ideología u opinión política o gremial (dec. 1111/98), y pretende colocar en cabeza de quien invoca la discriminación la prueba de semejante extremo. A un lado la inadmisibles exclusión, que obviamente no inhibe su reclamo judicial, la regla del *onus probandi* fijada por la ley contradice las máximas de la experiencia que señalan que los actos discriminatorios no son admitidos como tales por quienes los practican, lo cual implica que sea el demandado quien debe asumir la carga de demostrar que el actor fue despedido, no admitido o postergado, por razones legítimas y no discriminatorias. Así lo reconoció la disidencia de Moliné y López en el caso “Ursini” de 1999 (F. 322:2383) con cita de jurisprudencia de la Corte de los EE. UU. y del voto de Petracchi-Bacqué en el caso “Fernández” de 1988 (F. 311:1602).

3.7. Modalidades de la igualdad ante la ley (art. 16 y otras normas):

3.7.1. Igualdad de origen y de rango social: no se admiten “*prerogativas de sangre, ni de nacimiento*”, ni “*títulos de nobleza*” (art. 16, parte 1ª, CN). Se ratifica lo dispuesto tempranamente por la Asamblea del año XIII en consonancia con las reivindicaciones burguesas de la primera etapa del constitucionalismo europeo, que había extinguido todos los títulos de conde, marqués y barón, prohibido la exhibición en fachadas de casas y demás parajes públicos de “*armas, jergoglíficos ni distinciones de nobleza*”, y también vedado la fundación de mayorazgo en materia sucesoria.

3.7.2. Igualdad demográfica: el Preámbulo declara que la Constitución se establece para “*todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*”; los artículos 14 y 19 de la CN se refieren a extranjeros y nacionales bajo la denominación de habitantes (id. art. 41, CN); en tanto que el artículo 20 CN establece que los extranjeros gozan en nuestro territorio de todos los derechos civiles

del ciudadano (añadiendo una enumeración simplemente enunciativa que bien podría haber sido obviada). Todas estas disposiciones muestran el signo igualitario que en materia demográfica contiene la Constitución (el *status* jurídico del extranjero se analiza en detalle en sujetos constitucionales).

3.7.3. Igualdad en los “empleos”: aparece en el artículo 16 de la CN al establecer el derecho de todos los habitantes a ser admitidos “*en los empleos [en el ámbito público, electoral o no, o privado] sin otra condición que la idoneidad*” (aptitud necesaria para ejercer una determinada función). Esto impide tanto al Estado como a los particulares dictar reglamentaciones o celebrar acuerdos discriminatorios (por motivos raciales, políticos, religiosos, etc.), pero no establece el derecho a exigir la designación en el cargo ni, obviamente, impedir que se fijen condiciones razonables. Es irrazonable discriminar a los extranjeros para ocupar ciertos cargos públicos o exigir que ellos adquieran la ciudadanía para su desempeño (ver caso “Repetto” de 1988 en sujetos constitucionales).

3.7.4. Igualdad electoral: tanto en su faz activa como pasiva (ver su análisis en derechos políticos). La reforma de 1994 la recepta como sufragio “*igual*” (art. 37, párr. 1° *in fine* CN). También el artículo 23.1 C. A. D. H.: respecto al sufragio (subinciso b) y respecto al acceso a las funciones públicas de su país (subinciso c), de la misma forma que el artículo 25.b, y c, P. I. D. C. P. Nuestra Corte federal ha dicho que la norma contenida en el artículo 23.1.c, C. A. D. H. no da a la garantía de igualdad un alcance más amplio que el asignado en el artículo 16 CN (caso “González Ruso” –1988–, F. 311:970). A su vez, en el caso “Reutemann” –1994– (F. 317:1195) lo extendió a la esfera provincial, pero admitiendo que la constitución local fije las condiciones de acceso a la función pública.

3.7.5. Igualdad laboral: se recepta esta modalidad de la igualdad ante la ley en el artículo 14 bis, párrafo 1° CN como derecho de los trabajadores (en relación de dependencia con el Estado o con los particulares), en relación al salario (a obtener igual remuneración por igual tarea) y en relación a la estabilidad (a no ser despedido o cesantado con criterios discriminatorios). El desarrollo del primer tema

se hizo al tratar los derechos sociales, y respecto al despido discriminatorio ya se mencionó en este acápite sobre no discriminación.

3.7.6. Igualdad tributaria: expresamente dispuesta cuando se señala que la igualdad es la base del impuesto (art. 16 *in fine*, CN); que las contribuciones que imponga el Congreso deben ser equitativas y proporcionales a la población (art. 4º, CN), y que las contribuciones directas deben ser proporcionalmente iguales en todo el territorio (art. 75, inc. 2º, párr. 1º, CN). Constituye una de las bases constitucionales de la tributación, y como tal su estudio se efectúa en facultad de establecer tributos como atribuciones exclusivas del gobierno federal.

3.7.7. Igualdad ante la justicia: a tenor de las prohibiciones del artículo 16, parte 1ª CN sobre los “*fueros personales*” y del artículo 18, parte 1ª CN acerca de las “*comisiones especiales*”, la Corte federal entiende que la Constitución sólo prohíbe aquellos fueros, quedando subsistentes los fueros reales o de causa (los que se basan en la naturaleza de los actos que sirven de fundamento a los respectivos juicios). Como el significado de la palabra “*fueros*” utilizada por el artículo 16 CN ha tenido y todavía tiene acepciones muy diversas, aclaremos que aquí funciona como sinónimo de función o potestad jurisdiccional y como órgano dotado de ella, como lo recepta literalmente el artículo 14.1 P. I. D. C. P. al decir que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

3.7.7.1. *Abolición de “fueros personales”*: es el privilegio que tienen los miembros de un grupo o categoría social de ser juzgados por un tribunal diferente a los ordinarios, por lo general integrado por sus pares en atención a su pertenencia a dicho grupo o categoría social. Serían fueros personales los “tribunales” o “jueces” eclesiásticos, universitarios o de profesionales para juzgar a sus miembros en todas o en algunas causas (ej. delitos comunes). Su existencia estuvo ligada intrínsecamente a la estructura estamental trasplantada a América Latina por el antiguo régimen colonial, que deviene incompatible con la forma republicana adoptada por la Constitución. En rigor, cabe diferenciarlos de las “*comisiones especiales*” del artículo 18 CN, pues éstas son una discriminación en perjuicio de uno o varios sujetos (con prescindencia de su pertenencia a sector social alguno), consistente en juzgarlos por tribunales especiales (*ad hoc*),

dispuestos con posterioridad al hecho de la causa (su estudio se realiza en debido proceso legal adjetivo).

3.7.7.2. *Admisión de fueros reales o de causa*: por oposición a los anteriores, hay dos nociones (estricta y amplia) a estar a las calificaciones de la jurisprudencia y la doctrina:

3.7.7.2.1. *Fuero disciplinario (noción estricta de fuero real o de causa)*: la facultad de toda asociación, grupo o sector social de ejercer control sobre sus miembros como forma de asegurar el orden y el respeto a la autoridad dentro del grupo. Es decir, que no conoce de causas donde se hubiera cometido un delito común (si no serían fueros personales), sólo de faltas que afectan al orden interno del grupo en cuestión. La condición de validez de estos fueros disciplinarios es que sus decisiones puedan ser revisadas suficientemente por la justicia ordinaria por aplicación de la doctrina sentada a partir del caso “Fernández Arias” de 1960 (ver estudio de los tribunales administrativos en atribuciones judiciales del Ejecutivo). Ejemplos: tribunales de disciplina de las FF. AA., de seguridad o policiales o los establecidos dentro de las asociaciones civiles. En relación con las Fuerzas Armadas la jurisdicción de este fuero es ejercida por el presidente en su carácter de comandante en jefe de ellas (art. 99, inc. 12, CN). Otra modalidad del fuero disciplinario es el fuero ético que califica la conducta de los miembros del grupo a los efectos de determinar las condiciones de su permanencia en el mismo, como los tribunales de ética profesional de los colegios profesionales. También el Consejo Nacional de Relaciones Profesionales previsto por la derogada ley 14.445 de asociaciones profesionales, que decidía respecto de los hechos o actos denunciados como prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones laborales, declarado constitucional por considerarlo un fuero real o de causa no abolido por el artículo 16 CN (caso “Unión Obrera Metalúrgica” –1963–, F. 255:350).

3.7.7.2.2. *Fuero funcional (noción amplia de fuero real o de causa)*: es el ejercido por toda asociación o institución, calificada por la función social que cumple, para juzgar los delitos cometidos por sus miembros con motivo del ejercicio de sus funciones. Se aplica a las infracciones cometidas que afectan a toda la comunidad y no sólo al orden interno del grupo o institución (en tal caso conocería el fuero disciplinario).

Entendemos que el fuero funcional, en rigor, es una modalidad del fuero personal, pues la función es una consecuencia del estado o situación de los miembros del grupo social en cuestión: por ello es inconstitucional su establecimiento (en contra, la doctrina de la Corte federal). Veamos a continuación dos supuestos especiales: el fuero militar y el sindical.

3.7.7.3. *Fuero militar*: regulado por el Código de Justicia Militar, posee alternativamente las características de fuero disciplinario y funcional. Lo primero, cuando conoce de infracciones que afectan el orden interno y la disciplina militar (desobediencia de todo tipo, incluida la desertión); lo segundo, cuando conoce de delitos (previstos en la legislación militar) que afectan a toda la sociedad (homicidios, lesiones, etc.) pero que son cometidos con motivo de la función militar. El fuero militar carece de validez constitucional en tanto opera como fuero funcional.

3.7.7.3.1. En sentido contrario, la doctrina tradicional de la Corte, con apoyo en el ex artículo 67, inciso 23 de la CN (actual art. 75, inc. 27) que faculta al Congreso a dictar las normas para la organización y gobierno de las Fuerzas Armadas, ha considerado este fuero como caso típico del fuero real o de causa, es decir, el establecido en virtud de la naturaleza de las infracciones a las leyes que rigen a las Fuerzas Armadas y no en consideración al estado militar de los infractores. Esta doctrina judicial arranca con el ajejo precedente del siglo XIX (caso “Espina”, F. 54:577) y es mantenida durante gran parte del siglo XX: casos “Capitán Zeballos” –1903– (F. 101:401), “Subteniente Mórtoła” –1926– (F. 147:45) y “Teniente Coronel Hernández” –1927– (F. 149:175). Cuando la infracción a la ley militar se comete juntamente con un delito común no previsto en la misma (ej. rebelión o sedición), conoce el fuero militar si la infracción militar es el principal delito, y el común en caso contrario (F. 54:577). En relación a estos “tribunales”, la Corte ha sostenido que ellos no integran el Poder Judicial (F. 149:175), siendo la jurisdicción militar restrictiva y de excepción (F. 108:27; 246:32; 250:604; 263:500; 295:997 y 302:973). Para que un delito caiga en la jurisdicción militar debe figurar expresamente en la ley que atribuye la competencia (F. 303:1965).

3.7.7.3.2. La situación varía en 1984, al cambiar el Código de

Justicia Militar por la Ley 23.049 que estableció grandes modificaciones sin llegar a derogar completamente el fuero militar para militares. El nuevo régimen adoptó un sistema ecléctico: en lugar de declarar lisa y llanamente (para todos los casos) la competencia de la justicia ordinaria, estableció una distinción entre el futuro y el pasado reciente, y fijó una revisión amplia ante el Poder Judicial para que el fuero militar se ajuste, al menos, a la doctrina sobre los tribunales administrativos del caso “Fernández Arias”:

a) Para el futuro (hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 23.049), los artículos 1º y 2º limitan la jurisdicción militar a los delitos militares y faltas esencialmente militares (todas las infracciones que, por afectar la existencia de la institución militar, son exclusivamente previstas por las leyes militares). En la Exposición de Motivos de esa ley se sostuvo que de ese modo se dejaba de lado lo previsto en los artículos 108/109 del Código de Justicia Militar, que le otorgaba a ciertos órganos militares competencia sobre delitos comunes cometidos en lugares militares o con motivo de actos de servicio. Además, contra la sentencia de los tribunales militares el artículo 4º creó tres recursos: “de infracción a la ley”, “de revisión”, y “ante la justicia federal” (ante la Cámara con competencia en el lugar del hecho). En los casos futuros de delitos comunes, correctamente interviene la justicia ordinaria.

b) Para el pasado (en relación a todo delito cometido antes de la vigencia de la Ley 23.049 –en el período del 24-3-76 al 26-9-83– en operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir al terrorismo), el artículo 10, si bien convalidó la competencia del Consejo Supremo de las FF. AA., estatuyó contra sus fallos la apelación ante la justicia ordinaria (la Cámara Federal), con la peculiaridad de que dicho órgano judicial podía asumir el conocimiento ante una “demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio”.

3.7.7.3.3. Como era de esperar, a pesar de que se admitió la intervención virginal del inconstitucional tribunal militar establecido a la época de cometidos los delitos, los militares acusados de gravísimas violaciones a los derechos humanos durante la última dictadura impugnaron la modificación, inmediatamente aplicable, del régimen recursivo del artículo 10, Ley 23.049 pretextando que se violaba la ga-

rantía del juez natural del artículo 18 CN que, según ellos, asegura la denominada *perpetuatio iurisdictionis*, objeción contundentemente desestimada por la Corte Suprema en el mismo año 1984 en el caso “Videla” (F. 306:2101), que se analiza en garantía del juez natural a donde remitimos.

3.7.7.4. *Fuero sindical*: sobre la base de lo dispuesto por el artículo 14 bis, párrafo 2º CN que otorga a los representantes gremiales “*las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical*” (ver su análisis en derechos sociales), en el año 1974 se estableció el denominado “fuero sindical” por el decreto 1045/74, reglamentario de la derogada ley 20.615 que abarcaba el “fuero sindical especial” y el “no especial”.

3.7.7.4.1. El especial (derogado por la ley de facto 21.263): se trataba de una inmunidad temporaria o relativa (Vanossi, 6), que consistía en condicionar el procesamiento penal de los representantes sindicales de asociaciones con personería gremial por hechos presuntamente delictivos cometidos en ejercicio de la función sindical al previo pronunciamiento del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales (arts. 58/59, ley 20.615). La ley no aclaraba cuál era el alcance de esa protección, por lo que se presentaban dos alternativas: o inmunidad absoluta del dirigente sindical, que no podía ser juzgado criminalmente si no lo “desaforaba” el citado tribunal profesional (en forma semejante a los legisladores); o inmunidad relativa, previa al juicio penal, a fin de colaborar en la investigación de los hechos, pero sin impedir la intervención judicial en el caso de que el tribunal profesional “no desaforase” al dirigente o no se expidiera. Para nosotros no hay duda de que no se trataba de una inmunidad absoluta, pues no se establece en forma explícita en el artículo 14 bis CN que las garantías necesarias de los representantes gremiales tienen dicho carácter (como lo hace la Constitución con los legisladores).

3.7.7.4.2. Asimismo, la ley 20.651 creaba el denominado “fuero sindical no especial”: aquí la intervención previa del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales para excluir la tutela al representante sindical funcionaba no en materia penal sino de medidas disciplinarias, despidos o cambios de modalidades del servicio dispuestos por el empleador (art. 57). La Corte del último gobierno de facto declaró la

inconstitucionalidad del fuero sindical creado por el artículo 57 de la ley 20.615, sosteniendo que no resultaba razonable exigir la previa intervención del Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales, ni modificar lo actuado por la falta de dicha intervención, si el dirigente gremial había optado por ir directamente a reclamar judicialmente la indemnización por el despido, pues se violaba de esa forma el deslinde jurisdiccional dispuesto por el ex artículo 67, inciso 1º CN y por ende la autonomía provincial toda vez que no se podía vedar la intervención de los tribunales locales laborales habida cuenta de que la demanda del caso se relacionaba con el aspecto patrimonial de la estabilidad en el empleo más que con la garantía del artículo 14 bis, párrafo 2º CN (caso “Giménez” –1978–, F. 300:1159).

4. Igualdad de oportunidades o de chances:

4.1. *Enquadre y trascendencia*: conforma la primera modalidad sustancial de la igualdad que procura paliar o “acortar” la gran brecha existente entre la solemne igualdad formal y la realidad de los resultados concretos que muestra que no todas las personas pueden ejercer plenamente sus derechos ante una sociedad cruzada por una profunda desigualdad entre sus miembros. Sin duda, procura vertebrar una sociedad más justa ante tantas y añejas marginaciones de sectores, grupos o categorías de personas explotadas por alguien. Procura la equiparación en el punto de partida en todas las esferas: civil, política, económica, social y cultural. Entonces, si la igualdad ante la ley se aplica por igual al “poderoso” y al “miserable”, esta igualdad sustancial debe privilegiar a estos últimos en detrimento de los primeros, implica la necesidad de favorecer jurídicamente a los más desprotegidos de hecho y, correlativamente, de desfavorecer jurídicamente a los más beneficiados de hecho.

4.2. *Las llamadas acciones positivas*: son aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, las cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato (parafraseando al art. 4.1, C. E. T. F. D. M.). Es decir, que se refieren a los medios dispuestos por el Estado para procurar alcanzar la igualdad de oportunidades mediante el otorgamiento de “ventajas” en forma imperativa para corregir una desigualdad

fáctica precedente. Se desiguala (jurídicamente) para tender a igualar (fácticamente). Esto es lo que se denomina “*acciones positivas*” o “*medidas de acción positivas*” según la terminología receptada por el comienzo del artículo 75, inciso 23, párrafo 1º CN. Esta expresión, que alude a la variante de poder de policía amplio para favorecer el ejercicio de ciertos derechos, es más apropiada que otras denominaciones también utilizadas (“discriminación inversa” o “discriminación positiva”), en la medida en que de lo que se trata es de morigerar transitoriamente (hasta que se supere la desigualdad fáctica) la discriminación (toda violación de la igualdad). Esta técnica fue inaugurada a partir de la consagración de los derechos de segunda generación o derechos sociales.

4.3. *Su recepción constitucional por la reforma de 1994*: dijimos al comienzo del estudio de la igualdad que la Constitución histórica no contenía normas explícitas referidas a esta temática. Antes de la reforma, ese vacío se cubría por reenvío a la cláusula del progreso (comienzo del ex art. 67, inc. 16, CN; actual art. 75, inc. 18) y en el ámbito laboral y de la seguridad social por el artículo 14 bis CN. La reforma de 1994 consagra esta modalidad igualitarista en diversas cláusulas: una, central y genérica (art. 75, inc. 23, párr. 1º, CN), y otras, complementarias y específicas. Mencionemos estas últimas para concentrarnos luego en la primera:

4.3.1. Art. 37, párr. 2º, CN: “*La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral*” (ver su glosa en derechos políticos).

4.3.2. Art. 75, inc. 19, párr. 3º: el Congreso a través de “*leyes de organización y de base*” en materia de educación debe promocionar como principios rectores, a la par de los valores democráticos, “*la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*” (ver su glosa en derecho a la educación).

4.3.3. Art. 75, inc. 2º, párr. 3º, CN: menciona la “*igualdad de oportunidades*” como criterio que debe satisfacer la ley convenio de coparticipación impositiva. Como se observa al estudiar esta cláusula en atribuciones exclusivas del gobierno federal, ella se refiere a lo

territorial y sólo indirectamente a las personas, y también debe operar en la ley anual de presupuesto (art. 75, inc. 8°, CN).

4.4. *La cláusula del artículo 75, inciso 23, párrafo 1° CN*: sin duda inspirada en uno de los aspectos más novedosos del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, en especial la famosa cláusula del artículo 3° de la Constitución de Italia (también receptada por el art. 9° de la Constitución de España). Sin embargo, una rápida comparación denota que la nuestra dice algo menos (omite el importante pasaje “remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”) y algo más (la referencia explícita a los tratados sobre derechos humanos).

4.4.1. El comienzo de la cláusula dispone que el Congreso debe legislar y promover “*medidas de acción positiva*” con el doble objetivo de garantizar: a) “*la igualdad real de oportunidades y de trato*”, y b) “*el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*”. Como se observa, esta técnica intervencionista compensadora también es válida para la igualdad fáctica (ver su comentario más adelante), a pesar de la omisión ya señalada. Empero, luce como positiva la inclusión genérica a los tratados sobre derechos humanos, que como no distingue entre ellos incluye tanto a los que tienen jerarquía constitucional como a los que sólo ostentan jerarquía superior a las leyes. De esta forma, se viene a constitucionalizar el tratamiento diferente para todos aquellos que se encuentren en situación marginal, de explotación u opresión.

4.4.2. El final de la cláusula hace que la predicación general de las medidas de acción positiva a favor de toda la población se particularice en sectores determinados: “*los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”. Ello se debe a que el constituyente de 1994 consideró que éstos son los sectores sociales que tradicionalmente se han encontrado en situación de discriminación e imposibilidad efectiva de gozar y ejercer sus derechos sin contar, hasta ese momento, con derechos especiales. No basta con tener un derecho en la letra de la Constitución si los hechos no permiten su ejercicio. Pero la mención de esos cuatro sectores discriminados no implica negar a otros la protección de acciones positivas; sostener lo contrario implicaría institu-

cionalizar una interpretación ritual de la letra constitucional, muy distante del sentido de justicia que inspira a la cláusula. Asimismo, el artículo 75, inciso 17 CN también incluye a los indígenas.

4.4.3. Por otra parte, también es indudable el valor interpretativo de la cláusula. Incluso para el caso de considerársela programática tiene el sentido de impedir que la interpretación de la ley se haga a partir de un igualitarismo formal, sin atender a las desigualdades reales. Esta norma podrá ser utilizada, entonces, también por los tribunales como regla de aplicación de la razonabilidad, de modo tal que si la igualdad es una finalidad constitucional, la desigualdad inversa también lo es en términos de medios para alcanzar ese fin. De este modo, si una ley o su interpretación establecen repartos desiguales, ello será razonablemente constitucional; en cambio, si no los establece, cabe la posibilidad de considerarla inconstitucional. También se abre una vasta gama de posibilidades interpretativas de cara a las inconstitucionalidades por omisión, toda vez que una ley no establezca medidas de acción positiva, siendo ineludible su disposición para resolver razonablemente un pleito.

5. Igualdad fáctica:

5.1. Ésta es la manifestación máxima de la igualdad sustancial. No se limita a procurar la igualdad en el punto de partida mediante acciones positivas del Estado (igualdad de oportunidades) sino la equiparación también en los resultados; no se refiere sólo al acceso sino también a la permanencia. Como anticipamos, la cláusula constitucional incorporada en 1994 en el artículo 75, inciso 23, párrafo 1° CN también cubre a esta modalidad niveladora cuando prescribe que las medidas de acciones positivas que debe adoptar el Congreso deben garantizar también “*el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos*” constitucionalmente y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

5.2. Como enseña Bobbio (2), esta igualdad encierra dos problemas que obviamente coadyuvan a su postergación y concreción fáctica: que su formulación es ciertamente indeterminada ya que no aclara a qué resultados se refiere (a los económicos, sociales, espirituales o todos ellos) y, en su caso, cómo alcanzarlos. Aquí, la lucha ideológica cobra todo su sentido, nuevamente, para contestar a los dos interro-

gantes básicos: entre quiénes: ¿todos o algunos?, y en qué: ¿en todo o en algo? Fuera de la utopía, nadie sostiene la igualdad fáctica absolutamente en todo entre todos, y al margen de las doctrinas desigualitarias (reaccionarias o conservadoras), aparecen las posturas progresistas o niveladoras con todos sus matices (desde reformistas hasta revolucionarias). Además de estos inconvenientes interpretativos, al desafiar los intereses existentes cabe contabilizar las resistencias de los feroces poderes económicos, incompatibles con este mensaje ahora constitucionalizado.

C) Bases sustanciales del derecho penal

1. Introducción:

1.1. Al igual que con todas las ramas del derecho, la relación entre el derecho penal y el derecho constitucional es de subordinación de aquél a éste en virtud del principio de supremacía. De este modo, la denominada pretensión punitiva del Estado –con menos eufemismo: violencia institucional– no es incondicionada, sino muy por el contrario sujeta a estrictos límites supremos (en su doble faceta: sustancial y formal) establecidos en la Constitución histórica con el enriquecimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

1.2. Sin perjuicio del invaluable aporte del derecho internacional de los derechos humanos, ambos aspectos del poder punitivo del Estado reconocen como eje normativo interno al tradicional artículo 18 CN. Para destacar la importancia de esa norma, se ha dicho que ante “un caso de apocalipsis constitucional”, si hubiese que elegir sólo un artículo de todo el texto supremo, “sin vacilar”, la norma preferida sería la del artículo 18, por ser el que más directamente protege al individuo en su libertad a través de un sistema de garantías (Vanossi, 7).

1.3. Dejamos para el próximo acápite lo atinente a los aspectos adjetivos o procesales del derecho penal, los que se estudian bajo el rótulo abarcativo de debido proceso legal adjetivo. En el presente nos concentraremos en los límites constitucionales de índole material o de fondo: comunes a los delitos y a las penas (postulado de legalidad) y especiales para los delitos (tipicidad, exclusión legal y situación

específica de los delitos de lesa humanidad) y para las penas (finalidad, clases y ejecución).

2. Postulado de legalidad penal:

2.1. Esta especie del postulado genérico implica que es el Congreso Nacional quien debe dictar la legislación en materia penal (art. 75, inc. 12, CN). Refuerza lo dicho la prohibición del artículo 99, inciso 3º, párrafo 3º CN que veda terminantemente los decretos de necesidad y urgencia “*en materia penal*”, lo que debe entenderse en sentido amplio (tanto en su faz sustantiva como adjetiva, material y procesal).

2.1.1. Ha dicho la Corte que siendo el derecho contravencional un derecho penal especial (F. 156:100; 239:449; 267:457; 287:76; 290:202), le son supletoriamente aplicables los principios generales y normas del derecho penal común (F. 184:417; 202:293; 235:501; 289:336), pues la distinción entre delitos y contravenciones no es cualitativa (ontológicamente son lo mismo) sino cuantitativa (mayor o menor gravedad que se percibe en la magnitud de las penas asignadas a unos y otros); la utilidad de tal distinción es para distribuir las competencias: los primeros corresponden a la Nación a través del Código Penal (art. 75, inc. 12, CN); las segundas, a las provincias a través de su poder de policía de la seguridad (art. 121, CN) ya que por su menor cuantía se considera que no tendrían una función represivo-penal (derecho común nacional) sino simplemente preventivo-contravencional (derecho público local). Es decir, que el postulado de legalidad también se satisface a través de las Legislaturas provinciales que mantienen competencia para fijar contravenciones o faltas por ser una facultad no delegada (caso “Díaz” –1905–, F. 101:126).

2.2. Irretroactividad de la ley penal:

2.2.1. Derivada de la legalidad penal, esta garantía se encuentra en el artículo 18 CN al decir que nadie puede ser penado sin “*ley anterior al hecho del proceso*”. Se consagra así el famoso aforismo del *nullum crimen nulla pœna sine lege prævia* de claro cuño iluminista del siglo XVIII, que tanta gravitación tuvo en el nacimiento del constitucionalismo para fijar un valladar al poder coactivo del Estado. Esta prohibición de leyes penales *ex post facto* supone dos pares de requisitos: uno adjetivo (ley formal y previa), otro sustantivo (precisar la figura delictiva y la pena correspondiente), no siendo válidas las leyes

que estableciendo lo prohibido omiten establecer la pena (delegando su fijación al arbitrio judicial), ni las leyes que disponiendo la pena no incriminan el delito (Núñez).

2.2.2. Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional también se refieren a esta garantía. Con más precisión que el artículo 18 CN, el artículo 11.2 D. U. D. H. y el artículo 15.1, parte 1ª P. I. D. C. P. dicen que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional” (íd. art. 9º, C. A. D. H. pero cambiando el final por “según el derecho aplicable”). La única excepción a esta regla la constituyen los delitos de lesa humanidad (ver su análisis más adelante).

2.2.3. La Constitución otorga un paralelismo competencial al Congreso: de la misma manera que lo habilita para incriminar conductas como delitos (art. 75, inc. 12, CN), lo faculta para desincriminar esas conductas para el futuro (mediante la derogación de ciertas figuras delictivas) y para el pasado a través de “*amnistías generales*” (art. 75, inc. 20 *in fine*, CN: ver su estudio en atribuciones exclusivas del gobierno federal).

2.2.4. *La irretroactividad de la ley en materia no penal*: en este caso la ley puede ser posterior (retroactiva) a los hechos que originan el litigio, pues la irretroactividad de la ley en materia civil no tiene rango constitucional sino naturaleza legal (art. 3º, CC), salvo que la ley posterior prive de un derecho adquirido (incorporado al patrimonio), pues en ese caso se viola el artículo 17 de la CN que consagra la inviolabilidad de la propiedad (ver análisis judicial en derechos adquiridos por imperio de una legislación anterior en derecho de propiedad).

2.3. *Ley penal más benigna*:

2.3.1. Derivación necesaria de la garantía de irretroactividad de la ley en materia penal es que la nueva ley más benigna que la anterior es inmediatamente aplicable incluso a casos ocurridos antes de su sanción. Si el Congreso decide desincriminar un hecho delictivo (le quita ese carácter a una conducta anteriormente tipificada), o sin excluir el hecho del catálogo de delitos atenúa su sanción para el futuro (por imponer mayores exigencias para su persecución, favorecer su extin-

ción, ampliar las causas de impunidad o directamente disminuir la pena prevista también con anterioridad), no hay justificativo alguno para que ello no rija retroactivamente. A la inversa, si una ley penal posterior al hecho es más gravosa, la ley anterior (más benigna) rige ultraactivamente.

2.3.2. Para nosotros siempre fue una garantía constitucional implícita (art. 33, CN), vinculada con el artículo 18 CN en cuanto proscribía las leyes *ex post facto*. La reforma de 1949 la explicitaba al decir que “siempre se aplicará, y aun con efecto retroactivo, la ley penal permanente más favorable al imputado” (art. 29); también varias constituciones provinciales (ej. Salta de 1998, art. 20). A nivel infraconstitucional tiene recepción en el Código Penal: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley...” (art. 2º).

2.3.2.1. Sin embargo, en reiteradas oportunidades y con diferente integración, la Corte consideró que dicho beneficio no deriva de la Constitución, sino de la ley de orden común y que el artículo 18 CN “es extraño a la cuestión de la retroactividad benigna de las leyes punitivas” (F. 211:1657; 258:120; 262:621; 271:34; 274:297; 293:218; 302:1626).

2.3.3. Esa errónea doctrina judicial ya no podrá mantenerse después de la reforma de 1994 al dotar de rango constitucional a ciertos instrumentos de derechos humanos que hacen expresa esta garantía: no se impondrá pena “más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (art. 11.2 *in fine* D. U. D. H.); igual el artículo 9º, parte 2ª, C. A. D. H., el que agrega a continuación (parte 3ª): “Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello” (íd. art. 15.1, partes 2ª y 3ª, P. I. D. C. P.).

2.3.4. Para determinar cuándo una ley es realmente más benigna cabe aplicar la denominada “regla de aplicación integral”. En el caso “Morcillo de Hermelo” de 1987 (F. 310:267), la Corte dijo que ella impide a los jueces construir una norma con los aspectos más benévolos de leyes sucesivas: si una ley posterior consagra un tratamiento más

riguroso, sólo cabe al juzgador abstenerse de aplicarla, aun cuando aspectos aislados de ella pudieran ser más ventajosos; máxime cuando una interpretación contraria conduciría a consecuencias inaceptables (ver enfoque consecuencialista en interpretación constitucional).

2.3.5. En virtud de esta garantía, la ley penal más benigna debe aplicarse tanto durante el juicio como después de él. En este último caso, las leyes penales adjetivas siempre permitieron el recurso de revisión a favor del condenado contra las sentencias firmes para aplicar retroactivamente una ley penal posterior más favorable (que declare no punible el hecho o disminuya su pena) que la aplicada en la sentencia (ej. art. 479.5, CPPN).

2.3.6. Una polémica situación es si puede incluirse como supuesto especial de “ley” penal más benigna una nueva doctrina de la Corte recaída en otra causa con posterioridad a la sentencia condenatoria firme por la cual se declara inconstitucional la norma en que se apoyó la condena. La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión a través de recursos de revisión luego de haberse declarado la inconstitucionalidad de una escala penal o de un tipo delictivo.

2.3.6.1. En el caso “Villada” –1990– (F. 313:1010) a raíz de la nueva doctrina sentada por el caso “Martínez” de 1989, donde la mayoría había declarado la inconstitucionalidad de la escala penal del robo de automotor con armas prevista en el artículo 38, decreto-ley 6582/58 (ver esta evolución judicial más adelante al estudiar proporcionalidad de las penas), la Corte –por mayoría– rechazó el planteo. Señaló que esa declaración de inconstitucionalidad sólo rige dentro de esa causa y “no tiene efecto derogatorio genérico, como lo tendría en el proceso penal una ley posterior que declare no punible el acto que antes se consideraba tal o que disminuyese la pena” (c. 8), y que la igualdad ante la ley “no puede alcanzarse por analogía a la variación de jurisprudencia” (c. 9). De este modo, aquellos condenados por la escala agravada del robo de autos con armas no pudieron verse beneficiados por los nuevos vientos del caso “Martínez” por decisión mayoritaria de una nueva composición de la Corte que también modificó esa doctrina ante el primer caso que tuvo para resolver (caso “Pupelis” de 1991). En cambio, la minoría (Fayt-Petracchi-Barra) del caso “Villada” se pronunció a favor de la revisión al considerar con

gran claridad conceptual que “al margen de diferencias de carácter formal, la situación planteada en autos no se distingue de las que se presentan ante modificaciones normativas” (c. 4), y con cita del caso “Tellez” de 1986 (ver superior tribunal en recurso extraordinario) dijo que ya había señalado que las nuevas decisiones de la Corte “que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equipararse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República” (c. 5), ya que de lo contrario se daría una grave violación sustancial a la igualdad (c. 6).

2.3.6.2. Igual doctrina negatoria de la mayoría del caso “Villada” se aplicó en el caso “Albornoz” –1992– (F. 315:276), esta vez para revocar la absolución de una Cámara fundada en que al momento de cometerse el delito de tenencia de estupefacientes por el procesado estaba vigente la doctrina del caso “Basterrica” de 1986 donde la Corte había declarado la inconstitucionalidad de ese tipo penal, a pesar de que la nueva composición de la Corte ya había modificado esa línea en el caso “Montalvo” de 1990 (ver esta evolución judicial en derecho a la intimidad-privacidad dentro de derechos personalísimos).

2.4. *Leyes penales “en blanco”:*

2.4.1. Vinculada estrechamente con la exigencia de ley previa en materia penal, se encuentra esta problemática de normas penales incompletas por falencias en el delito o en la pena, presentando diversas variantes: si bien perfilan debidamente la figura delictiva, son incompletas en cuanto a la pena, ya que se limitan a fijar un mínimo y un máximo dentro de los cuales el Ejecutivo debe establecer, por vía reglamentaria, el monto concreto de la sanción penal, o les falta algún requisito en la figura delictiva, lo cual es completado por otra ley (ej. art. 206, CP que remite a las leyes de policía sanitaria animal; la vieja ley 3959, hoy sustituida por Ley 23.899), o estando dibujada en líneas generales la figura delictiva en la ley, puede ser completada por el Ejecutivo.

2.4.2. Es doctrina reiterada de la Corte federal desde 1957 que el legislador no puede delegar en el Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de delitos ni la libre elección de las penas, y que tampoco puede el Ejecutivo constituirse en legislador y dictar la ley

previa exigida por el artículo 18 CN (ver caso “Mouviel”, F. 237:636, en especial dictamen del procurador Soler en atribuciones del Ejecutivo).

2.4.3. En el caso “Legumbres SA” de 1989 (F. 312:1920), la mayoría de la Corte (Petracchi-Belluscio-Fayt-Bacqué) recordó que es inadmisibles “que el poder que tiene la facultad de legislar delegue en el Ejecutivo la facultad de establecer sanciones penales por vía de reglamentación de las leyes dictadas por aquél, lo que debe distinguirse de los supuestos en los que las conductas punibles sólo se hallan genéricamente determinadas en la ley y ésta se remite, para su especificación, a otra instancia legislativa o administrativa” (c. 9), y que “la exigencia constitucional de que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del poder legisferante la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante la amenaza penal del ataque que representa determinadas acciones y en qué medida debe expresarse esa amenaza [...] Por ello, una ley que determine qué bienes jurídicos son merecedores de protección contra ciertas conductas que los afectan, pero que correlativamente no establezca cuál es el alcance de la protección que se expresa en la naturaleza y *quantum* de la pena, no cumple con la exigencia constitucional antes aludida” (c. 10).

3. Tipicidad penal:

3.1. La ley penal además de previa debe ser cierta y estricta tanto para el delito como para la pena. Respecto al delito, esa exigencia se denomina tipicidad o determinación taxativa. Así, el postulado de legalidad en materia penal se completa con el de tipicidad: tiene que haber algo prohibido de antemano y descripto con precisión para que haya delito. Por ello a la clásica formulación *nullum crimen* se le agrega *sine typus actionis* o *sine lege certa*.

3.2. En virtud de esta garantía, la ley formal y previa se formula a través de tipos penales previstos en el Código Penal y leyes complementarias, sin perjuicio de que, en casos aislados, la propia Constitución tipifica ciertas conductas como delitos (arts. 15, 22, parte 2ª, 29, 36, 119). También se describen conductas típicas en las leyes de faltas o contravenciones.

3.3. La tipicidad es la descripción normativa de la conducta humana

punible, al decir en qué consiste el delito como presupuesto antijurídico al que se le adjudica la consecuencia sancionatoria. Por ello se ha dicho que el que delinque “cumple” el tipo penal, viola el derecho al realizar la conducta descrita en la norma. Pero no es cualquier descripción. Supone la precisión descriptiva, que la figura delictiva tenga límites constrictivos y no vagos o genéricos. Como el verbo “hacer” es ciertamente ilimitado, los tipos penales no describen un “hacer genérico, sino un hacer algo específico”, y por eso es que cada figura delictiva contiene necesariamente un giro verbal determinado, que constituye el núcleo del tipo: el que matare a otro, el que defraudare, el que se apodera de una cosa mueble, etcétera (Soler). De esta forma, el artículo 18 CN prohíbe absolutamente los denominados “tipos penales abiertos”. Se entiende por tales aquellos en que la conducta punible, por acción u omisión, no se delimita o define con precisión y exactitud, ya sea por imprecisión en el verbo utilizado o vaguedad en la formulación de la figura (típico ejemplo lo constituyen los llamados “delitos de autor” que se mencionan en reserva legal).

3.4. *Prohibición de interpretación analógica*: derivado del postulado de legalidad en materia penal (F. 137:425; 178:355, y 184:116) y de sus consecuencias necesarias (irretroactividad-tipicidad) es la imposibilidad de subsumir en un tipo penal una acción no incriminada específicamente en él. Es decir, que no se puede ampliar o extender por vía interpretativa la doble precisión de la ley penal. Entre un tipo penal y otro surge una zona de libertad, las acciones que caen en esa zona son penalmente irrelevantes; no existen lagunas en la legislación penal.

3.4.1. No reconocido expresamente en el artículo 18 CN, su base constitucional se encuentra en el artículo 33 CN. La reforma de 1949 se refería a esta garantía en forma explícita: “Los jueces no podrán ampliar por analogía las incriminaciones legales ni interpretar extensivamente la ley en contra del imputado” (art. 29). Tiene recepción legislativa en el artículo 2º CP.

3.4.2. En el ya citado caso “Legumbres SA”, la Corte por mayoría recordó que la prohibición de la analogía tiene fundamento constitucional y que la conminación de un delito con una pena “presupone que ésta ha sido fijada abstractamente en la ley de manera correlativa

al valor que el legislador ha otorgado al bien jurídico que pretende proteger. Esta correlación entre sanción y bien jurídico es la que [...] permite fundar la prohibición de que, so pretexto de interpretación, se amplíen los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos que los que el legislador ha querido proteger” (c. 11).

4. Exclusión legal:

4.1. A todo lo antes dicho, debe agregarse que no cualquier conducta o acción puede estar prohibida mediante su tipificación penal dispuesta por ley previa. Kelsen niega la existencia de acciones *mala in se*; sólo acepta la *mala prohibita*, es decir, la vedada por disposición expresa de la ley formal. Pero, de todos modos, no cualquier situación puede transformarse en delictiva por voluntad del legislador, ya que existen –al menos– tres límites sustanciales que dimanarían del reconocimiento mismo del Estado de Derecho:

4.1.1. *Acciones privadas*: cierto ámbito de la libertad personal que jamás puede profanarse, ni siquiera por ley penal previa (art. 19, parte 1ª, CN), como lo resolvió la Corte federal en el caso “Basterrica” de 1986 al declarar inconstitucional el tipo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (ver su análisis en derechos personalísimos).

4.1.2. *Bagatela penal*: la tipicidad supone también que se intente evitar o reprimir un daño o lesión que no sea insignificante o ínfimo. No toda conducta es merecedora de una pena por mínima que sea (tema de la proporcionalidad de la pena que se analiza más adelante), lo que veda poner en funcionamiento el aparato represivo del Estado para sancionar una conducta de afectación de mínima cuantía. Así, si la legislación penal procura penar esas “pequeñas” conductas, las vías de solución pueden ser diversas hasta que el P. L. las desincrimine: los jueces deberían declarar su inconstitucionalidad; el presidente debería indultar (ej. dos años de penitenciaría por robar un par de medias, ver caso “Ibáñez”, F. 136:244, al estudiar dicha atribución en poderes exclusivos del gobierno federal).

4.1.3. *Delitos de autor*: se da en llamar “tipo penal de autor” cuando lo que incrimina la ley penal no es una conducta o comportamiento, sino cualidades de las personas, a quienes se pretende penar por “ser” y no por su “hacer”. Su orientación ideológica es el positivismo penal

y su concepto de peligrosidad social que considera delincuente por un modo de ser aunque no se cometa un delito. Según la Constitución nadie debe ser penado por lo que es, sino por lo que hace, ya que cuando el artículo 18, parte 1ª de la CN se refiere a “*hecho*” como presupuesto del reproche penal supone una conducta o acción (*nullum crimen sine conducta*).

4.1.3.1. *El caso de los edictos policiales porteños*: el ex CPMP de 1889 no sólo concedió a la Policía Federal la función de juzgar contravenciones, sino que permitió implícitamente legislar en la materia mediante los “edictos policiales”. Así, el jefe de la Policía Federal, dependiente del P. E. N., era juez y legislador contravencional cuyo principal ámbito de actuación era la Capital Federal. En 1946, el decreto-ley 33.265 (ratificado luego por Ley 13.830) otorgó expresamente al jefe policial la facultad de legislar contravenciones que se venían reconociendo desde tiempo atrás, hasta que el gobierno de facto por decreto-ley 17.189/56 (ratificado en 1958 por Ley 14.467) convalidó los edictos ante el dictamen del procurador Soler en el caso “Mouviel” de 1957 (ver su estudio en decretos delegados en atribuciones normativas del Ejecutivo). Mientras tanto, salvado formalmente el sustento legal de los edictos, todavía quedaban por resolver los graves problemas de la facultad policial para aplicar penas (ver atribución judicial del Ejecutivo en el capítulo referido a este órgano) y el que aquí se analiza sobre las conductas que pretendían punir.

4.1.3.1.1. Una sucesión de múltiples y variados “edictos” sancionados en distintas épocas conformó un inorgánico pero voluminoso sistema penal “paralelo” que aunque cubría cualquier actividad pública y parte de la privada que se desarrollaba en la gran ciudad, curiosa y generalmente se aplicaba a sectores marginales de su población respecto de los cuales funcionaba como técnica de control social. Inspirada en la doctrina positivista del estado peligroso sin delito con penas de amonestación, arresto (a cumplirse en comisarías), multa (convertible en arrestos) e inhabilitación para un extenso y variado repertorio contravencional a través de edictos que bien pueden ordenarse alfabéticamente: bailes públicos, carnaval, corredores de hoteles, desórdenes, ebriedad, escándalos, etcétera, hasta llegar a toques de pito, vagancia y mendicidad,

todos preñados de una vaguedad y amplitud conceptual (especialmente el último) que debía llenar de contenido nada menos que la policía.

4.1.3.1.2. Recién cuatro décadas después fueron derogados pero reemplazados (para evitar el temido “vacío legal”) por el “Código de Convivencia” con base en la Constitución porteña de 1996 (Ley 10 de 1998, demasiado pronto modificada por las Leyes 42 y 162, t. o. por Dec. 451/99 del jefe de Gobierno porteño). Así, parece terminar la terrible historia de los edictos. Es cierto que ya no rige el merodeo, pero en su reemplazo existen otras faltas que reaparecieron luego de su primera derogación (oferta callejera de sexo bajo el rótulo de “alteración de la tranquilidad pública”: art. 71 del t. o.) y claro que quedó subsistente la cuestionable facultad policial de arrestar por averiguación de antecedentes (ver el tema más adelante en arrestos arbitrarios). Por tanto, la *vexata quaestio* de los tipos abiertos y delitos de autor continúa bajo las nuevas normas.

4.1.3.1.3. Sobre esta cuestión se pronunció la Corte en un aislado *obiter dictum* (caso “Salort” –1986–, F. 308:2243). A pesar de que allí la Corte rechazó la impugnación a la facultad policial de imponer arrestos con base en los edictos sobre ebriedad, desórdenes y escándalo (ver su estudio en facultades jurisdiccionales del Ejecutivo en la subestructura orgánica), no obstante, en el con. 7 formuló una trascendente advertencia: “los edictos policiales en vigencia contienen fórmulas extremadamente vagas y prohibiciones que se refieren a formas de vida o al carácter de las personas con olvido de la obligación de sancionar conductas (art. 19, CN)”. Fue la primera vez que la Corte Suprema cuestionó el contenido de los nefastos edictos policiales, a pesar de su prolongada vigencia y reiteradas oportunidades en que conoció de ellos. Lamentablemente, el *obiter* citado quedó sólo en eso y no se volvió a repetir en la instancia suprema, a diferencia de algunos pronunciamientos de tribunales inferiores.

4.1.3.1.4. En el caso “Donoso” –1986– (L. L. 1987-A-501) resuelto por la Cámara Nacional Criminal de Capital, sala VII (con la impronta de Ouviaña), se declaró inconstitucional una figura contravencional del edicto policial sobre vagancia y mendicidad. Allí se hizo lugar al hábeas corpus al decidir que el edicto policial que imponía multa o arresto a los sujetos “conocidos como profesionales del delito que se encon-

traran merodeando por los muelles, estaciones ferroviarias o de tranvía” era incompatible con el artículo 19 CN pues importaba “una vaga incriminación que no reúne los requisitos de tipicidad exigidos por la Constitución para la formulación de los hechos punibles”; se pena un “ser algo” que no deriva concreta y directamente de una conducta. “Tal vaguedad semántica deja en las sombras del significado [...] no se sabe en qué consiste tal profesionalidad, pues el delito no constituye un estilo de personalidad, sino una acción, por lo cual carece de continuidad y generalidad, atributos esenciales a todo oficio o profesión”; es “estigmatizadora y revela un anacrónico sentido peligrosista”, y en relación al verbo “merodear” dijo que implica un tipo inconstitucional perteneciente a los llamados “delitos de sospecha” por reprimir una conducta elemental respaldada por el artículo 14 CN como transitar, deambular o simplemente encontrarse en un lugar. Ante este magistral fallo, y luego de que esa y todas las peligrosas figuras edictales fueran derogadas por el gobierno autonómico de la Ciudad de Buenos Aires, un insólito decreto del P. E. N. (150/99) pretendió restablecer literalmente la figura del merodeador (art. 1.h), entre otras, al reglamentar la cuestionada facultad de la Policía Federal de arrestar por un plazo máximo de diez horas (ver más adelante, prohibición de arrestos arbitrarios).

5. Delitos de lesa humanidad:

5.1. Esta categoría de delitos internacionales aparece en la segunda posguerra mundial, sobre una actualización y desarrollo de la tradicional noción de *delicta iuris gentium*. Se trata de aquellas conductas que por su gravedad y extensión no sólo afectan a las víctimas directas, o a un solo país o región, sino que comprometen a todo el género humano. Emblemáticos ejemplos de delitos de lesa humanidad son los ya anticipados en esta obra: genocidio (en derecho a la vida), tortura y desaparición forzada de personas (en derecho a la integridad personal), esclavitud (en garantía de igualdad jurídica). Asimismo, como se dice más adelante en deberes públicos subjetivos, un verdadero deber de naturaleza internacional es no cometer delitos contra la humanidad y en caso de violarse este imperativo genera correlativos derechos de las víctimas o sus familiares a la verdad, la justicia y

reparación con independencia del tiempo y lugar de su comisión y de la nacionalidad de las víctimas o de sus verdugos.

5.2. La obvia consecuencia del carácter aberrante de estos crímenes es la insoslayable necesidad de evitar su impunidad frente a todo tipo de barreras (temporales, espaciales o sustanciales) provenientes del derecho penal estatal. De lo contrario, la tésis de las bases sustanciales de nuestro derecho penal se desnaturalizaría al favorecer a quienes ofenden los fundamentos más elementales de la dignidad humana. Se trata de una valiosa aplicación del enfoque consecuencialista en materia de interpretación que justifica la parcial excepción a las garantías ya estudiadas y por estudiar.

5.3. La regulación de esta moderna categoría de delitos internacionales se expresa tanto en instrumentos internacionales multilaterales sobre derechos humanos (como índice seguro de aceptación y reconocimiento) como por el derecho internacional consuetudinario emanado de los usos y prácticas. Este conjunto de normas universales, progresivas, mínimas, imperativas e indispensables para la existencia de la comunidad internacional se denomina *jus cogens* por oposición al *jus dispositivum*. Esta parcela constituye la cima de la pirámide normativa del derecho internacional contemporáneo según lo recepta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (art. 53) y que determina la nulidad original de un tratado celebrado en oposición a una norma de este tipo así como la anulación posterior debida a la aparición de una nueva norma imperativa (art. 64), y, por cierto, impide que cualquier disposición interna las contraríe válidamente. Aunque no se señala cuáles son estas normas, sino sólo la forma de su producción (contractualmente o no), ello está en función del contenido que pretenden hacer respetar en forma imperativa. Precisamente, A. Verdross (autor de los arts. cit.) identifica como normas de *jus cogens* a aquellas de derecho internacional general formuladas con propósitos humanitarios (ej. convenciones relativas a la esclavitud, la trata de mujeres y niños o derechos de prisioneros de guerra), y las que con

ese carácter se enuncian en la Carta de la ONU porque existen en el interés común de la humanidad (ej. Preámbulo, párr. 2º; art. 1º, párr. 3º, y art. 55). De esta forma, los delitos contra la humanidad o contra el derecho de gentes integran el *jus cogens* al ser regulados por él.

5.4. La especial naturaleza de este tipo de delitos que ofenden a la comunidad internacional conlleva necesariamente limitar la tradicional noción de soberanía del Estado-nación en lo referido a la salvaguarda de los derechos humanos. Se condicionan notablemente sus competencias normativas y jurisdiccionales en pos de una efectiva prevención y sanción, y sin abjurar de las clásicas garantías de nuestro derecho penal se impone su conciliación con las siguientes exigencias del *jus cogens* impuestas por la extrema gravedad de estos crímenes:

5.4.1. *Imprudencia de la obediencia debida, amnistía e indulto*: aunque se carezca de un instrumento internacional general a fines del siglo XX, esta proscripción forma parte del derecho consuetudinario. Además, sería contradictorio que los Estados puedan eximir, olvidar o perdonar (verdaderas normas de impunidad) semejantes delitos cuando se han obligado convencionalmente a establecer sanciones penales eficaces para castigarlos (ej. art. V, C. P. S. D. G.; arts. 2º y 4º, C. T. T. P. C. I. D.; arts. 1º y 3º, C. I. D. F. P.). Similar conclusión cabe respecto a lo dispuesto por la Resolución de la ONU N° 3074 de 1973 (“Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad”) al disponer que “los Estados no tomarán medidas legislativas o de otra índole, que pudieran ser perjudiciales para las obligaciones internacionales que han asumido” al respecto. En particular diversos instrumentos internacionales fulminan a la eximente de obediencia debida: artículo 3.2 de la C. T. T. P. C. I. D.; tampoco se admitirá la eximente de la obediencia debida y se consagra el deber de no obedecer en el artículo VIII de la C. I. D. F. P. (aprobada en 1995 por Ley 24.556 y dotada de jerarquía constitucional en 1997 por Ley 24.820). En el plano interno, la Constitución porteña prohíbe al jefe de Gobierno que indulte penas por delitos contra la humanidad (art. 104.18), y la de San Luis veda al gobernador dicha facultad en general por delitos contra los derechos humanos y, en especial, en caso de desaparición forzada y tortura (art. 168.18). Para esta cuestión

remitimos a lo dicho en amnistía e indulto dentro de atribuciones exclusivas del gobierno federal, en especial en torno a las leyes de punto final y obediencia debida y los decretos de indulto por gravísimas violaciones a los derechos humanos en Argentina en el período 1976/83.

5.4.2. *Imprescriptibilidad*: por prolongado que sea el paso del tiempo no puede beneficiar al responsable de estos delitos con la extinción de la acción penal o de la pena. Así lo reconoce, en general, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de 1968 (aprobada en 1995 por Ley 24.584), y, en especial, el artículo 7° C. I. D. F. P., no obstante que en este último caso ni siquiera puede hablarse de prescripción puesto que se considera delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (art. 3°).

5.4.3. *Relativización de la irretroactividad*: el derecho penal internacional, “bien por definición o por factores coyunturales” (Sancinetti y Ferrante), también relativiza la garantía del *nullum crimen sine lege* del artículo 18 CN de insoslayable aplicación en el ámbito estrictamente interno, mas no en casos en que un tribunal argentino actúe como tribunal internacional en casos de delitos de lesa humanidad. El artículo 15.2 P. I. D. C. P. recepta esta excepción a la regla de la irretroactividad cuando se trate de “actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (análogo al art. 7.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950), aunque no lo sean en el país donde se cometan. Es cierto que la Argentina formuló reserva a esta disposición al aprobar aquel Pacto (art. 4°, Ley 23.313 de 1986), empero eso nada dice acerca de su jurisdicción (Sancinetti-Ferrante) y bien puede calificársela de írrita por oponerse al *jus cogens*. Aquellos “principios” de “la comunidad internacional” son vinculantes para la Argentina aun sin obligación convencional alguna, en virtud del artículo 118 CN que se analiza más abajo, pues establece una excepción a la preeminencia en el derecho interno del artículo 18 CN cuando se trata de crímenes contra la humanidad (disidencia del camarista Schiffrin en el caso “Schwammberger” de 1989, Cám. Fed. de La Plata, E. D. 123-323, al conceder la extradición a un criminal de guerra nazi; confirmada por la Corte

federal en 1990, F. 313:257). Asimismo, téngase presente que aquel instrumento internacional ostenta, luego de la reforma de 1994, jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*” (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) en el sentido dado por nuestra Corte en el caso “Giroldi” de 1995 (ver este aspecto en interpretación y principio de supremacía).

5.4.4. *Improcedencia del asilo y refugio*: como ya se dijo al estudiar estos derechos no enumerados, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 expresamente excluye de este beneficio a la persona respecto de la cual “existan motivos fundados para considerar que ha cometido” los delitos *sub examine* (art. 1.F.a, y c), y respecto a la improcedencia del asilo (art. 14.2, D. U. D. H.). Como contrapartida de la inexistencia de estos límites espaciales para la punición, sin perjuicio de su expulsión directa, los Estados siempre deberán proceder a su extradición (art. III, Convención sobre Imprescriptibilidad), y tampoco podrán considerarlo delito político a esos fines (art. 7º, C. P. S. D. G.). A su vez, en el plano interno, ya señalamos al estudiar los sujetos constitucionales que nuestros nacionales pueden ser extraditados en esos casos según la Ley 24.767 al considerar que no son delitos políticos: los crímenes de guerra y contra la humanidad (art. 9.a), y en general, los delitos respecto de los cuales la República Argentina hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar (art. 9.g).

5.4.5. *Jurisdicción universal*: si bien el lugar de comisión de estos delitos es indiferente a la hora de su punición, en principio cada Estado mantiene la potestad jurisdiccional sobre aquellos hechos acaecidos en su territorio y hasta tiene el derecho de preferencia de hacerlo. Empero, para los casos en que esa instancia local no se ejercite, se supera la clásica regla de la territorialidad, entendida como que el único juez competente es el del lugar de la comisión del delito (*lex loci*). Así, la óptima respuesta es la constitución de una Corte Penal Internacional, de carácter permanente e independiente, para juzgar esta categoría de delitos internacionales por graves violaciones a los derechos humanos (genocidio, asesinato, tortura, desaparición forzada, *apartheid*) y al derecho humanitario, en todo momento y en cualquier lugar, cuando los países involucrados no tengan la capacidad o la voluntad de actuar como la aprobada por la Conferencia de ONU en

Roma (julio '98). Así se estableció embrionariamente luego de los conocidos tribunales ad hoc de Núremberg y Tokio, y en la C. P. S. D. G. de 1948 al señalar que los acusados serán juzgados por el tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante la Corte Penal Internacional (art. 6°).

5.4.5.1. Mientras dicho órgano supranacional no se operativice, en esta etapa de transición cualquier Estado podrá ejercer la pretensión punitiva contra los responsables de estos delitos contra el derecho de gentes, como lo establece específicamente la C. T. T. P. C. I. D. al no excluir “ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales” (art. 5.3). Como se observa, no se procura excluir o desplazar, sin más, a los jueces nacionales del lugar de comisión de toda intervención en la materia; ni supone una desconfianza o menosprecio a priori para los mismos; sino que si bien es cierto que la jurisdicción continúa siendo un atributo esencial de la soberanía, ésta debe ceder en estas especialísimas circunstancias para evitar que estos atroces hechos queden sin punición.

5.4.5.2. Nuestra Constitución histórica en la escueta referencia del actual artículo 118 *in fine* CN (igual al art. 97 de 1853 y al art. 102 de 1860) hace excepción a la regla *forum delicti comissi* al señalar que “...pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”. En 1995, siete ministros de la Corte federal, en el caso “Peyrú” (F. 318:108), aceptaron inversamente que nuestros tribunales federales pudieran juzgar esos delitos aun cuando sean cometidos fuera del país, al decir –con cita del artículo 118 CN– que “las normas internas de naturaleza federal referentes a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos tampoco autorizan a enjuiciar en el país el hecho ocurrido en el extranjero” cuando no se trate “de un delito contra el derecho de gentes” (c. 6 del voto mayoritario firmado por Moliné-Belluscio-Petracchi-Levene-Boggiano-López-Bossert). De este modo, en virtud del artículo 118 CN nuestro país tiene competencia extraterritorial desde el siglo pasado ante delitos de lesa humanidad sin afectar el principio de no injerencia en asuntos internos de cada Estado y sin importar que exista o no conexión entre el hecho y los intereses de nuestro Estado (ej. nacio-

nalidad del delincuente o de la víctima); lo determinante es que el hecho delictivo sea contrario a una norma del “*derecho de gentes*” como dice nuestro artículo 118 CN o *jus cogens*, con la condición de que el acusado esté presente y la imposibilidad de juzgamiento en el Estado donde se hubo cometido.

5.4.5.2.1. Siendo la razón de esta cláusula que en esos supuestos existe coincidencia en que el interés por evitarlos es mutuo y universal (Colautti, 3), por razones de reciprocidad, Argentina debe aceptar que jueces de otros Estados ejerzan competencia extraterritorial cuando se trata de juzgar delitos de esta índole (Colautti, 2) perpetrados en Argentina.

5.4.5.2.2. El temprano y trascendente reenvío al “*derecho de gentes*” del artículo 118 CN, interpretado dinámicamente, recepciona a nivel supremo el concepto actual del *jus cogens* entendido como aquellos principios imperativos del derecho internacional consuetudinario que integran nuestro derecho federal, más allá de que el Estado argentino haya suscripto o no las convenciones sobre delitos de lesa humanidad.

5.4.5.2.3. El artículo 118 *in fine* CN es una cláusula operativa (Colautti, 2), además si bien la “*ley especial*” allí aludida no ha sido dictada bien puede considerarse como tal a la Ley 48 (basada en la norteamericana Judiciary Act de 1789) ya que en su artículo 21 se refiere a los “principios del derecho de gentes”.

5.5. *Jurisprudencia suprema sobre delitos de lesa humanidad*: en avances sucesivos nuestra Corte Suprema se ha referido a los *delicta iuris gentium*, modernamente calificados como delitos de lesa humanidad, aunque muchas veces no se invoca la expresión del actual artículo 118 *in fine* de la CN (delitos “contra el derecho de gentes”) para referirse a ellos.

5.5.1. Ya en 1962 en el caso “Riera Díaz” (F. 254:315) la Corte excluyó de una amnistía (ley 14.436) a “delitos atroces, cometidos de manera inhumana” (c. 5). En 1966, en el caso “Bohne” (F. 265:219) ante un pedido de extradición de ese médico alemán acusado de participar en la atroz eliminación de enfermos mentales en forma masiva y metódica en las cámaras de gas del nazismo, la Corte dijo que “ni la alegación de propósitos políticos ni las supuestas necesidades mi-

litares, pueden ser admitidas como fundamento para negar la extradición por tratarse de hechos delictivos claramente contrarios al común sentir de los pueblos civilizados dada su específica crueldad e inmoralidad” (c. 14). Más adelante, en un contexto de masivas comisiones de estos delitos en nuestro país, se produce un precedente de cierta importancia (caso “Cabrera” –1983–, F. 305:2150) donde la Corte de ese entonces invocó “la invulnerable supremacía de las normas imperativas del derecho internacional general” del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 (c. 10 del voto especial de Gabrielli-Guastavino) para declarar la nulidad absoluta (ab initio y de oficio) de una cláusula convencional (c. 11, mismo voto).

5.5.2. En 1987, en el caso “Camps” (F. 310:1162), a través de la solitaria disidencia de Bacqué que declara la inconstitucionalidad de la ley de obediencia debida (23.521), la temática que venimos analizando cobra una gran estatura moral e intelectual. Como se analiza en amnistía dentro de atribución exclusiva del gobierno federal, con prescindencia de Bacqué, los demás ministros en ambos fallos declaran la constitucionalidad de la norma cuestionada a pesar de la indisputable gravedad de los delitos de torturas (sentencia que se reitera en 1988 en el caso “ESMA”, F. 311:409); también la disidencia parcial de Petracchi es coincidente con el voto de Bacqué (diecinueve considerandos son similares: c. 4/22 de Petracchi y c. 31/49 de Bacqué). Veamos algunas precisiones del histórico voto relativas al tema en estudio:

5.5.2.1. Señaló Bacqué que “una firme tradición histórica y jurisprudencial” impide que se amnistien “delitos de características atroces o aberrantes” como la tortura, cuya abolición por el artículo 18 CN es un mandato que “forma parte de las convicciones éticas fundamentales de toda comunidad civilizada, que no puede permitir la impunidad” de esas conductas (c. 13). Más adelante asume la responsabilidad y compromiso que liga a los integrantes de la Corte “con el pueblo argentino y con la tradición ética y jurídica del orden cultural al que éste pertenece” (c. 31). En orden a la obediencia debida señala que debe estar “penetrada de responsabilidad cívica y de sentido de humanidad” y que desde el derecho romano hasta el liberalismo del siglo XIX “el límite a toda obediencia se hallaba en los llamados crímenes

atrocies”. Luego analiza en detalle esa “vieja tradición jurídica”: empieza revisando el concepto romanista de *atrocitatem facinoris* (c. 32), pasa por el medioevo de San Agustín (c. 33) y por el derecho penal liberal (c. 34) contra la obediencia ciega, hasta llegar a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y de la de Vietnam con cita del Tribunal de Núremberg de 1948 y de la masacre de civiles en la aldea vietnamita de May-Lai (c. 35); no olvida algunos antecedentes patrios posteriores a la organización nacional que inspiran la idea de que “la inhumanidad de un hecho penal impide desincriminarlo” (c. 36/37 y 40); tampoco faltan las referencias al derecho internacional de los derechos humanos (ver su glosa en principio de supremacía en el tema incorporación de los tratados), y finalmente recalca en la jurisprudencia de nuestra Corte que refleja “la idea de excluir de la impunidad acciones de barbarie o vandalismo” con glosa de los casos “Riera Díaz” y “Bohne” (c. 41).

5.5.3. En 1993, en un solitario *obiter dictum* de Boggiano en el caso “Nadel” (F. 316:567), hay una breve referencia al *ius cogens* como “principio internacionalmente imperativo” y “a los llamados delitos *iuris gentium*” cuyo “enjuiciamiento por diversos tribunales nacionales con jurisdicción concurrente podría suplir la ausencia de un tribunal estrictamente internacional” (c. 19), “amplían la jurisdicción territorial hacia una jurisdicción universal”, lo cual “torna más eficaz la lucha contra aquellos delitos”, para terminar desalentando “los secuestros-capturas (sin seguir los procedimientos de extradición), aun de los sospechosos de crímenes más horribles, prohibiendo el enjuiciamiento y condena de los así detenidos” (c. 20).

5.5.4. En 1995, además del ya citado caso “Peyrú” (F. 318:373), la Corte federal resuelve el caso “Priebke” –1995– (F. 318:373), verdadero *leading case* en la materia. La mayoría integrada por seis ministros concede la extradición solicitada por Italia del ex jerarca nazi por la “masacre de las Fosas Ardeatinas” ocurrida en 1944 en aquel país (fusilamiento indiscriminado de 335 personas con métodos de inusitada crueldad y odio racial).

5.5.4.1. El voto de la mayoría (Fayt-López-Boggiano) califica al hecho como delito de genocidio con apoyo en la Convención específica y en los artículos 75, inciso 22, y 118 CN (c. 2/3); señala que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la vo-

luntad de los Estados, sino de los principios del *jus cogens* (c. 4) y agrega que los mismos son imprescriptibles (c. 5). El voto concurrente de Nazareno y Moliné, sin perjuicio de calificar al hecho como crimen de guerra, puntualiza que ello no impide que también se lo califique como “crimen contra la humanidad”, en especial, de genocidio (c. 27), en aplicación de los tratados en la materia con rango constitucional y del derecho de gentes del artículo 118 de la CN (c. 28), no obstante a ello que no se establezca pena alguna en dichos instrumentos internacionales (c. 42) ni en la legislación nacional (c. 44), pues esta incriminación internacional no queda librada a la voluntad de los Estados (c. 43), y recurriendo a la costumbre internacional y a los principios generales del derecho internacional, que forman parte del derecho interno argentino por el artículo 75, inciso 22 CN (c. 61), predica la imprescriptibilidad de las acciones con base en la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968 (c. 66) cuya aprobación fue sancionada el día antes de este fallo por nuestro Congreso (c. 77); para concluir que todo ello forma parte del *jus cogens* (c. 70 y 76). Básicamente coincide con lo recién expuesto el voto especial de Bossert.

5.5.4.2. La disidencia de Belluscio-Levene obtura la extradición con el tradicional argumento de la prescripción de la acción y la pena (c. 5), no obstante reconocer que en el caso se trata de crímenes de guerra y de lesa humanidad porque en definitiva nuestro ordenamiento no le reserva pena distinta al delito de homicidio, y que la Convención sobre Imprescriptibilidad de esos delitos aún no ha entrado en vigor (c. 6), y sin perjuicio de aceptar el carácter aberrante del delito imputado a Priebke, se considera que ello no justifica el apartamiento del artículo 18 de la CN (c. 8). Por último, la disidencia de Petracchi coincide con las anteriores formulando similares argumentos obstativos.

6. Problemática de la pena:

6.1. En sentido estricto “pena” es la privación de uno o más bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito; así, la pena siempre es “*aflictiva*” (art. 69, CN) por lo que aparece como redundante esa mención en esa norma. La influencia futura de la pena o sus efectos sobre la sociedad y el condenado (correctiva o preventiva) o su finalidad (retribución, reparación y/o prevención general o especial) son aspectos trascendentes pero diferentes a su propia naturaleza. Ese

típico acto de coerción debe reunir ciertas condiciones para su validez constitucional tanto en su formulación general como en su aplicación particular y posterior ejecución. Todo lo cual tiene como fundamento supremo, expreso o implícito, parte del artículo 18 de la CN; completado y reforzado, luego de la reforma de 1994, por los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN).

6.2. *Legalidad de la pena:*

6.2.1. Sobre el ya mencionado postulado de legalidad en materia de sanción penal (*nulla pœna sine lege prœvia*), esta garantía se refiere tanto a su formulación precisa en la ley penal respecto a su naturaleza y cantidad de la pena como a su ejecución. Corresponde al Congreso en virtud del artículo 75, inciso 12 CN fijar las penas (F. 11:405; 191:245) y asimismo aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente. A su vez, el Ejecutivo (art. 99, inc. 5º, CN) tiene la facultad de indultar o conmutar ciertas penas (ver esta atribución en poderes exclusivos del gobierno federal).

6.3. *Finalidad de la pena:*

6.3.1. Antes de la reforma de 1994, la Constitución no declaraba explícitamente el fin de la pena en general, aunque bien podía inferirse del artículo 18 *in fine* CN que excluye el castigo y expiación para las penas privativas de la libertad (tan en boga al sancionarse la Constitución histórica). Es decir, que el genérico artículo 18 de la CN siempre se conjugó claramente con la idea teleológica correctiva de la “resocialización” (si la sociedad ejerce un mecanismo de socialización y éste falla por comisión de un delito, entonces debe intervenir el Estado para resocializar). Ello no desplaza la idealización de la prevención especial (separar por un lapso al condenado de la comunidad) y general (intimidar para evitar eventuales delitos).

6.3.1.1. En este punto, con jerarquía constitucional, la C. A. D. II. dice, también respecto a penas privativas de la libertad, que “tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 5.6), y en forma similar el artículo 10.3 P. I. D. C. P. Así, ya no quedan dudas de la elección suprema acerca de que el fin principal de todas las penas (si eso se dice de las penas más graves, ello debe extenderse a las demás) es la readaptación, lo cual es de

suma importancia a la hora de determinar los alcances de la violencia institucionalizada, que claramente debe ser restrictiva.

6.3.1.2. En esta línea se enmarca la legislación en materia de ejecución de pena privativa de la libertad (Ley 24.660 de 1996) que proclama como objetivo “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad” (art. 1º).

6.3.1.3. La propia Corte Suprema ha expresado que “La seguridad, como deber primario del Estado, importa también resguardar los derechos de los penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario” (c. 3 del caso “Badín” –1995–, F. 318:2002).

6.3.2. En consonancia con esa finalidad, ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad (voto disidente de Fayt-Petracchi-Boggiano en caso “Dessy” –1995–, F. 318:1894). Vimos en derechos personalísimos la especial protección que ostenta en la Constitución e instrumentos internacionales el derecho a la vida y la integridad de la persona. Su carácter supremo se antepone incluso a todas las penas. La prohibición de mortificaciones (como reza el texto constitucional) amplía más aún la protección dispensada cuando se dispone la supresión de los tormentos y de los azotes: aquélla se refiere a todo tipo de molestias innecesarias en relación con la finalidad de seguridad y de reeducación social que deben tener los regímenes carcelarios (por ej. trabajos forzados, comunicaciones, amenazas, supresión de recreos, etc.). El tema se desarrolla más adelante en ejecución de las penas privativas de libertad y nuevamente en hábeas corpus correctivo en el subprincipio de control.

6.4. *Penas prohibidas:*

6.4.1. Ya dijimos que no cualquier conducta o acción es susceptible de coerción penal (ver reserva legal); ahora nos referimos a qué bienes jurídicos y en qué medida se pueden privar como reproche penal. Reiteramos que para la tésis constitucional, las penas previstas en el ordenamiento jurídico no tienen por mira castigar al reo (hacerlo sufrir) sino otorgarle seguridad a la sociedad. Por ello es que el ar-

título 18, parte 5ª CN declara “*abolida para siempre*” la pena de muerte, no sólo por delitos políticos (para mayor detalle de esta relevante cuestión remitimos a pena de muerte en derecho a la vida), y, de igual modo, “*toda especie de tormento y los azotes*”. Esto último se refuerza con la prohibición de “penas crueles, infamantes o inusitadas” contenida en el artículo XXVI *in fine* D. A. D. D. H., y en especial, con la C. T. T. P. C. I. D. que equipara la tortura con este tipo de penas, por lo cual le caben a éstas las consideraciones efectuadas sobre aquélla en derecho a la integridad. Como se analiza más adelante, también están prohibidas las penas desproporcionadas.

6.5. *Personalidad de la pena:*

6.5.1. La Constitución histórica lo consagraba tangencialmente al referirse a la “*traición contra la Nación*” al aclarar que la pena por este delito “*no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado*” (art. 119 *in fine*, CN), lo cual obviamente se debe extender a todo tipo de pena para cualquier delito.

6.5.2. Esta conclusión se encuentra receptada expresamente en la C. A. D. H. que dentro del derecho a la integridad personal declara que “La pena no puede trascender de la persona del delincuente” (art. 5.3), con lo cual esta garantía adquiere rango constitucional expreso.

6.6. *Proporcionalidad de la pena:*

6.6.1. La Corte federal ha reconocido con base en los artículos 28 y 33 CN que todo habitante tiene la garantía de “ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado” (c. 11 *in fine* de Petracchi-Bacqué y c. 10 del voto de Fayt en el caso “Martínez”, F. 312:826).

6.6.2. En el caso “Senseve Aguilera” de 1987 (F. 310:495) la Corte hizo una docente distinción: una cosa son “los supuestos en que los agravios sobre la presunta desproporcionalidad de la pena se dirigen contra el criterio empleado por el juez para su individualización dentro de los límites mínimo y máximo de la escala penal correspondiente, que de ordinario no habilitan la jurisdicción extraordinaria del tribunal —salvo caso de arbitrariedad—”, y otra muy distinta son “aquellos que se dirigen contra la ley en sí misma, a la cual se imputa crueldad o

desproporcionalidad respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad” (c. 3). En relación a esto último, alerta la Corte que “no basta la mera impugnación genérica”, recomendando “al menos” que el impugnante se haga cargo de los argumentos tenidos por el legislador para fijar la pena respectiva (c. 4).

6.6.3. Un ejemplo concreto de esto se observa en torno a la postulada inconstitucionalidad del ex artículo 38 decreto-ley 6582/58 (ratificado por Ley 14.467) que instauró el Registro de Propiedad Automotor con disposiciones penales (Tít. IV). Dicha norma agravaba las penas del Código Penal para el delito de robo si se trataba “de automotores” y “se cometiere con armas” al fijar la escala de 9 a 20 años, con la finalidad de proteger a esos bienes dado su superior valor económico respecto a los restantes muebles (de vigencia interrumpida, pues en 1996 el delito es derogado por la Ley 24.721). También la Corte en sus distintas integraciones se pronunció en forma cambiante en un corto lapso.

6.6.3.1. En tres fallos de junio de 1989, casos “Cuvillana”, “Martínez” y “Gómez” (F. 312:809, 826 y 851), la mayoría de la Corte (Petracchi-Bacqué y Fayt) fulmina el monto de la pena fijado como mínimo en aquel precepto por colisionar con los artículos 16, 28 y 33 CN.

6.6.3.1.1. Los argumentos del voto mayoritario de Petracchi-Bacqué en el caso “Martínez” (en “Cuvillana” y “Gómez” se remiten al primero) tienen una doble plataforma argumentativa: primero, por vulnerar la igualdad ante la ley al “haber circunscripto ese trato preferencial al caso de los automóviles, excluyéndose irrazonable y arbitrariamente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que poseen igual y aun mayor valor económico que aquéllos” (c. 9), y segundo por la desproporción de la pena para el robo de automotores con arma, pues parte de un mínimo que no sólo excede notoriamente a la correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles (art. 166, CP), sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple (art. 79, CP) cuando la jerarquía del bien jurídico de este último (vida) “constituye una condición necesaria para el goce de todos los otros derechos” (c. 11).

6.6.3.1.2. Por su parte, la disidencia (Caballero-Belluscio) rechaza

la impugnación de inconstitucionalidad tanto en los casos “Cuvillana” y “Martínez” (por inadmisibilidad de la vía extraordinaria) como en “Gómez”, en el cual exponen sus fundamentos. Citan el mensaje que acompañó a la norma cuestionada donde, además de invocarse el elevado valor de la cosa, se arguye que se buscaba revertir el incremento de robos, la facilidad para su comercialización y la desprotección en que se hallaban por ser dejados en la vía pública (c. 8), lo que se retoma más adelante, para agregar que aun cuando el legislador haya omitido dar una protección mayor a bienes que exigirían igual o mayor tutela que los automotores, “a lo sumo” implicaría “un conflicto entre normas de igual rango, respecto del cual a esta Corte le está vedado inmiscuirse” (c. 15). Además consideraron que “el juicio de razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal” (c. 16) y que mucho menos cabe “comparar una figura agravada con una simple, y no el robo de automotor con armas con el homicidio agravado” (c. 17). Que asimismo la norma cuestionada cumple la exigencia de ley anterior del artículo 18 CN (c. 11) y de igualdad ante la ley del artículo 16 CN porque “establece una distinción objetiva, referente a hechos y no a personas” (c. 14).

6.6.3.2. Esa minoría se transformará en mayoría con la ampliación de miembros de la Corte. En el caso “Pupelis” –1991– (F. 314:424), la nueva integración del tribunal con seis ministros se pronuncia a favor de la constitucionalidad del artículo 38 en cuestión con similares argumentos ya reseñados; esta vez, votan en disidencia dos de los ministros subsistentes (Fayt-Petracchi) remitiendo a su voto mayoritario del caso “Martínez”.

6.7. *Pena de prisión:*

6.7.1. Es cierto que la Constitución institucionaliza la prisión como pena (art. 18 *in fine*, CN), lo cual no implica invalidar sanciones alternativas no represivas para mejor solucionar conflictos entre las partes involucradas. Mucho menos invalida todos los mecanismos perfeñados para sustituir la pena privativa de la libertad dispuesta por sentencia judicial de condena. Por otra parte, no sorprende que la Constitución histórica se refiera a la prisión, ya que siendo aquella hija de su tiempo, bien le caben los planteos de M. Foucault sobre el origen o nacimiento

de la prisión en Occidente en su famoso libro *Vigilar y castigar* (citado expresamente por la Corte federal en el caso "Dessy" de 1995, analizado en hábeas corpus correctivo). Lo que ocurre es que nuestra Constitución además procura instaurar un modelo (por cierto no ajustado a nuestra realidad) también fruto de su tiempo: la ilustración y su impronta benéfica sobre el derecho penal.

6.7.2. En sentido estricto "pena" de prisión sólo se refiere a los condenados por sentencia firme, los procesados detenidos preventivamente lo son a título de medidas cautelares (ver en presunción de inocencia, excarcelación y eximición de prisión) y los arrestados a disposición del presidente en estado de sitio, a título de medida de seguridad preventiva (ver en principio de estabilidad su estudio). Empero, cuando el final del artículo 18 otorga ciertas garantías para "los reos" se refiere tanto a los condenados como a los procesados detenidos en las cárceles de la Nación y a los arrestados a disposición del P. E. N., todos, a no ser mortificados, bajo pretexto de precaución, más allá de lo que la seguridad exija.

6.7.3. *Medidas sustitutivas de la prisión*: ante el rotundo fracaso del sistema carcelario que no tiende a lograr la efectiva resocialización pretendida por la Constitución, se observa un creciente desprestigio contra la prisión: los progresistas la critican por los trastornos y deterioros que produce en la persona durante y después del encierro, y los conservadores por la alta tasa de reincidencia y, sin rubor, por la fuerte razón económica de ahorro de gastos estatales (judiciales y carcelarios). De esta forma, se van abriendo paso, por un lado, otros medios diferentes a la prisión o técnicas alternativas, y, por otro, mecanismos destinados a evitar, suspender o acortar el encierro.

6.7.3.1. Por mandato infraconstitucional pero con jerarquía superior a la ley (art. 75, inc. 22, párr. 1º *in fine*, CN) el Convenio OIT N° 169/89 dispone que cuando se impongan sanciones penales a los miembros de los pueblos indígenas "deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales" (art. 10.1) y "darse la preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento" (art. 10.2). Si se admite este aspecto del derecho consuetudinario indígena, bien puede extenderse al resto de la sociedad.

6.7.3.2. Por otra parte, el legislador, en atención a la parte final

del artículo 18 CN, ha establecido diversas alternativas al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad: si la seguridad de la sociedad no la hace necesaria, la libertad debe ser dispuesta de inmediato (*favor libertatis*). Veamos los distintos mecanismos implementados.

6.7.3.2.1. Para evitar la prisión:

6.7.3.2.1.1. *Condena en suspenso o de ejecución condicional* (arts. 26 y 27, CP): es una facultad del juez en los casos de primera condena a pena de prisión (no corresponde para pena de multa o inhabilitación) que no exceda de tres años, y también podrá otorgarse este beneficio por segunda vez si el nuevo delito se ha cometido después de ocho años si fuera culposo o de diez años si fuera doloso.

6.7.3.2.1.2. *Suspensión del juicio a prueba o “probation”* (arts. 27 bis y 76 bis/quáter, CP por Ley 24.316 de 1994): esta modificación sustancial repercute en el procedimiento penal al permitir la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión (cuando no exceda de tres años y sea primera condena) dispuesta por el tribunal de sentencia, a pedido del condenado, para que éste, durante un plazo (entre dos y cuatro años), quede en libertad pero cumpliendo ciertas “reglas de conducta” positivas (fijar residencia, escolaridad, etc.), o de abstención (no concurrir a ciertos lugares ni usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas, etc.), bajo apercibimiento de cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la misma sentencia. Su concordancia constitucional se destaca pues los fines perseguidos por esta novedosa institución son similares al fin de las penas (“prevenir la comisión de nuevos delitos”). La Corte ha dicho, en el caso “Miño” –1995– (F. 318:1508), que este instituto también debe cumplir con la garantía de ley previa, pues de lo contrario la imposición de algunas “reglas de conducta” previstas en el artículo 27 bis CP si, más allá del fin que persiguen, incluyen modalidades de aplicación y ejecución de la pena de prisión de cumplimiento condicional, serían restrictivas de los derechos del condenado si no se encontraran vigentes al cometerse los hechos de la causa.

6.7.3.2.2. Para limitar la permanencia en la prisión:

6.7.3.2.2.1. *Semilibertad*: bajo este rótulo genérico englobamos aquellas situaciones intermedias en que el condenado puede gozar de una parcial libertad de desplazamiento con anterioridad a la libertad

condicional. La Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad dispone que el régimen penitenciario se basará en la “progresividad”, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y “promoviendo su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina” (art. 6°). Dicha “progresividad” abarca diversos períodos que pueden finalizar con el régimen de libertad condicional, antes de la cual (“período de prueba”) el condenado podrá (de menor a mayor libertad): incorporarse a “establecimiento abierto”, obtener “salidas transitorias” (arts. 16/19) o “semilibertad” (arts. 23/26).

6.7.3.2.2.2. *Libertad condicional* (art. 13, CP): aquellos condenados que ya hubiesen cumplido cierto período de prisión, que varía según la condena impuesta, y que hayan cumplido los reglamentos carcelarios, podrán obtener esta libertad por resolución judicial, quedando sujetos al cumplimiento de ciertas obligaciones positivas y de abstención. La supervisión y asistencia del “liberado condicional” estará a cargo de “un patronato de liberados” y nunca “se confiará a organismos policiales o de seguridad” (art. 29, Ley 24.660).

6.7.3.2.3. Para evitar o limitar la prisión carcelaria (“*prisión domiciliaria*”): es un mecanismo sustitutivo para situaciones especiales:

6.7.3.2.3.1. Por razón de la edad: tanto el artículo 10 del CP como el artículo 33, Ley 24.660 la admiten para personas mayores de 70 años, sin importar que la pena exceda o no de seis meses. Su concesión no es automática, debe ser fundada y es revocable.

6.7.3.2.3.2. Por razones de salud: su regulación legislativa se superpone en forma incoherente, puesto que mientras el artículo 10 CP concede el beneficio de detención “en sus propias casas” también a las personas “valetudinarias” (enfermos sin ninguna calificación) pero sólo cuando la pena no exceda de seis meses, la ley adjetiva penal habilita al tribunal de juicio a suspender la ejecución de cualquier pena si el condenado se encontrare “gravemente enfermo y el inmediato cumplimiento de aquélla pusiera en peligro su vida” (art. 495.2, CPPN); en tanto que la Ley 24.660 restringe la concesión del beneficio a muy pocos enfermos condenados: los que padecen “una enfermedad incurable en período terminal” (art. 33). La previsión del Código Penal es manifiestamente irrazonable al fijar condiciones absolutamente di-

versas (según el tiempo de la pena) para personas que sufren una misma enfermedad para lograr el cese o suspensión del encierro, y viola el artículo 16 CN; en tanto que subordinar el no encierro de un preso enfermo sólo a los supuestos críticos que prevén la Ley 24.660 y el artículo 495.2 del CPPN puede violar el derecho a la vida e integridad y el mandato del artículo 18 *in fine* CN.

6.8. Ejecución de la pena privativa de libertad:

6.8.1. La función punitiva del Estado importa, en forma progresiva, la previa formulación en abstracto de la pena en la ley formal (recién analizada) y la respectiva imposición por un órgano jurisdiccional, en un caso concreto, a través de la sentencia (se analiza en el acápite de debido proceso adjetivo). Recién después aparece el problema concreto de la ejecución o cumplimiento de la pena fijada en la sentencia a una persona determinada. Se trata del tercer y último momento de la función penal, cuyo núcleo son las penas privativas de la libertad, las que –a su vez– nos conectan con el tema penitenciario o carcelario. Ésta es una tarea administrativa por oposición a los dos primeros que incumben, respectivamente, al legislativo y al jurisdiccional. Dicha competencia administrativa en la materia está sujeta a:

6.8.1.1. La garantía genérica ya señalada de la legalidad en materia penal. La Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad pretende satisfacer este postulado con la peculiaridad de que se auto-declara complementaria del CP, al igual que el régimen que deroga el decreto-ley 412/58. Se enrola así en la tesis que proclama su naturaleza de derecho común que privaría a las provincias de esta competencia (en contra: tesis de la pluralidad carcelaria); sin embargo, alguna provincia adoptó esa ley nacional para su aplicación local (ej. Ley 5131 de Jujuy de 1999).

6.8.1.2. “Al permanente control judicial” (juez de ejecución) para garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales y los derechos de los condenados no afectados por la condena (arts. 3º y 10, Ley 24.660). El artículo 493.1 CPPN extiende el control que debe efectuar el juez a los “presos y personas sometidas a medidas de seguridad”.

6.8.2. Para determinar la competencia nacional y/o provincial en la materia es conveniente distinguir entre “régimen de ejecución penal”

(las condiciones del tratamiento, ej. alojamiento, etc.) y “sistema de ejecución penal” (orientación general de esa ejecución, ej. progresiva, etc.). Así, las discusiones sobre los límites de las atribuciones del Congreso en la materia sólo pueden referirse al “régimen”, pero no al “sistema”, que siempre es atribución del Congreso, lo que parece claro si se atiende a que la orientación general de la ejecución hace a la igualdad y a la pena misma (c. 9 del voto de Petracchi en el caso “Solís” –1986–, F. 308:1298).

6.8.3. La temática carcelaria se encuentra regulada por el propio texto constitucional en el artículo 18 *in fine*, ya mencionado al analizar la finalidad de la pena. A su turno, con rango constitucional, varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos también se ocupan de esta cuestión al referirse a las penas privativas de libertad. El artículo 5º C. A. D. H. consagra una serie de reglas para este tipo de penas: ser tratado “con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (art. 5.2 *in fine*); estar separados los procesados de los condenados (art. 5.4) y los menores de los adultos (art. 5.5), y la ya señalada finalidad de readaptación (art. 5.6); el P. I. D. C. P. contiene similares previsiones en su artículo 10. Por su parte, la D. A. D. D. H. establece que todo individuo tiene derecho a “un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (art. XXV *in fine*).

6.8.4. *Deber del Estado de mantener las cárceles sanas y limpias* (art. 18 *in fine*, CN): se trata de una obligación estatal indelegable que dimana del monopolio estatal en materia penal. Obviamente, es incompatible con cualquier tipo de prestación por particulares.

6.8.4.1. Algunas constituciones locales se encargan de actualizar la temática carcelaria. Un ejemplo reciente es la Constitución porteña que asegura “a todo detenido la alimentación, la higiene, el cubaje de aire, la privacidad, la salud, el abrigo y la integridad psíquica, física y moral” (art. 13.7).

6.8.4.2. Este deber constitucional es reglamentado por la Ley 24.660 que reconoce al condenado “todos los derechos no afectados por la condena o por la ley” a la par que le impone “las obligaciones” propias a su condición (art. 2º), y en sucesivos y detallados capítulos se refiere a: “normas de trato” (incluye: higiene, alojamiento, vestimenta, alimentación, etc.); “trabajo”; “educación”; “asistencia médica”;

“relaciones familiares y sociales” (reglamentado, a su vez, por Dec. 1136/97); pero admite la cuestionable suspensión de derechos (temporal y parcial) por “graves alteraciones del orden en un establecimiento carcelario” por el “ministro con competencia en materia penitenciaria” con comunicación inmediata al juez de ejecución. Asimismo, por lo dicho más arriba sobre el monopolio estatal en la materia, deviene inconstitucional la Ley 24.660 en tanto admite la “privatización parcial de servicios” (art. 199) que, a su vez, puede generar que los particulares interesados en su gestión influyan en que la política criminal del país se oriente hacia esa forma de ejecución penal en detrimento de las otras.

6.8.5. *Flagrante incumplimiento del artículo 18 “in fine” CN*: la laceraante realidad carcelaria, obviamente, no se compadece con el mensaje constitucional. Ese notorio y prolongado abismo entre lo predicado por las normas y la realidad incluso ha determinado la intervención del Poder Judicial en diversas ocasiones, como a partir del amparo colectivo presentado por el Defensor del Pueblo de la Nación contra la alcaldía de General Roca, Provincia de Río Negro, promovido en 1995 ante la justicia local, la cual terminó ordenando al gobernador arbitrar las medidas necesarias para superar las violaciones denunciadas (ver su nota al estudiar ese órgano extrapoder).

6.8.5.1. *Facultades implícitas de la Corte utilizadas en relación a las cárceles*: fuera de causas o litigios concretos, comunicaciones de las Cámaras Federales de Capital y del interior (años 1987/88) le informan a la Corte como cabeza suprema del Poder Judicial las gravísimas deficiencias de carácter general de las cárceles del Servicio Penitenciario Federal que aparecen contrarias al artículo 18 *in fine* CN (falta de condiciones elementales de aseo, instalaciones sanitarias y servicio de salud). El Alto Tribunal con la firma de Petracchi-Bacqué-Fayt, alegando no poder permanecer “indiferente a situaciones incompatibles con la norma constitucional citada”, requirió al P. E. N. “que adopte las medidas necesarias en el ámbito de sus atribuciones constitucionales con el fin de asegurar que las detenciones cautelares y las condenas que se ejecuten en institutos de su dependencia no se traduzcan en una mortificación mayor que la que deriva de la propia naturaleza de la privación de la libertad” (art. 18, CN) (F. 310:2412,

y 311:313). En 1990 la nueva integración de la Corte volvió a formular igual solicitud al Ejecutivo, con el importante agregado de que consideró que en el deplorable contexto del sistema carcelario “las restricciones presupuestarias impuestas por la actual coyuntura económica no pueden constituir óbice para adoptar, con la premura del caso, las medidas que pongan fin al hambre y desamparo médico de los detenidos en los institutos penitenciarios, pues constituye una función del Estado proveer a sus necesidades básicas” (F. 313:57). A partir de estas contundentes declaraciones de la propia Corte Suprema, no es de sorprender que ellas se plasmaran también en casos contenciosos.

6.8.5.2. *Responsabilidad estatal por el servicio carcelario*: el notorio deterioro carcelario también ha determinado la creciente utilización de diversas acciones individuales por parte de los internos o sus familiares: para hacer cesar la situación dañosa (hábeas corpus correctivo en distintas instancias jurisdiccionales que incluso han llegado a la Corte, según se estudia en subprincipio de control) o para reparar los daños producidos en y por el servicio carcelario (acciones de daños por responsabilidad civil del Estado nacional o provincial, según de quién dependa el establecimiento). Respecto a esto último veamos algunos pronunciamientos de la Corte federal:

6.8.5.2.1. Ya en 1962, en el caso “Valenzuela c/Prov. San Luis” (F. 252:191), la Corte reconoció la responsabilidad estatal de esa provincia como titular de un establecimiento carcelario por los daños a los reclusos causados por empleados públicos en el desempeño de sus funciones. A pesar de la correcta decisión, ese precedente aparece como nimio —en términos comparativos con la generalizada y grave situación descripta—: se hizo lugar a una demanda de indemnización subsidiaria por la desaparición de efectos personales de cierto valor (máquina fotográfica y anteojos de marcas reconocidas y una cigarrera de plata) que le fueron secuestrados al actor al ser detenido, quedaron en custodia de las autoridades carcelarias y éstas no los devolvieron al recobrar aquél su libertad.

6.8.5.2.2. En 1995, en el caso “Badín c/Prov. Buenos Aires” (F. 318:2002), la Corte desnuda con cierto detalle la atroz realidad de nuestras cárceles al resolver, en instancia originaria, las acciones civiles de varios familiares de internos fallecidos en ocasión de un incendio

ocurrido en la cárcel de Olmos en 1990 en la que perdieron la vida treinta y cinco reclusos. Aunque son criticables algunos alcances dados a la responsabilidad civil (no admisión del daño patrimonial y exiguo monto del daño moral), la sentencia es trascendente al reconocer la responsabilidad estatal por omisión de las autoridades carcelarias (no salvaguardar ni la seguridad ni las vidas de los internos). Dijo la Corte: “Aunque la realidad se empeña muchas veces en desmentirlo”, cabe destacar que el artículo 18 *in fine* CN “tiene contenido operativo”; impone al Estado “por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o la detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral” (c. 3). Por ello el Estado es responsable por los daños y perjuicios producidos por “la omisión de sus deberes primarios e irregular prestación del servicio por la autoridad penitenciaria [...] aun admitida la participación de los internos en la producción del siniestro, ello constituiría una eventualidad previsible en el régimen penal, que pudo evitarse si aquél se hubiera encontrado en las condiciones apropiadas para el cumplimiento de sus fines” (c. 4). Luego de destacar “las dolorosas comprobaciones” del sistema carcelario señala en el con. 9 que “no encuentran justificativo” los sucesos de autos ni en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, ni en la carencia de recursos humanos, insuficiencia de formación del personal o las excesivas poblaciones penales de las que pretende hacer mérito en su declaración quien fue jefe de la unidad. Y concluye que privilegiar esas carencias “sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional receptados en el texto actual de aquella (art. 5.2, C. A. D. H.)”.

6.8.5.2.3 En el caso “Verbitsky” (citado por Alejandro Tullio en su nota publicada en *Debates de Actualidad* de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 195, mayo/noviembre de 2005, p. 89) la Corte Suprema se ocupa de la situación carcelaria que afecta a numerosos detenidos en ella. La acción es promovida por el CELS que sostiene que los calabozos en la Provincia de Buenos Aires se

encuentran en estado deplorable de conservación e higiene, carecen de ventilación y luz natural, la humedad y el calor en verano son agobiantes, los sanitarios son insuficientes y no se garantiza alimentación adecuada a los reclusos. El trámite en la Corte tuvo los siguientes pasos:

- a) El 1º de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005 se llevaron a cabo audiencias convocadas por la Corte a las cuales concurrieron representantes del CELS, del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires y numerosas ONG en su carácter de *amicus curiæ*.
- b) Se deja constancia en la audiencia del incremento de la población de esas cárceles llegado al 300% y la Corte declara que corresponde aplicar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas en Argentina por la Ley 24.660; disponer que la Suprema Corte de Buenos Aires haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de menores y enfermos; que en plazo perentorio se haga cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal; solicitar informes a los jueces de ejecución responsables sobre la situación de los detenidos bajo su control; que cada sesenta días el Poder Ejecutivo provincial debe informar a la Corte sobre la situación carcelaria.
- c) Resulta importante destacar que la Corte, en el caso, no solamente tuvo intervención en un amparo colectivo, sino que vinculó dicho amparo con el hábeas corpus interpuesto, dándole por primera vez a esta acción un carácter preventivo.

D) Debido proceso legal adjetivo

1. Noción y alcance:

1.1. Con base en el derecho norteamericano (Enmiendas V y XIV a la Constitución de Filadelfia) se utiliza la expresión debido proceso legal sin calificación (*due process of law*) tanto en sentido sustantivo (de fondo) como adjetivo (de forma). Lo primero, como sinónimo de

razonabilidad (ver este subprincipio en principio de limitación), da lugar al debido proceso legal “sustantivo”; lo segundo, de carácter instrumental, y de ahí su denominación de debido proceso legal “adjetivo”, implica un conjunto de reglas, condiciones, mecanismos, recaudos, que el Estado debe cumplir en la creación y aplicación del derecho.

1.2. Ambas formas del debido proceso se aplican a toda la actividad jurídica del Estado: la ley, los decretos y las sentencias deben ser dictados respetándolo. Respecto de las leyes, el debido proceso adjetivo está dispuesto en los artículos 77/84 CN, en tanto que el sustantivo surge del artículo 28 CN. Respecto a los decretos, el debido proceso adjetivo surge del artículo 18 CN y el sustantivo del artículo 99, inciso 2º CN. En tanto que al debido proceso adjetivo referido a las decisiones jurisdiccionales, del cual nos ocupamos en este acápite, lo entendemos como la “forma por la cual un acto de coacción estatal puede ser ejercido contra una persona determinada” (Nino). Esta variante del debido proceso es indispensable para que el Estado pueda privar de un bien a un particular, como lo reconoció la propia Corte federal en el caso “Frigofide” de 1956 (F. 236:271).

1.3. La garantía del debido proceso legal adjetivo implica una serie de subgarantías (Nino), algunas de ellas ya proclamadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 durante la Revolución Francesa (arts. 7º/9º), pero que, con el paso del tiempo, han sufrido un notable proceso de expansión y de mayor precisión, en especial a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Funciona como una categoría genérica que abarca diversas garantías procesales específicas, destinadas a suministrar a los individuos la salvaguarda de sus derechos con motivo del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado (Badeni). Así, encierra un cúmulo de subgarantías que se desarrollan en sucesivos momentos que deben concluir en la sentencia o resolución del caso.

1.4. Esta garantía englobante es de carácter innominado en nuestra Constitución. Su fundamento supremo es implícito (art. 33, CN) aunque emana de varias cláusulas: el Preámbulo cuando fija como objetivo constitucional “*afianzar la justicia*”, y se completa especialmente con el artículo 18 de la CN cuando plasma algunas de las distintas facetas

que en conjunto conforman el genérico “debido proceso legal adjetivo”: juicio previo y juez natural (parte 1ª), prohibición de autoincriminación y de arrestos arbitrarios (parte 2ª), inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18, parte 3ª) y del domicilio, correspondencia y papeles privados (parte 4ª). Sobre este marco del texto constitucional histórico se observa una progresiva extensión de estos mecanismos tutelares a partir de la reforma de 1994 por vía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en especial aquellos con jerarquía constitucional.

1.5. La Constitución se encarga de fijar las líneas generales, en tanto que las diversas leyes procesales se ocupan de su desarrollo sin desconocer el carácter operativo de aquélla. La formulación como exordio de las garantías básicas constitucionales debería servir como guía permanente e inalterable del rumbo marcado por la Ley Fundamental, ya que en ningún caso puede admitirse su alteración, restricción o supresión so pretexto de reglamentación (F. 199:149; 210:1208). Si la garantía de la defensa en juicio, como núcleo del debido proceso, se restringe más allá de los límites impuestos por una razonable reglamentación, los demás derechos esenciales se convierten en meras abstracciones formales (F. 282:153); pues toda “desnaturalización” o “sobredimensionamiento” de las normas rituales termina por convertirlas en “una suerte de trampas o valladares” tendientes a frustrar el debido proceso (F. 308:117).

1.6. También ha dicho nuestra Corte Suprema que todo aquel que actúa en juicio en defensa de sus derechos “está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el artículo 18 CN, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado [...] puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento –civil o criminal– de que se trate” (c. 2 del caso “Otto Wald” –1967–, F. 268:266, reiterado en c. 15 de la mayoría del caso “Videla” –1984–, F. 306:2101). Ello, sin perjuicio de destacar su especial trascendencia en materia penal, ámbito donde la “efectiva observancia de estas normas de procedimiento constituye la máxima garantía de la libertad individual” (c. 5 del caso “Gordon” –1988–, F. 311:2045).

1.7. La circunstancia de que el debido proceso adjetivo sea condición necesaria de todo tipo de proceso, cualquiera sea su materia, no impide reconocer que según las especiales características de los derechos en juego aquél deba modalizarse, adaptarse, amoldarse, a éstos. Así, dentro del ámbito procesal penal tiene matices especiales cuando se aplica a integrantes de los pueblos indígenas, pues deberá tenerse “en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (art. 9º, Convenio OIT N° 169/89); asimismo, en conflictos donde está en juego la defensa del ambiente, corresponde receptor en el terreno de las normas adjetivas o procesales criterios más flexibles o más férreos, según los casos, para lograr la mayor protección del ambiente a través del denominado “debido proceso ambiental” (Carnotta, 1).

1.8. A continuación se desarrollan las distintas garantías en que se desagrega el debido proceso legal adjetivo.

2. *Prohibición de arrestos arbitrarios:*

2.1. El primer aspecto se refiere a que nadie puede ser privado de su libertad física o ambulatoria sino en los supuestos de excepción especialmente previstos. Surge de la ya clásica expresión del artículo 18, parte 2ª cuando dice que “*Nadie puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*”, norma que históricamente dio fundamento constitucional al hábeas corpus antes de su recepción en el actual artículo 43, párrafo 4º CN. La cláusula tiene un sentido amplio: no se limita sólo a la privación de libertad en virtud del dictado de una prisión preventiva (que se analiza más adelante dentro de presunción de inocencia), sino también a cualquier arresto producido incluso por la autoridad policial. De lo contrario, la Constitución no estaría diciendo nada (A. Carrió, 1).

2.1.1. Ha dicho la Corte federal: “las únicas figuras” previstas en la Constitución “para privar de la libertad a una persona son el debido proceso legal establecido por el artículo 18 y, en supuestos excepcionales, el arresto durante el estado de sitio” del artículo 23 (casos “Timmerman” –1979–, F. 301:771 y “Antinori” –1998–, F. 321:2288).

2.2. Esta garantía se refuerza y completa con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional: “Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes [...] Todo individuo que

haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida...” (art. XXV, D. A. D. D. H.); “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado” (art. 9º, D. U. D. H.). Por su parte, la C. A. D. H. desarrolla estos preceptos: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” (art. 7.2); “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios” (art. 7.3); “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella” (art. 7.4), y “ser llevada, sin demora, ante un juez” (art. 7.5), y que “éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”, lo mismo ante amenazas (art. 7.6). Similares prescripciones contiene el P. I. D. C. P. en el artículo 9.1 a 4, con el trascendente agregado de que “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación” (art. 9.5). Esta base internacional también funciona como fundamento de la acción de hábeas corpus (ver su análisis en procesos constitucionales dentro de subprincipio de control).

2.3. Por lo dicho, en nuestro sistema constitucional la única “autoridad competente” son los jueces en los casos autorizados por la legislación procesal penal, y excepcionalmente el presidente durante el estado de sitio (para esto último, ver su estudio en principio de estabilidad). En este sentido, la Constitución porteña recepta esta correcta interpretación al aclarar que la orden escrita del artículo 18 CN debe ser “fundada” y “emanada de autoridad judicial competente” (art. 13.1).

2.3.1. Ha dicho la Corte Suprema que no se puede anular “un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades cometidas en la detención de una persona”, cuando “la garantía de su libertad personal estuvo suficientemente resguardada al existir una orden judicial perfectamente fundada y válida que dispuso su arresto” (c. 7 del caso “Gordon” –1988–, F. 311:2045).

2.4. *Detención policial sin orden de juez:*

2.4.1. A pesar de que la Constitución y los instrumentos internacionales establecen como garantía que las detenciones sólo pueden

realizarse por orden de un juez de una causa, quien, a su vez, también debe observar una serie de limitaciones para detener a una persona con base en la presunción de inocencia (ver más adelante su estudio), a nivel de normas infraconstitucionales (federal y locales) se le reconoce a las respectivas fuerzas policiales un amplio repertorio de facultades para detener sin orden judicial, lo que constituye una lamentable y abusiva práctica altamente repetida.

2.4.1.1. Ese *modus operandi* institucionalizado tiene tres vertientes: una, reglada en las leyes procesales penales para ciertos casos de urgencia (la menos cuestionable teóricamente en la medida en que satisfaga esa necesidad, pero sí en la praxis), y otras dos claramente inconstitucionales como la detención por averiguación de antecedentes (que se analiza más abajo) y por aplicación de faltas o contravenciones policiales (ver lo dicho en garantía de legalidad respecto de los edictos policiales porteños y potestad judicial del Ejecutivo en el capítulo relativo a ese órgano).

2.4.2. El CPPN (arts. 184, 284/287) otorga amplias atribuciones a la policía y a las fuerzas de seguridad para restringir la libertad de las personas, aun sin orden judicial, para ciertos supuestos que –por exceptuar la regla del artículo 18, parte 2ª, CN– deben interpretarse en sentido estricto:

2.4.2.1. Además de la facultad de disponer, por necesidad investigativa, que ninguna de las personas que se hallaren donde se hubiere cometido un delito se aparten de aquél mientras se llevan a cabo las diligencias (art. 184.3), la ley adjetiva reconoce la atribución de aprehender a los presuntos culpables de delitos (art. 184.8) al solo efecto de conducirlos ante el juez competente para que resuelva su detención, en cuatro supuestos: antes de cometer un delito de acción pública con pena de prisión en el momento de disponerse a hacerlo (art. 284.1) o luego, si es sorprendido en flagrancia (art. 284.4), es decir, al momento de cometerlo o inmediatamente después o mientras es perseguido o por tener objetos o rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito (art. 285); al fugarse, estando legalmente detenido (art. 284.2), y, excepcionalmente, contra quien “hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación” (art. 284.3). Salvo

este último supuesto extremo en que la policía debe conducir al detenido “de inmediato” ante el juez, en los otros tiene un plazo que no puede exceder de seis horas (art. 286).

2.4.2.2. El grave peligro de estas autorizaciones legales es que dejan a la discrecionalidad policial la determinación de esos conceptos jurídicos indeterminados, apreciación que frecuentemente se tiñe de arbitrariedad como surge del siguiente caso resuelto por la Corte federal:

Caso “Daray” –1994– (F. 317:1985):

Hechos: en un procedimiento de rutina en la Provincia de Mendoza, la policía solicita a un particular (Garbín) la documentación personal y de su automóvil extranjero; a pesar de que todo se encontraba en regla, igualmente es “conducido” a la comisaría a fin de verificar dicha documentación. En sede policial, Garbín “involucra” a sus hijos al decir que ellos tenían automóviles extranjeros con patente diplomática. La policía localiza a los Garbín (hijos), quienes también son detenidos. Se da intervención al juez por delito de contrabando, quien ordena allanar los domicilios denunciados, encontrándose allí un automóvil con patente diplomática, que a la postre resulta del cónsul paraguayo en Resistencia, el cual al solicitar su devolución motiva la intervención originaria de la Corte *ratione personæ*.

Sentencia de la Corte: con voto de siete de sus miembros (los otros dos en disidencia) invalida el procedimiento policial por la arbitraria detención de Garbín (padre) en violación del artículo 18 CN cuando exige orden escrita de autoridad competente, y consecuentemente excluye todas las pruebas obtenidas a partir de esa detención arbitraria (aplicación de la regla de exclusión en su variante de la doctrina de “los frutos del árbol envenenado” que se analiza más adelante): las propias declaraciones de Garbín padre e hijos, testimonios de vecinos, e incluso el secuestro del automóvil a pesar de haberse realizado según orden de juez competente por estar contaminado por el viciado cauce de investigación. En especial el voto mayoritario (Petracchi-Fayt-Boggiano-López) señala que para que un arresto policial sea válido deben existir “indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad” (c. 11), es decir, las condiciones exigidas por la legislación procesal (art. 4º ex CPMP, parecido al supuesto del art. 284.3,

CPPN); en tanto que el *voto concurrente* (Nazareno-Moliné-Levene) destaca que descalifica por arbitrario el inicial arresto de Garbín (padre) por no existir ningún indicio que razonablemente pudiera sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito (c. 12), y agrega que el procedimiento policial también está viciado de inconstitucionalidad porque habiendo durado varias horas, todos los arrestados se vieron privados de defensor y sin intervención judicial alguna hasta la orden de allanamiento (c. 10). Belluscio-Bossert sólo disienten en no invalidar la totalidad del procedimiento investigativo.

Comentario al fallo: el decisorio de la mayoría es una buena manera de conciliar el sensible tema de la seguridad pública con el respeto a las garantías constitucionales al hacer hincapié en los límites que deben guardar las tareas de prevención policial. Sin embargo, en 1998, en el caso “Fernández Prieto” (F. 321:2947), sólo la minoría mantiene intacta la doctrina “Daray” (Fayt-Petracchi-Bossert), en tanto que la mayoría (Nazareno-Moliné-Belluscio-López-Vázquez) la flexibiliza a punto tal que motiva que el Defensor General de la Nación denuncie al Estado argentino por violación de varias normas de la C. A. D. H. ante la Comisión Interamericana.

2.4.3. *Detención policial por averiguación de antecedentes:* aunque groseramente inconciliable con la garantía del artículo 18, parte 2ª CN, la legislación federal y la de la mayoría de las provincias han venido reconociendo la facultad policial de privar a una persona de la libertad locomotiva por un lapso más o menos prolongado de horas (24, 12 o 10), sin intervención previa de juez, para averiguar sus antecedentes ante alguna “sospecha” calificada por la propia policía, es decir, sin imputársele delito o contravención concreta alguna. En este sentido, el artículo 24 de la Constitución de La Rioja prohíbe expresamente esta facultad (tanto la de 1986 como su reforma de 1998). Además de la sobrevivencia de esta inválida atribución, como si fuera poco, su praxis (cuantitativa y cualitativamente) se ha rutinizado de tal forma que es proclive a generar otras violaciones a los derechos humanos, en especial contra sectores marginales.

2.4.3.1. La norma clásica en el ámbito federal era la Ley Orgánica de la Policía Federal (Decreto-ley 333/58, ratificado por Ley 14.467) que autorizaba a esa policía a detener “con fines de identificación” y

“por un lapso que no supere las 24 horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes” (art. 5.1). Recién en 1991, con motivo de un difundido y lamentable hecho policial (muerte de un menor detenido en una comisaría al salir de un recital), la Ley 23.950 estableció algunas cortapisas a esta atribución:

2.4.3.1.1. En efecto, dispuso que fuera de los casos previstos en el CPPN, la policía sólo podrá “demorar” (en rigor, detener) a las personas sin orden de juez competente solamente “si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad” (antes sólo requería “circunstancias que lo justifiquen”); en cuyo caso la policía tiene que cumplir cuatro obligaciones que antes no se le exigían: dar “noticia al juez con competencia en lo correccional en turno” y permitir al demorado “comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación”, y con respecto al tiempo y lugar de detención “por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que no podrá exceder de diez horas” (disminuye el anterior plazo máximo de veinticuatro horas) y nunca ubicarlo “junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones”.

2.4.3.2. A pesar del tenue progreso legislativo reseñado, la subsistente facultad policial en estudio continúa siendo incompatible con el texto supremo por cuanto contradice los artículos 7.4 C. A. D. H. y 9.2 P. I. D. C. P., y el artículo 18 CN por tres órdenes de razones: en tanto no se arresta por orden de autoridad competente; en la mayoría de los casos está exenta del contralor judicial oportuno (ver potestad jurisdiccional del Ejecutivo), y se viola la presunción de inocencia (ver su estudio más abajo), pues cualquier persona está sujeta a la perpetua sospecha por parte del personal policial, que al concretar la aprehensión invierte esa presunción hasta tanto se conozcan sus antecedentes.

2.4.3.3. Sin embargo, la Corte federal no se ha expedido sobre esta omnimoda forma de detención, seguramente porque al momento de la intervención judicial el afectado ya ha recuperado su libertad (doctrina de las cuestiones abstractas). Incluso en 1973, en el caso

“Urricelqui” (F. 285:127), cuando de rondón tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión con motivo de un proceso penal seguido contra un comisario acusado de varios delitos contra un detenido que fuera demorado para pedir antecedentes ideológicos a la Dirección de Coordinación Federal (y a quien también se le cortó el pelo, como se analiza en derecho a la privacidad), la Corte no hizo lugar a la arbitrariedad alegada y confirmó el sobreseimiento por la privación ilegítima de la libertad dispuesto, precisamente, con base en el artículo 5º, Decreto-ley 333/58 (c. 3/4). Tuvieron que pasar dos décadas para que semejante criterio sea modificado y se diera una tenue pero positiva señal:

Caso “Espósito” –1994– (F. 317:320):

Hechos: en una causa penal que cobrara trascendencia pública por privación ilegítima de la libertad seguida contra el comisario que dispuso el arresto del menor Bulacio (quien posteriormente fallece) en ocasión de un operativo en la noche del 19 de abril de 1991 en el interior e inmediaciones de un club de Capital Federal con motivo de un espectáculo musical, la Cámara transformó en definitivo el sobreseimiento del comisario. Para así resolver consideró que esa detención policial “estaba legitimada” por el llamado “memorando 40” de 1965 (disposición interna emanada de la propia Policía Federal para averiguación de antecedentes de menores), que, aunque calificado expresamente de inconstitucional, impedía responsabilizar penalmente al procesado alegando que éste no habría sido “consciente de la inconstitucionalidad de esa disposición ni tener competencia para emitir juicio sobre su legitimidad, por lo que era imposible sostener que su conducta fuera típica ya que se ajustó a las prácticas habituales, sin que pudiera exigirsele otro comportamiento”. Contra semejante pronunciamiento, la querrela accede a la Corte por vía extraordinaria.

Sentencia de la Corte: brevemente descalifica a la sentencia como acto judicial válido con arreglo a la doctrina sobre arbitrariedad por omitir “valorar si el proceder del comisario al recurrir a las facultades discrecionales que le otorgaba esa norma, era viable en virtud de las particulares circunstancias en que ocurrieron los hechos; lo cual importa haber prescindido de las constancias de la causa” (c. 4).

Comentario al fallo: si bien es de lamentar que la Corte no se

pronunciara derechamente sobre la manifiesta inconstitucionalidad de la facultad policial de arrestar por averiguación de antecedentes –cosa que bien pudo hacer en uso de sus facultades y por la honda repercusión del grave hecho y los riesgos de la generalización de lo decidido–, al menos es saludable y superador del caso “Urricelqui” de 1973 en punto a que se haya revocado la sentencia de Cámara por restarle ilicitud a la privación ilegal de la libertad basada exclusivamente en semejante normativa y sin objetarse que esa sentencia la reputara inconstitucional.

2.4.3.4. En el caso “Szmilowsky” (sentencia del 6 de febrero de 2003) la Corte declaró la legitimidad del trámite de una requisita personal llevada a cabo por la policía, pues el personal no hacía otra cosa que cumplir con su función específica, que era recorrer el radio de su jurisdicción en la tarea de prevención del delito, habiendo en horas de la noche interceptado al encartado que mostró una conducta muy nerviosa ante la sola presencia policial; ello despertó la sospecha de la policía, la cual fue corroborada ulteriormente con el hallazgo de efectos vinculados a la tenencia de estupefacientes (el tribunal citó la doctrina de los casos “Tumbeiro” y “Monzón”, F. 321:2485 y 3322, respectivamente, así como F. 321:2947).

2.4.3.5. Otro problema que genera esta atribución de la Policía Federal a partir del *status* autonómico de la Ciudad de Buenos Aires es que siendo la Capital Federal el principal ámbito de aplicación de la Ley 23.950 aparece un verdadero conflicto ya que la Constitución porteña parece fulminar esta facultad policial (art. 13.1). Sin embargo, un insólito decreto del P. E. N. (150/99), luego de encomendar a la Policía Federal el estricto cumplimiento de la Ley 23.950, se arrogó el papel de legislador so color de “reglar” esa facultad policial al indicar un repertorio de “conductas” extraídas de los nefastos, derogados e inconstitucionales edictos policiales (ver su análisis en delitos de autor): llevar llaves falsas o ganzúas, encontrarse ebrio, molestar a los vecinos, hasta la intolerable figura del “merodeador”; además incluyó dos “novedades” no menos peligrosas para las libertades constitucionales: la oferta de sexo en la vía pública (art. 1.g), luego receptada en el artículo 71 del Código de Convivencia porteño, y realizar “reuniones tumultuosas en perjuicio del sosiego de la población o en ofensa de persona determinada”, conocido como “escrache” (art. 1.c).

3. Acceso a la jurisdicción:

3.1. Tradicionalmente presentado como “derecho” a la jurisdicción en tanto modalidad específica del derecho de peticionar (art. 14, CN) ante los órganos jurisdiccionales del Estado, preferimos incluirlo como garantía por su eminente carácter instrumental que lo convierte en ineludible presupuesto de todas las manifestaciones del debido proceso legal adjetivo.

3.2. Tiene raigambre constitucional derivada del artículo 18 CN cuando dispone la inviolabilidad de la defensa en juicio, ya que ésta supone la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia (caso “Ramiro de Peláez” –1942–, F. 193:135), y del Preámbulo al establecer el objetivo de “*afianzar la justicia*”. Su relevancia constitucional fue destacada por la Corte federal en el caso “Cabrerá” –1983– (F. 305:2150) al declarar “nula de nulidad absoluta” la cláusula de un tratado que impedía todo acceso a la jurisdicción interna como internacional en caso de conflictos particulares con la Comisión Técnica Mixta Salto Grande (ver su análisis en subprincipio de control).

3.2.1. A su turno, los instrumentos internacionales con rango constitucional la incluyen expresamente. Bajo el rótulo de *Derecho de justicia* (art. XVIII) la D. A. D. D. H. señala con cierta amplitud que “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”; en tanto que la D. U. D. H. con más precisión le dedica dos normas que marcan la tendencia normativa dominante: como “derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...” (art. 8º), “en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” (art. 10), ampliada a la materia civil por el P. I. D. C. P. (art. 14.1, parte 1ª). Con más detalle la C. A. D. H. aclara que, además del ámbito penal y civil, también rige en el orden “laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8.1) y al referirse a la *Protección judicial* dice que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efec-

tivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...” (art. 25.1).

3.2.2. Por su parte la Constitución bonaerense (según reforma de 1994) introduce una trascendente y original cláusula denominada “*tutela judicial*” que recepta la generosa tendencia actual sobre acceso a la jurisdicción. Dice su artículo 15, párrafo 1º: “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes...”

3.3. Consiste en la posibilidad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional estatal a través de una acción procesal o denuncia en defensa de un derecho constitucional (individual o colectivo) que, de alguna manera, se desconoce. Es decir, que se procura que un tercero imparcial (el órgano judicial o, en ocasiones, de naturaleza administrativa) dirima una controversia entre particulares o entre éstos y el Estado, cualquiera sea la materia de que se trate (penal o no penal). Así, opera como garantía de cualquier derecho y en sentido estricto coincide con el significado de “acción” (que se manifiesta en el escrito de demanda) como medio procesal con el que se inicia un proceso judicial (juicio, causa, caso o litigio). Supone también la posibilidad de recurrir a un órgano jurisdiccional superior y en este sentido más amplio coincide con la noción de “recurso” (ver garantía de doble instancia en defensa en juicio), y se extiende a tener la posibilidad efectiva de ejecución de lo fallado por el propio órgano jurisdiccional. Como se observa, el denominado “acceso”, en toda su amplitud, se identifica con la tutela judicial efectiva y permanente (“continua” dice la Constitución bonaerense): al comienzo, durante y después de la intervención del órgano jurisdiccional.

3.4. Las únicas acciones procesales que encuentran fundamento expreso en la Constitución son el amparo, el hábeas data y el hábeas corpus (art. 43, CN), en tanto acciones rápidas y expeditas de protección (sucedáneo del art. 25.1, C. A. D. H.). La legislación ha reglamentado, además, otras acciones con directa vinculación a prescripciones constitucionales ya que todos los derechos proclamados en la Constitución deben tener la garantía legal de una acción judicial, de manera que todo derecho se traduce, en definitiva, en una acción procesal para

acceder a un órgano jurisdiccional para satisfacer una determinada pretensión dirigida contra alguien.

3.5. Esta garantía supone, entonces, un derecho que se pretende proteger en una situación concreta (caso, causa, litigio o juicio), un órgano jurisdiccional (ver garantía del juez natural, más adelante) ante quien se interpone la acción o denuncia, un sujeto titular de aquel derecho, habilitado para iniciar y proseguir la acción (legitimado activo), contra uno o más sujetos (legitimado pasivo).

3.6. *Legitimación activa*: muchas veces se la identifica con la propia garantía de acceso a la jurisdicción. En rigor, es un aspecto de ésta, bien que de subida importancia, ya que sin ella no hay acceso alguno. Por ende, aquí debe regir la máxima *in dubio pro actione* como criterio interpretativo amplio de raigambre constitucional (art. 33, CN) que formulamos de la siguiente forma: siempre hay que estar a favor de la intervención judicial a fin de remover cualquier factor que limite el acceso al sistema judicial: tanto los obstáculos jurídico-formales como los sociológico-sustanciales:

3.6.1. Respecto a los factores formales limitadores del acceso a la justicia: se trata de remover todos los obstáculos “internos” al propio sistema procesal que impidan su apertura para la defensa de los derechos de todos. Sin perjuicio de remitir a su estudio particular en relación a la acción de amparo individual y colectivo donde se observa con toda claridad que el acceso a la justicia depende de la naturaleza de los derechos que se procura proteger (individual y colectiva), aquí destacamos que en nuestro proceso histórico institucional se partió de una visión estrecha y arcaica (sólo admitía legitimación al sujeto titular, individual, afectado en forma exclusiva y personal) hasta llegar a una amplia y flexible a partir de pioneras aperturas de los jueces en materia de intereses difusos (ver el caso “Kattan” de 1983 analizado en amparo colectivo). Esta tendencia aperturista contra los obstáculos formales a la legitimación activa se coronó con la reforma de 1994 a través del artículo 43, párrafo 2° CN (recepta expresamente el amparo colectivo e individualiza los sujetos habilitados: afectado, Defensor del Pueblo y asociaciones) y del artículo 86, párrafo 2° CN (que ratifica la “legitimación activa” del *ombudsman*), y con la base internacional que se individualizó arriba.

3.6.2. Respecto a los factores fácticos limitadores del acceso a la justicia: se trata de remover los obstáculos “exógenos” al sistema procesal como son la pobreza y/o desinformación estructurales de grandes franjas de la sociedad, que impiden tanto el acceso a éste como su prosecución exitosa en condiciones de igualdad con aquellos que disfrutan de capacidad económica suficiente. Entonces, para hacer posible la plena vigencia de la igualdad de las partes ante y durante la justicia es preciso terminar con esta causa históricamente de desprotección de hecho. Sin perjuicio de que esta *vexata quaestio* excede largamente este tema, aquí señalamos que así como en materia penal el acusado tiene derecho a contar con un defensor letrado por parte del Estado en caso de carecer de medios suficientes para costear una asistencia particular remunerada, en todos los asuntos debe primar un criterio compensador a fin de superar la discriminación fáctica y viabilizar el efectivo y concreto acceso de todos y no de unos pocos a la justicia. Medios propicios para ello son: la gratuidad, la cual debe extenderse hasta el momento en que los jueces se expidan; las acciones colectivas en defensa de derechos de ese carácter, y también un criterio favorable a la parte más débil frente a la prepotencia del más fuerte (ej. cuando en juicio se enfrenta una gran empresa con un pequeño afectado, individual o no), sin el cual los otros medios no sirven para nada. Esta tendencia contra los obstáculos fácticos de la legitimación activa también se ha coronado con la reforma de 1994 a través del artículo 75, inciso 23 CN (recepta expresamente las acciones positivas, analizadas en la garantía de igualdad), y por supuesto con la base internacional antes reseñada.

3.7. *Legitimación pasiva*: en ciertas oportunidades, excepcionales y acotadas, en razón de la persona es necesario contar con un recaudo previo para demandarlas, caso de los Estados extranjeros o sus representantes. Recordar la importante apertura dada en el caso “Manauta” –1994– (F. 317:1880), donde la Corte abandona el criterio anterior y adhiere a la tesis de la inmunidad relativa o restringida de la inmunidad de jurisdicción (ver su análisis en competencia de los tribunales inferiores: inmunidad del Estado extranjero). Otro avance histórico fue la prescindencia de ley previa para autorizar las demandas contra la Nación que exigía la vieja ley 3952 de 1900.

3.8. Respecto a la relevante cuestión de qué se entiende por “caso” judicial (“*causa*” según el vocablo del art. 116, CN) remitimos a lo dicho en acción declarativa de inconstitucionalidad y en requisitos comunes del recurso extraordinario (ambos analizados en subprincipio de control). Sin perjuicio de ello, señalamos su estrecha vinculación con la cuestión de la legitimación. En muchas oportunidades donde se rechazaron acciones por falta de legitimación activa también se argumentó la inexistencia de caso en el sentido de litigio contencioso entre partes (ej. caso “Baeza” –1984–, F. 306:1125, analizado en sufragio como modo de decisión dentro de derechos políticos). Esta posición, a la postre, termina a su vez autolimitando la función de controlador de constitucionalidad al impedir que los jueces la ejerzan (ver características de nuestro sistema de control).

4. Juez natural:

4.1. El artículo 18, parte 1^a *in fine* CN, al prohibir el juzgamiento “*por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa*”, consagra la clásica garantía denominada sucintamente por nuestra Corte Suprema como “juez natural”. Ésta no rige sólo en materia penal, sino también en cualquier asunto no penal (civil, laboral, comercial, etc.).

4.2. Sin embargo, el doble dato del artículo 18 CN (anterioridad + ley formal) como aspectos relevantes de esta garantía se queda a mitad de camino, pues a ello deben agregarse otras inexcusables referencias: competencia, imparcialidad e independencia en relación a los órganos judiciales. Estos últimos datos liminares fueron omitidos por el texto histórico de la Constitución, pero sin duda constituyen con los primeros el contenido completo de esta garantía. Es curiosa y paradójica esa omisión, cuando la Constitución de 1819 (art. CXIV) se refería a jueces “libres, independientes, e imparciales” (también la de 1826: art. 164), aspectos absolutamente condicionados en nuestra historia institucional como consecuencia directa de la inestabilidad política a partir de 1930 con los recurrentes golpes militares y sus designaciones ilegítimas en el Poder Judicial (ver el Libro Tercero de esta obra) o efectuadas por el frecuente “amiguismo” incluso por gobiernos de iure.

4.2.1. En suma, juez natural significa: juez o tribunal, independiente

e imparcial, establecido por ley formal que le otorgue competencia con anterioridad a que se produzca el hecho que motiva la causa.

4.3. Por lo antes dicho, no es juez natural de la causa: el tribunal integrado sin cumplir con los requisitos previstos para la designación de los jueces tanto por la Constitución Nacional como por leyes federales (o por el derecho local; ni el que dependa del Ejecutivo, art. 109, CN), aunque hubiese sido creado con anterioridad al hecho de la causa en la medida en que sus decisiones no sean revisables ante la justicia; ni los tribunales arbitrales impuestos obligatoriamente (no los aceptados voluntariamente), cuyas decisiones no sean revisables ante la justicia. Tampoco los supuestos de comisiones especiales que se refieren al final de este acápite.

4.4. La noción descriptiva (completa y actualizada) de la garantía de juez natural es receptada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional: la Declaración Americana exige para “Toda persona acusada de delito” el juzgamiento de tribunales imparciales y establecidos por “leyes preexistentes” (art. XXVI, párr. 2º); en tanto que la Universal (art. 10) impone “un tribunal independiente e imparcial” para toda clase de juicios. Por su parte, el artículo 8.1 C. A. D. H. establece los cuatro recaudos que debe cumplir el juez o tribunal: “competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”; a su vez, el artículo 14.1 P. I. D. C. P. reitera esas características pero omite el requisito de la anterioridad de la ley.

4.5. La reforma de 1994, al final del artículo 114 CN, incorporó la explícita referencia a la “*independencia*” y eficacia “*de los servicios de justicia*” al vincularlo con el proceso de selección y remoción de los jueces (ver capítulo del Poder Judicial). Por su parte, el artículo 1º del CPPN, al reglamentar lo atinente al juez natural, se limita a decir: “Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias”.

4.6. Esta garantía se refiere al órgano judicial y no a su o sus titulares. Así, no es óbice que cambie la persona del juez, pero sí lo es que se cambie o se establezca un nuevo órgano jurisdiccional o una competencia nueva o especial para el caso. Es doctrina de la Corte

federal, desde los primeros tiempos hasta la actualidad, que la intervención de nuevos jueces en las causas pendientes no afecta esta garantía (F. 17:22; 24:432).

4.6.1. Una sana excepción a esa invariable doctrina fue el caso “Barraco Mármol” (F. 203:5): ese juez federal que fue removido de su cargo en 1945 por decreto del Ejecutivo de facto invocando disconformidad con lo actuado en dos recursos de hábeas corpus que tramitaron en su juzgado, y luego detenido, interpuso hábeas corpus acogido por la Corte. Para ello, el tribunal sostuvo, entre otros fundamentos, que la destitución de los jueces por las razones invocadas conducía necesariamente a la designación de jueces especiales para juzgar los juicios radicados en un juzgado por medio de la remoción del juez titular.

4.6.2. La Corte Suprema también tiene establecido que si luego de producirse el hecho, pero antes de radicada la causa ante el juez competente (antes de trabada la litis civil o de ratificada la querrela penal), se modifica la competencia del juez natural por la ley, la nueva competencia es aplicable sin afectar esta garantía. La facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía (caso “Segovia” –1993–, F. 316:2695). En los casos “Orfila” de 1929 (F. 154:184) y “Fernández” de 1967 (F. 267:42) se dispuso correctamente que las leyes que modifican la jurisdicción y competencia se aplican de inmediato a las causas pendientes, mientras no se prive de validez a los actos procesales cumplidos.

4.6.3. El *leading case* en la materia es el caso “Grisolía” –1956– (F. 234:482):

Hechos: el decreto-ley 276/55 derogó el llamado Código de Justicia Policial (ley 14.165 de 1952) que había creado el fuero policial para juzgar ciertos delitos cometidos por policías, y dispuso que los procesos en trámite no quedaban extinguidos, sino que se sometían a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y permanentes. Empero, bajo la breve vigencia de aquel inusitado régimen procesal, personal de la Comisaría Nº 10 de la Capital Federal habría cometido varios delitos (privación ilegal de la libertad, lesiones, abuso de autoridad) en perjuicio de Francisco Grisolía. La Cámara Penal de Capital declara la incompetencia de la justicia ordinaria, pues de lo contrario se violaría

la garantía del juez natural. La causa llega a la Corte por entender el querellante Grisolía que se daba una auténtica privación de justicia.

Dictamen del procurador Soler: avanza sobre el alcance de esta garantía al decir que si los jueces competentes dejan de serlo por obra de una nueva ley, no puede afirmarse que sigan teniendo poder para juzgar las causas de que se trate; cuando nuevos tribunales permanentes asumen la competencia que otro tenía antes “no les quitan o sacan algo a los anteriores”. Así, cuando a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo en la causa iniciada con anterioridad, no hay sustracción al juez natural. Lo inadmisibles es que un juez sea privado de su jurisdicción en un caso concreto para conferírsele a otro que no la tiene, de modo tal que “se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente investida por ese magistrado de ocasión”. Asimismo, en relación al caso, Soler recurre al argumento práctico de que de aceptarse que otros jueces juzguen los hechos de la causa, estos presuntos delitos quedarían impunes, comportando un sobreseimiento definitivo inadmisibles (típico enfoque consecuencialista, ya analizado en interpretación constitucional).

Sentencia de la Corte: hace suyo el dictamen del procurador general y reitera que la supresión del fuero policial no violaba la garantía del juez natural. En consecuencia, dispone que siga conociendo de este proceso la justicia ordinaria.

4.6.4. Lo resuelto en el caso “Grisolía” para el derogado fuero policial del Código de Justicia Policial, *a fortiori*, anticipa y enmarca la reforma al fuero militar a través de la modificación al Código de Justicia Militar ocurrida en por el artículo 10, Ley 23.049 (ver su análisis en fuero funcional al estudiar la igualdad ante la justicia).

4.6.4.1. La Corte federal convalidó en el mismo año 1984 la constitucionalidad de ese régimen en el *leading case* “Videla” (reiterado en el caso “Lami Dozo”, F. 306:2157), donde complementó lo dicho al resolver meses antes en sendas cuestiones de competencia en los casos “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario” (F. 306:303) y “Bignone” (F. 306:655).

4.6.4.2. Caso “Videla” –1984– (F. 306:2101):

Hechos: la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Capital

Federal asumió (por Acordada N° 42/84) el conocimiento de la causa hasta ese entonces en manos del Consejo Supremo de las FF. AA. que en cumplimiento del decreto 158/83 debía enjuiciar a las tres primeras juntas del gobierno usurpador del período 1976/83 por gravísimos y reiterados delitos (homicidio, privación ilegal de la libertad y tormento). Contra esa decisión, Videla interpone recurso extraordinario donde se cuestiona la constitucionalidad del artículo 10 pretextando violación a la garantía del juez natural (art. 18, CN), pues al producirse los hechos que motivaron el proceso era competente el Consejo Supremo para juzgar en instancia única (art. 122.1, ley 14.029).

Sentencia de la Corte: por unanimidad se rechaza el planteo, por vía de la inadmisibilidad del recurso extraordinario por ausencia de sentencia definitiva (voto de Belluscio), o por la expresa confirmación de la decisión apelada (Carrió-Fayt-Petracchi y Caballero).

El voto mayoritario: con pureza metodológica rechaza el agravio de la pretendida violación de los jueces naturales, en los dos aspectos del artículo 18 CN (la intervención de la Cámara Federal no importa sacar al imputado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, y no tratarse de un juzgamiento por comisiones especiales). El con. 9 señala que la finalidad originaria de garantía en cuestión fue “excluir de la administración de justicia los privilegios y desigualdades del antiguo régimen”, íntimamente vinculada con la prohibición presidencial de ejercer funciones judiciales (ex art. 95, CN, actual 109). Respecto a la llamada *perpetuatio iurisdictionis* (entendiéndose por tal que las leyes generales modificatorias de la competencia no se aplican a las causas ya iniciadas), el con. 10 del voto mayoritario recuerda que el criterio tradicional de la Corte es que el artículo 18 de la CN no impide la inmediata aplicación de nuevas normas generales de competencia, inclusive a las causas pendientes, es decir, que no incluye la *perpetuatio iurisdictionis*, sin perjuicio de que sólo en ciertas ocasiones —que no son las de autos— ella se encuentra comprendida en los alcances del artículo 18 CN. Así, en el con. 12 recuerda que desde antiguo ha dicho la Corte que las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aun en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes, porque la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía (F. 163:231

y 259), es decir, que no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento pues las leyes de competencia son de orden público (F. 193:192; 249:343). Que la compatibilidad de esta doctrina con la garantía del artículo 18 de la CN surge, según el con. 13, tanto del ya comentado dictamen del procurador Soler en el caso "Grisolía", como de la sentencia de F. 17:22 con firma de J. B. Gorostiaga al decir que lo que se proscriben son las leyes *ex post facto* y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso, pero ello no impide que las leyes atribuyan a nuevos tribunales permanentes ciertos géneros de causas en que antes conocían otros que se suprimen o cuyas atribuciones se restringen; de lo contrario, se obstaculizaría toda mejora en esta materia obligando a conservar magistraturas o jurisdicciones dignas de supresión o reformas. Claro que dicha doctrina judicial no impide que el legislador, por excepción, disponga expresamente que las leyes que modifican la competencia no se apliquen a las causas pendientes (c. 14). Entonces, cuando el artículo 10, Ley 23.049 dispone la inmediata aplicación de la revisión o avocación, además de no violar el artículo 18 CN procura adecuar el régimen del fuero castrense al mandato según el cual "todo titular de una pretensión jurídica tiene garantizado por el artículo 18 el derecho de ocurrir en procura de justicia a un órgano integrante del Poder Judicial". Por último, concluye que el artículo 10 cuestionado no conculca la garantía del juez natural, pues el "dar" juez difiere por completo del "sustraer", e importa "dar" más jurisdicción, deparar mayor justicia-bilidad.

Voto de Belluscio: sólo acepta la validez del fuero militar disciplinario, y no reconoce "derecho subjetivo de ser juzgados por sus pares" en casos de delitos comunes y tipificados en el Código Penal, a lo que califica de "aberración" incompatible con una justicia imparcial al estar integrada por simples dependientes del Ejecutivo.

Comentario al fallo: ante todo, tiene una histórica trascendencia institucional ya que en virtud de él la mentada Cámara pudo tramitar y dictar su famosa sentencia en el proceso seguido a las tres primeras juntas (de allí que se lo conozca como causa del "juicio a las Juntas") en 1985 y confirmada por la Corte Suprema a fines de 1986 (publicadas ambas sentencias en los dos volúmenes del tomo 309 de *Fallos*), donde

se condenó a algunos de los integrantes de la última dictadura militar por verdaderos delitos de lesa humanidad. Sin mengua de ello, es contundente el voto mayoritario (al que debe sumarse el voto particular de Caballero) respecto a que la *perpetuatio jurisdictionis* –por regla– no está amparada por el artículo 18 CN, salvo ciertas excepciones: a) cuando existan actuaciones válidamente cumplidas con arreglo a la ley anterior, por la cual las nuevas reglas de competencia no son obstáculo para que el juicio continúe ante el tribunal ante el cual se hallaba radicado; b) cuando el legislador crea con efecto retroactivo nuevos recursos tendientes a alterar la cosa juzgada ya producida en una causa.

4.6.4.3. En el caso “Llerena” (sentencia citada en *Debates de Actualidad*, N° 197, p. 117) la Corte deja de lado su doctrina anterior, según la cual el desempeño de un magistrado como juez de instrucción no configura un motivo de inhibitoria o de recusación cuando el mismo juez debe integrar el tribunal del juicio oral (sentada con anterioridad en los casos “Zenzerovich” y “Álvarez”). Agrega el tribunal que el juez correccional que lleva adelante la investigación penal no puede intervenir en el debate oral, debiendo en tal situación elevar las actuaciones al superior jerárquico, porque el “temor de parcialidad” constituye un motivo no escrito de parcialidad.

4.7. Competencia territorial en materia penal:

4.7.1. El actual artículo 118 (ex 102) recepta el “principio procesal” conocido como *forum delicti comissi*: “el lugar del hecho criminal determina la jurisdicción para juzgarlo, siendo ésta improrrogable” (F. 151:67). Esta regla va más allá de la mera distribución de la competencia judicial e integra la noción de juez natural al consagrar la intermediación en materia penal: facilitar al juez y al justiciable el desarrollo de un proceso penal cuyos hechos y pruebas les fueran próximos geográficamente (Bidart Campos, 4). En suma, la garantía del juez natural conlleva la exigencia de que los procesos se celebren, al menos, en la provincia donde se cometió el delito, aunque lo ideal es que se celebren en el mismo lugar donde se cometió, ya sea por jueces provinciales o jueces federales, según los casos.

4.7.2. Así, si bien esta regla espacial-procesal del artículo 118 CN concuerda con la reserva de las jurisdicciones locales del artículo 75, inciso 12 CN (ex 67, inc. 11 modificado por la reforma de 1860) en

tanto el Código Penal es de derecho común y su aplicación corresponde, en principio, a los jueces provinciales, la excede, puesto que rige tanto para juzgamiento de delitos comunes como federales. Es decir, que los delitos que deban sustanciarse ante jueces federales también deben respetar esta pauta geográfica (del lugar del delito). Ocurre que esta norma, sobreviviente a todas las reformas constitucionales desde 1853, originariamente estaba destinada sólo a la justicia federal; después de 1860 se destina también a la justicia provincial (Bidart Campos).

4.7.2.1. Por ello violaba el ex artículo 102 CN (actual art. 118) la ex Cámara Federal en lo Penal de la Nación (conocida como “Camarón”, que se analiza en comisiones especiales), puesto que la norma de creación (ley de facto 19.053) le otorgaba “competencia penal originaria extendida a todo el país” para juzgar hechos que reputaba de carácter terrorista (así lo dijo la Corte en el caso “Videla” de 1984 en un *obiter dictum* del final del con. 16 de la mayoría). Un criterio diametralmente opuesto y equivocado se había sentado en el caso “Díaz” –1972– (F. 284:100) donde la Corte de ese entonces había legitimado la competencia originaria de la Cámara Federal de Tucumán por hechos de aquel carácter acaecidos en Jujuy según la ley de facto 18.670 (precursora de la solución extrema de la ley de facto 19.053, que la reemplazó).

4.7.3. Las únicas excepciones al *forum delicti commissi* deben surgir de la propia Constitución: los delitos cometidos en el exterior contra el derecho de gentes en el mismo artículo 118 *in fine* CN (ver este tema en delitos de lesa humanidad); los delitos que se subsuman en los taxativos casos de competencia originaria de la Corte federal en el artículo 117 CN, único órgano del Poder Judicial con jurisdicción en todo el territorio del país, o los delitos cometidos en el exterior por argentinos que se encuentran en el país y cuya extradición se pide, tienen la opción de ser juzgados en el país (ver el tema en sujetos constitucionales), e incluso el caso de delitos cometidos en el extranjero por agentes de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo según lo prescribe el artículo 1.2 CP.

4.7.4. Otra excepción al *forum delicti commissi* está dada por razones materiales, en caso de multiplicidad de lugares de perpetración del delito. Ha dicho la Corte que en esos casos, sin mengua del artículo 118

CN, corresponde a ésta determinar el juez competente “que resulte más conveniente desde el punto de vista de una más eficaz investigación, mayor economía procesal y mejor defensa de los procesados”, más allá de qué magistrado hubiera prevenido (F. 303:934; 304:1322; 305:610; 306:1024; 315:625). Ya en 1965, en el caso “Wyeth” (F. 261:120), Boffi Boggero había anticipado esa ineludible solución en caso de elevado número de causas y, aun, de procesados –varios en cada una de ellas–, tanto como la existencia de hechos acontecidos en lugares diversos.

4.8. *Las “comisiones especiales”:*

4.8.1. Esta prohibición del comienzo del artículo 18 CN es una derivación o proyección particular de la noción dada de la garantía de juez natural. Se relaciona con la accidentalidad del órgano instituido especialmente para juzgar determinados casos o grupos de casos. Refuerza la prohibición de remitir un caso particular al conocimiento de tribunales a quienes la ley no ha conferido competencia en general sobre la materia sobre la que el asunto versa. En suma, son los tribunales o jueces ad hoc (para el caso) o *ex post facto* (creados después de producirse los hechos motivo de las actuaciones), o aun siendo creados con anterioridad a los hechos de la causa, con una dependencia funcional del Poder Ejecutivo (o sin tenerla, haber sido designado o depender su remoción del Poder Ejecutivo). Consiste en “sacar” al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales para someterlo a jueces “accidentales o de circunstancia” (F. 17:22).

4.8.2. Esta cláusula constitucional “se propuso proscribir las leyes *ex post facto* y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso, sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales para someterlos a tribunales o jueces accidentales o de circunstancia” (F. 186:41). Puede haber privación de la garantía del juez natural sin violarse la prohibición de comisiones especiales, ejemplo: si se es juzgado por un tribunal sin competencia pero constituido con anterioridad al proceso, en cuyo caso no hay comisión especial, pues ésta siempre se constituye a posteriori para juzgar un determinado caso o grupo de casos.

4.8.3. *Posición de la Corte Suprema ante casos concretos de comisiones especiales:* asociado a la inestabilidad política sufrida por

Argentina en el siglo XX, los gobiernos de facto instituyeron verdaderas comisiones especiales. Además de los abundantes antecedentes de “tribunales” militares para civiles (que se estudia en especial en ley marcial en el Libro Tercero de esta obra), en distintas épocas esos gobiernos crearon organismos especiales para juzgar hechos que atentaban contra su existencia o a funcionarios de gobiernos depuestos. Sin embargo, salvo el primer caso que vemos a continuación, en otras dos oportunidades la Corte no los descalificó:

4.8.3.1. Caso “Díaz Reynolds” –1973– (F. 286:62):

Hechos: la ley de facto 19.053 creó la Cámara Federal en lo Penal de la Nación (conocida como “Camarón”) para investigar y juzgar en instancia única los delitos relacionados con actividades terroristas, con sede en Capital Federal y competencia territorial en todo el territorio nacional. Funcionó más de dos años hasta que el Congreso, por Ley 20.510, la derogó y dispuso el cese inmediato de sus magistrados y funcionarios (art. 2º) y que las causas en trámite ante ella se remitan a sus “jueces naturales” (art. 3º). Algunos jueces que la integraban recurrieron ante la Corte por vía de superintendencia para que se los incorporara a la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional.

Sentencia de la Corte: subsume a ese órgano en el concepto de “comisión especial” vedada por el artículo 18 CN, entre otras razones, porque “el designio que lo inspiraba [a la norma que lo creaba] era punir una circunstancial reacción popular” (c. 7) y por haber sido creado por un gobierno de facto (c. 8). Por ende, consideró que sus ex integrantes no gozaban de la inamovilidad en sus cargos del ex artículo 96 CN (hoy 110).

Comentario al fallo: es correcto negar la inamovilidad de esos ex jueces (ver esa garantía de los jueces en el capítulo del Poder Judicial), por integrar una verdadera comisión especial fulminada por el artículo 18 CN. Claro que esa Corte estaba integrada por miembros nombrados por el gobierno constitucional que reemplazó al gobierno de facto que había creado aquel organismo. Incluso, tiempo después, en un infrecuente *obiter dictum* retroactivo (ya citado con. 16 *in fine* de la mayoría del caso “Videla”), la Corte volvió a referirse al “Camarón” como

paradigma de comisión especial “enderezada exclusivamente a la represión de hechos cometidos con motivación política”.

4.8.3.2. Caso “Perón” –1957– (F. 238:76):

Hechos: por decreto-ley 5148/55 se crea la “Junta Nacional de Recuperación Patrimonial” (organismo dependiente del Ejecutivo de facto), que tuvo por fin investigar el patrimonio de ciertos funcionarios del régimen constitucional depuesto por el golpe de Estado de 1955, con facultades de cuño judicial (allanar domicilios, practicar detenciones, secuestrar pruebas y reintegrar al dominio del Estado los bienes considerados mal habidos) apelables ante la Cámara Federal de Capital Federal. En 1956 esa “Junta” transfiere al patrimonio estatal “todos los bienes adquiridos” por J. D. Perón después del 4 de junio de 1943, habidos dentro o fuera del país. El afectado apela tal decisión por entender, entre otras razones, que: la “Junta” era una comisión especial prohibida por el artículo 18 CN al no formar parte del Poder Judicial, y disponía una verdadera confiscación fulminada por el artículo 17 CN. La Cámara rechaza esos planteos, que se reiteran ante la Corte por vía extraordinaria.

Sentencia de la Corte: con base en un extenso dictamen del procurador Soler, confirma la constitucionalidad de la “Junta” y de la norma que lo establecía. Dijo que no se trataba de un tribunal de justicia, sino de un organismo administrativo con funciones jurisdiccionales con clara finalidad de “bien público”, y se lo vinculó con los “objetivos” del golpe de Estado –aquí se lo denomina “revolución”– que además de perseguir “el restablecimiento de las instituciones subvertidas”, procuraba privar “de las ganancias adquiridas ilícitamente por todos aquellos que detentaron el poder o se valieron de él durante el régimen depuesto, transfiriéndolas al Estado en beneficio de la comunidad”. Así, considera superables las “deficiencias y obstáculos de orden procesal”. No acepta la tacha de “comisión especial” pues la decisión del organismo cuestionado fue revisada por un tribunal de justicia. Por último, considera que el desapoderamiento dispuesto por ley en concepto de restitución o reparación no constituye confiscación prohibida por el artículo 17 CN, como tampoco lo hace la multa o decomiso.

Comentario al fallo: confunde la facultad de investigación que pueden cumplir organismos especiales con la función jurisdiccional

que está reservada a los integrantes del Poder Judicial al reconocérsela a un organismo administrativo creado ad hoc y *ex post facto*. Es claro que la revisión judicial posterior no sana el vicio constitucional. Es inadmisibles invocar excepcionalidad alguna para soslayar las garantías constitucionales del artículo 18 CN. Resulta por demás paradójico, aunque no sorprende, que este decisorio sea firmado por los mismos jueces "garantistas" de los casos "Mouviel", "Colalillo" y "Siri", todos del mismo año 1957; claro que también es justo recordar que esta misma Corte falló en los casos "Cantarini" y "Bustos Núñez".

4.8.3.3. La cuestionable doctrina del caso "Perón" de 1957 es reiterada cuando, dos décadas después, esta vez con motivo del golpe de Estado de 1976, se crea un organismo similar al del año 1955 por decreto 3245/77 (la "Comisión Nacional de Responsabilidad Patrimonial" o Conarepa), cuya finalidad era aplicar la ley de facto 21.670 que disponía que las personas incluidas en las Actas del Gobierno Militar del 18 de junio de 1976 y 3 de febrero de 1977 no podían administrar ni disponer de sus bienes hasta tanto no acreditaran su legítima adquisición. La Conarepa tenía típicas facultades judiciales (disponer medios de prueba, embargos, secuestros de bienes) con apelación ante la Cámara Federal de Capital Federal. La Corte de ese entonces, con cita del caso "Perón", vuelve a declarar su constitucionalidad (en 1982: caso "Rotemberg", F. 304:865, y en 1983: caso "Abal Medina", F. 305:973, entre otros), hasta que el propio gobierno militar se encargó de disolver semejante organismo en 1983.

5. Juicio previo:

5.1. El artículo 18, parte 1ª CN consagra la fórmula latina *nulla pœna sine iudicio* con más el adjetivo de "previo". Sin embargo, aunque la referencia al "juicio previo" parece limitarse al ámbito penal, también rige en materia no penal. Así, tan importante es la existencia de "juicio" (proceso regular o exigencia de al menos una instancia judicial que supone distintas etapas o pasos) como la circunstancia temporal de anterioridad a la sentencia. A pesar de que el artículo 18 CN no lo diga explícitamente, a ello deben sumarse dos aspectos más: la publicidad y la duración razonable; su fuente, en cambio, dice "juicio rápido y público" (Enmienda VI, Constitución de los EE. UU.).

5.2. *En materia civil*, los pasos o etapas del “juicio previo” son: demanda, contestación, prueba y sentencia. En tanto que en materia penal, para que haya “juicio” según la Corte Suprema se deben cumplir las siguientes etapas o pasos sustanciales: acusación, defensa, prueba y sentencia (en forma reiterada: F. 96:23; 99:284; 116:23; 119:284; 125:268; 183:68; 318:2098).

5.2.1. *Acusación*: es necesaria en 1ª como en 2ª instancia, de modo que es inconstitucional prescindir de ella en ambas (F. 255:79). Se debe describir con precisión la conducta que se reprocha a una persona a fin de que ésta pueda ejercer en plenitud la defensa en juicio (F. 298:308). El acusador es parte necesaria durante todo el proceso penal y debe ser un órgano distinto al juez, pues de lo contrario se compromete la imparcialidad del último. En suma, la necesidad de acusación transforma al proceso penal en una contienda entre dos partes que se resuelve por el juez como órgano imparcial. La C. A. D. H. exige “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada” (art. 8.2.b), en tanto que el P. I. D. C. P. agrega que esa información debe ser “sin demora, en un idioma que comprenda”, sobre “la naturaleza y causas de la acusación formulada” (art. 14.3.a).

5.2.2. *Defensa*: la facultad de ser oído ampara tanto a los querellantes como a los querellados (F. 199:617). Esta “etapa” tiene una magnitud y trascendencia tales dentro de la garantía genérica del debido proceso que se estudia por separado más abajo a partir de su recepción constitucional en el artículo 18, parte 3ª.

5.2.3. *Prueba*: de cargo y de descargo con anterioridad al pronunciamiento final. Comprende la facultad de ofrecerla y producirla en tanto sea pertinente y conducente para obtener la averiguación de la verdad en el proceso y lograr la convicción del magistrado sobre la existencia o inexistencia del hecho que motiva el juicio. Por ello, es que se debe asegurar la libertad de los diversos medios de prueba en la admisión, producción, asunción y valoración de los mismos. La C. A. D. H. recepta la facultad de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener su comparecencia y la de peritos u otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (art. 8.2.f, similar al art. 14.3.e, P. I. D. C. P.). Por su parte, la Corte ha dicho que es inconstitucional la privación al reo de la audiencia en tiempo oportuno

y de la ocasión para ofrecer y producir prueba (F. 46:357); también la omisión de notificar al defensor la oportunidad en que declararían los testigos cuyos dichos luego fueron tomados en cuenta como fundamento de la sentencia (F. 252:356); así como la presunción de que existe el delito sin admitir prueba alguna de descargo y la privación injustificada de pruebas ofrecidas (F. 254:160 y 247:419).

5.2.4. *Sentencia*: con la cual finaliza el proceso penal; como toda sentencia, debe estar fundada en ley, es decir, que debe ser congruente (de acuerdo a lo pedido), fundada normativa y fácticamente, coherente (no contradictoria). En suma, la sentencia no debe ser arbitraria, aquella que no constituye una derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos comprobados de la causa (remitimos al estudio de arbitrariedad en recurso extraordinario en el subprincipio de control). Por su parte, tanto el artículo 10 C. A. D. H. como el artículo 14.6 del P. I. D. C. P. reconocen responsabilidad estatal por error judicial, con la peculiaridad de que el primero especifica el derecho a ser indemnizado “en caso de haber sido condenado en sentencia firme”.

5.2.5. En el caso “Mattei” de 1968 (F. 272:188) se dijo que esas etapas en materia penal, en forma progresiva, tienden a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena y, por ello, cada una de esas etapas constituye el presupuesto necesario de la que le subsigue en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden (c. 8), a lo que se nomina “principio de la progresividad” que impide que el juicio se retrotraiga a etapas superadas, puesto que los actos procesales precluyen (“principio de preclusión”) cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece (c. 9).

5.2.6. Las referidas cuatro etapas en materia penal corresponden al momento del juicio propiamente dicho, pero presuponen un momento previo, generalmente denominado “instrucción” o “sumario”, en el cual se recogen los elementos de prueba que darán base al requerimiento fiscal o acusación, los cuales no se confunden con la etapa probatoria *stricto sensu*. Según los distintos códigos procesales penales, estos dos grandes momentos pueden estar en cabeza de un mismo juez (modelo tradicional) o dividirse en un juez de instrucción (que sobreesee o eleva la causa a juicio) y un juez de juicio y sentencia (modelo de la oralidad)

o en manos de un fiscal instructor. Ocurre entonces que el “juicio previo” exigido por la Constitución, en sentido amplio, abarca no sólo la actividad contradictoria de acusación y defensa, en la cual se cuenta con la prueba para después dictar sentencia, sino que también abarca la instancia de pesquisa o investigación.

5.2.6.1. *El llamado “juicio abreviado”*: en 1997, la Ley 24.825 incorporó al CPPN esta polémica figura (art. 431 bis), con el obvio propósito de acelerar el tiempo del proceso, aliviar la tarea judicial y reducir sus costos. Básicamente, consiste en una solución negociada del conflicto penal entre el fiscal y el imputado: cuando en la instancia instructoria, según la discreción del fiscal, la pena a aplicar fuera menor a seis años de prisión, y se cuente con la conformidad del imputado sobre la existencia del hecho, su participación y la calificación fiscal, el Ministerio Público formula la propuesta ante el juez de instrucción que la eleva al Tribunal Oral. Éste debe decidir si la rechaza (y sigue el trámite ordinario) o la acepta, en cuyo caso toma conocimiento de visu del imputado, lo escucha y sin más trámite dicta sentencia en diez días, con la limitación de que nunca podrá fijar una pena mayor o más grave a la acordada por las partes.

5.2.6.1.1. Este “juicio abreviado”, si bien simplifica y acorta el trámite procesal, pone en crisis las necesarias etapas mencionadas por la Corte federal: suprime la probatoria; limita la etapa de defensa al convertirla en la mera posibilidad de ser oído, y desfigura la etapa de sentencia al transformar la potestad jurisdiccional en puro acto refrendatario del acuerdo, con prescindencia de la verdad material. En suma, esta novedosa variante procesal nada tiene del “juicio” exigido por el artículo 18 CN. Similares críticas merece el denominado “juicio correccional” (arts. 405/409, CPPN) limitado a las faltas policiales o delitos “correccionales” (art. 27), en la medida en que omite todo “juicio” en el caso de que exista confesión del imputado y acuerdo del propio juez, fiscal, querellante y defensor (art. 408).

5.3. *Publicidad del juicio previo:*

5.3.1. Desde siempre, la publicidad de todos los actos de gobierno (incluida, por supuesto, la de los del Poder Judicial) es una exigencia derivada de la forma republicana de gobierno consagrada en el artículo 1º CN (ver su estudio al comienzo de la sección referida a la sub-

estructura orgánica), imprescindible para permitir el contralor popular. Obviamente, esta exigencia que completa la garantía del “juicio previo” rige para toda clase de proceso.

5.3.1.1. La reforma de 1994, al dotar de jerarquía constitucional a ciertos instrumentos de derechos humanos, no ha hecho más que explicitar aquella garantía implícita derivada del añejo artículo 1° CN: la C. A. D. H. al decir que “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (art. 8.5), establece la regla de la publicidad con su condigna excepción. En cambio, el P. I. D. C. P. se refiere a la publicidad a la hora de establecer la garantía de toda persona “a ser oída”, para luego referirse con demasiado esmero a las excepciones: “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia” (art. 14.1).

5.3.2. La publicidad de los juicios supone que sus momentos fundamentales se produzcan ante un número indeterminado de personas ajenas al mismo proceso, es decir, que se verifica –al menos– permitiendo el acceso al público según la reglamentación específica. Precisamente, el incumplimiento de la normativa que exigía la publicidad en las audiencias dio lugar a la destitución de un juez de faltas de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires que reiteradamente celebraba las audiencias en su despacho en lugar de hacerlo en la sala destinada a este fin (caso “Araujo” –1990–, F. 313:1472).

5.3.2.1. Los distintos códigos procedimentales del país que pergeñan procesos escriturarios (por oposición al modelo de la oralidad) acotan fuertemente la exigencia de la publicidad. Esta tendencia –al menos en materia penal– ha ido cambiando hacia la oralidad (ej. el nuevo CPPN establece en su art. 363, bajo pena de nulidad, que el plenario será oral y público).

5.4. *Tiempo del juicio previo:*

5.4.1. Además de la publicidad de todas las etapas del “juicio previo” tanto de naturaleza penal como no penal, se debe satisfacer

un elemental aspecto temporal, pues es obvio que la justicia tardía no es justicia. Nuestra Corte Suprema ha hablado de “rápida y eficaz decisión judicial”, en tanto que los instrumentos internacionales con rango constitucional han acuñado la expresión de “plazo razonable” (arts. 7.5 y 8.1, C. A. D. H., y art. 9.2, P. I. D. C. P.). De esta forma, el juicio previo debe finiquitarse en un tiempo razonablemente rápido, el que dependerá de las circunstancias y complejidades de cada causa. Aunque no se puede traducir ese concepto en un número fijo de semanas, meses o años, lo que la Constitución no tolera es el retardo o mora judicial en la solución de los conflictos. Como en tantas otras materias, aquí nuestra realidad cotidiana ante los estrados judiciales es bien distinta a ese claro marco de referencia supremo.

5.4.2. La Corte Suprema se ha referido a este aspecto en procesos no penales al decir que la garantía de la defensa en juicio “no se compadece con la posibilidad que se dilate sin término, o más de lo razonable, la decisión de las cuestiones llevadas a los estrados judiciales con la consiguiente imposibilidad de la libre disposición de los bienes afectados” (caso “Estévez” –1974–, F. 289:183).

5.4.3. Doctrina de la Corte sobre el tiempo en los procesos penales:

5.4.3.1. El *leading case* es el ya citado caso “Mattei” de 1968. Allí, la Corte revoca la decisión de la Cámara cuando estando el proceso penal en situación de ser fallado por el tribunal de apelación en lugar de dictar la sentencia definitiva, de oficio, declaró la nulidad de todas las actuaciones a partir del cierre del sumario inclusive, sobre la exclusiva base de que el instructor de 1ª instancia no había agotado la investigación. De este modo, el juicio se retrograda a su etapa inicial y cuando Mattei llevaba más de cuatro años en condición de procesado (c. 6). De esta forma, al violarse la “progresividad” y “preclusión”, dijo la Corte, se atenta contra “la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente”, y satisface la exigencia consustancial a la dignidad humana, cual es que toda persona tiene derecho a “liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal” (c. 10); que la garantía de la defensa en juicio incluye “el derecho del imputado a

obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (c. 14). “Tal derecho a un juicio razonablemente rápido, se frustraría si se aceptara que cumplidas las etapas esenciales del juicio [...] es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión cabría sólo imputar a los encargados de su producción, pero no por cierto al encausado” (c. 15). “Que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro” (c. 16). Esta doctrina del caso “Mattei” es reiterada en el caso “Polak” de 1998 (F. 321:2826), en especial el con. 8 del voto de Petracchi.

5.4.3.2. En el caso “Mozzatti” –1978– (F. 300:1102) se trataba de un “dilatado proceso” criminal desarrollado a través “de un cuarto de siglo”. Aquí la Corte destacó que la garantía de defensa supone el derecho a obtener un pronunciamiento que “ponga término de modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción a la libertad que comporta” todo proceso penal, para concluir que “veinticinco años de enjuiciamiento penal es, a todas luces, un término que supera en mucho al que con la mejor flexibilidad se pueda llamar razonable [...] es un plazo en la vida de todo hombre que resulta arbitrario para tenerlo sometido a juicio penal”. Esta doctrina es reiterada en el caso “Sanabria” –1994– (F. 317:95).

5.4.3.3. La continuación de este asunto se analiza, más adelante, en límites temporales a la prisión preventiva.

6. Juicio por jurados populares:

6.1. Como especificación de las garantías de juez natural y juicio previo del artículo 18 CN, la Constitución impone la realización de juicio por jurados en tres normas que provienen de 1853, siguiendo al “jury” del modelo de los EE. UU.: al final de los artículos 24 y 75, inciso 12 (ex 67, inc. 11) y al comienzo del artículo 118 (ex 102). Ya receptada esta institución en las Constituciones de 1819 (art. CXIV) y 1826 (art. 164) para “cuando lo permitan las circunstancias”, ha sobrevivido a todas las reformas constitucionales de los siglos XIX y

XX, con la excepción de la de 1949 que suprimió las tres referencias, lo cual no necesariamente significó que lo hubiera prohibido; mandato histórico renovado por la reforma de 1994 que mantuvo aquellas referencias.

6.2. En rigor, los jurados tienen una doble dimensión: por un lado, son una garantía procesal que integra el debido proceso legal adjetivo desde la perspectiva del justiciable (por ej. del imputado de un delito, a ser juzgado en materia penal por los ciudadanos, quienes deciden si es culpable o inocente del hecho que se le imputa); por otro lado, funciona como un derecho-deber de los ciudadanos a integrar los jurados.

6.2.1. Desde esta última perspectiva es una expresión democrática en el acto estatal fundamental de aplicación de la coacción estatal a un caso concreto: “como el sufragio es el medio por el cual el pueblo participa en la formación de la ley, el jurado es la única en la cual podía tener parte también en su aplicación” (J. V. González). Así, su fundamento debe buscarse en la “soberanía del pueblo” (art. 33 *in fine*, CN) o “soberanía popular” (art. 37, párr. 1º, CN), en tanto exigencia del sistema democrático mismo. Al permitir al pueblo participar en la administración de justicia sin reemplazar totalmente a los jueces permanentes y letrados, funciona como una forma de democracia semidirecta (Ekmekdjian), que debe sumarse a las otras figuras de participación (ver lo dicho en forma de gobierno en la sección subestructura orgánica).

6.2.1.1. Así, cuando la Constitución histórica recibe la expresión “juicio por jurados” (arts. 24 y 75, inc. 12) o simplemente “jurados” (art. 118) se la debe entender con el adjetivo “populares”, para connotar su raigambre democrática.

6.2.2. Como garantía procesal, a su vez, encierra dos cuestiones: el jurado es un órgano de justicia (de ahí su vinculación con la garantía del juez natural) de carácter colegiado y de integración transitoria (designados únicamente para un caso concreto) conformada, total o parcialmente, con personas legas (en oposición a jueces letrados) con facultades jurisdiccionales más o menos circunscriptas. Y además, es un tipo especial de proceso (de ahí su vinculación con la garantía de juicio previo) caracterizado por la inmediatez, publicidad y ora-

lidad, en tanto se consuma en una audiencia oral y pública en presencia de todos los miembros del jurado.

6.2.2.1. Opera en todo tipo de juicios (los arts. 24 y 75, inc. 12 hacen una referencia genérica), y no sólo en los de naturaleza penal como especifica el artículo 118 de la CN.

6.3. Bajo estas pautas supremas, el jurado en su doble carácter de órgano-juicio admite las dos grandes modalidades utilizadas en materia penal en el derecho comparado:

6.3.1. *Jurado puro o clásico (anglosajón)*: formado exclusivamente por ciudadanos no especializados en derecho (generalmente por 12 miembros), que se sortean del padrón electoral; deciden sólo sobre cuestiones de hecho (no de derecho) que se resuelven en un veredicto vinculante (se pronuncian sobre la autoría y la culpabilidad) sobre cuya base el juez letrado aplica el derecho (se debe ceñir al veredicto, de tal forma que si el acusado es declarado no culpable debe absolverlo, y a la inversa, lo condena aplicándole una pena que se gradúa entre el máximo y mínimo legal).

6.3.2. *Jurado mixto o escabinado (continental)*: en su integración se combinan los ciudadanos legos (elegidos por sorteo) con jueces profesionales permanentes, quienes conjuntamente elaboran la sentencia (valoran los hechos y aplican el derecho).

6.4. El tríptico normativo de la Constitución sobre los jurados (arts. 24, 75, inc. 12, y 118) es netamente programático (las dos primeras, al decir “*establecimiento*” connotan una idea de futuro, en tanto que la tercera, que es la disposición central, textualmente dice “*luego que se establezca en la República esta institución*”); pero no es menos cierto que esas normas supremas son de cumplimiento obligatorio.

6.4.1. A pesar de la centenaria recepción constitucional, aún no se ha puesto en ejercicio a nivel federal y recién sobre el final del siglo XX se ha implementado en algunas provincias, luego de múltiples proyectos legislativos presentados en diversas oportunidades. Esa secular mora legislativa ha motivado que algunos autores esgriman diversos argumentos convalidantes de tal circunstancia:

6.4.1.1. Argumento jurídico: su derogación por desuetudo (Sagüés, 2). Ya señalamos nuestra postura contraria al desuso de las normas

programáticas (remitimos a los primeros capítulos donde se aborda este tema en costumbre constitucional y clasificación de normas).

6.4.1.2. Argumentos extrajurídicos: su innecesariedad e incluso inconveniencia de establecerlo por ser extraño a nuestra idiosincrasia, entre otras razones por su origen anglosajón (González Calderón y Sánchez Viamonte, 1). Más allá de que esta postura obligaría a una reforma constitucional para suprimir toda referencia a esta institución o directamente prohibirla, se olvida que variadas han sido las influencias del derecho norteamericano (ver clasificación de constituciones originarias y derivadas y valor de la jurisprudencia de los EE. UU.) y ello no ha sido óbice para su no vigencia práctica. Además, es absurdo argumentar la falta de tradición en nuestro suelo cuando, precisamente, ella falta por no habérselo implementado.

6.4.2. En definitiva, la única conclusión que cabe extraer de esa inercia legisferante es que se ha violado la supremacía constitucional. Precisamente, ese lapso más que centenario abona la tesis de la inconstitucionalidad por omisión (ver esta cuestión en subprincipio de control) de estas normas programáticas, en contra de la tradicional doctrina de la Corte (ver su glosa más al final de este punto).

6.5. El artículo 118 CN establece que la obligatoriedad de los jurados es para "*Todos los juicios criminales ordinarios*", con la única limitación de que "*no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados*". Esta excepción vinculada al juicio político debe interpretarse restrictivamente, sólo referida a los sujetos enjuicables por ese procedimiento previsto en los artículos 53, 59/60 de la CN. Es decir, que luego de la reforma de 1994 que excluyó del juicio político a los jueces de los tribunales inferiores, éstos podrían ser sometidos a jurados populares en caso de que el Jurado de Enjuiciamiento los removiese de sus cargos por algún delito (art. 115, CN) ante acusación del Consejo de la Magistratura (art. 114, inc. 5º, CN).

6.6. Siendo la legislación relativa al juicio por jurados típicas normas de forma (regulan la organización de tribunales y procedimientos), su dictado corresponde tanto al Congreso como a las Legislaturas provinciales respectivas en los fueros que consideren pertinentes. A pesar de que el artículo 75, inciso 12 *in fine* pareciera excluir a esa legislación de la reserva de las jurisdicciones locales del comienzo de ese inciso,

al Congreso le corresponde legislar sobre jurados en su ámbito (por ej. en materia penal, para juzgar delitos federales o cometidos por personas o en lugares sujetos a jurisdicción federal); en cambio, por el artículo 5° CN a las provincias también les corresponde legislar sobre jurados (por ej. en materia penal, para delitos comunes). De esta forma, varias provincias lo prevén en sus constituciones: Entre Ríos de 1933 (arts. 147 y 230), y Córdoba de 1987 (art. 162), que a comienzos de los años noventa introduce la institución de los “jurados” bajo el sistema escabinado (leyes 8123 y 8435).

6.7. Desde 1911, en el caso “Loveira” (F. 115:92), la Corte ha dicho que las tres normas de la Constitución sobre los jurados populares “no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurado, al igual que el primero no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todos sus tramos” (c. 2); doctrina reiterada con posterioridad con otras integraciones de la Corte: en 1932, caso “La Fronda” (F. 165:258), y en 1947, casos “Tribuna Demócrata” y “Tiffemberg” (F. 208:21 y 225). Curiosamente, en los cuatro fallos citados se trataba de procesos por presuntos delitos cometidos por medio de la prensa escrita, en los cuales los imputados interpusieron excepción de incompetencia basada en la inconstitucionalidad de las normas que la atribuían a los jueces ordinarios y no a los jurados.

6.7.1. Es claro que esa doctrina judicial convierte a las normas constitucionales en meras recomendaciones sin fuerza obligatoria alguna, lo que se hace cada vez más grave con el paso del tiempo. Una cosa es que a comienzos del siglo XX se diga que no eran obligatorias “inmediatamente”, y otra muy distinta que más de un siglo después se diga lo mismo como si no pasara nada.

6.7.1.1. Precisamente, en razón del tiempo transcurrido desde la sanción de la incumplida Constitución de 1853 y esos pronunciamientos supremos, aquella doctrina fue revisada por carecer de “todo sustento” en 1991 por la disidencia de Hendler de la Cámara Nacional en lo Penal Económico, sala II, en el caso “Martellos” (L. L. 1991-E-215). En efecto, este voto minoritario se pronunció por la declaración de inconstitucionalidad de las normas que asignan competencia a los jueces permanentes y técnicos en causas penales por transgredir el ex

artículo 102 CN; en consecuencia, dispone oficiar a la Corte federal para que se dirija al Congreso a fin de que sancione las leyes necesarias al establecimiento del juicio por jurados, reservándose, en el interin, las actuaciones hasta que ello ocurra.

7. Defensa en juicio:

7.1. El artículo 18, parte 3ª CN se ocupa en especial de la “*defensa en juicio de la persona y de los derechos*” a la que califica de “*inviolable*”. Su carácter estratégico se percibe con sólo recordar que la doctrina de la Corte federal en materia de arbitrariedad de sentencia tiene por fundamento esta garantía (ver su estudio en cuestiones federales en el recurso extraordinario). La garantía constitucional de la defensa en juicio tiene valor preeminente, no sólo por su rango constitucional, sino también porque es el único medio para salvaguardar la eminente dignidad de la persona humana (caso “Centeno” –1963–, F. 255:91). Sin duda, es el meollo del debido proceso legal adjetivo dados su amplitud y alcance.

7.1.1. Formulada tradicionalmente como facultad de toda persona de contar con una adecuada ocasión para su audiencia y prueba para hacer valer sus derechos, tanto en el ámbito del Poder Judicial (en todo tipo de procesos: penales y no penales) como ante la administración, no se reduce al otorgamiento de facultades para ser oído. Su alcance va mucho más allá. En efecto, requiere que todos los sujetos del proceso judicial o administrativo (activos o pasivos) sean oídos y se les suministre la oportunidad de ejercer sus medios de defensa, que sean notificados de la existencia del procedimiento en el que están involucrados, que puedan producir y rendir pruebas sobre los hechos que creyeran conducentes a sus derechos y, finalmente, que puedan obtener un pronunciamiento rápido y fundado; en forma inversa, impide que una defensa no alegada ni introducida oportunamente en el proceso pueda ser tenida en cuenta en la sentencia, pues el juez debe atenerse a los hechos alegados y probados por las partes: no puede fallar cuestiones no pedidas (*extra petita*), ni sobre cuestiones pedidas pero extendiendo lo pedido (*ultra petita*), ni omitir cuestiones pedidas. Tampoco debe omitir pruebas conducentes a la resolución de la causa, pero puede y debe suplir el derecho no invocado por las partes o erróneamente invocado (*iura novit curia*).

7.1.2. A partir de la reforma de 1994, esta garantía tiene también base internacional con jerarquía constitucional. En efecto, tanto la C. A. D. H. (art. 8.2) como el P. I. D. C. P. (art. 14.3) establecen “garantías mínimas” de la defensa en juicios penales en sucesivos subincisos, que nosotros agrupamos en ocho derivaciones y proyecciones de la defensa o, al menos, estrechamente vinculadas con ella.

7.1.2.1. Por su parte, la C. D. N. recepta el derecho de éstos a ser escuchados (ver derechos de los niños en el acápite de nuevos derechos sociales): siempre “que esté en condiciones de formarse un juicio propio” (art. 12.1) debe tener la “oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo” que los afecte, “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado” (art. 12.2). Resulta entonces que esta garantía también opera ante el propio órgano estatal asesor (la Ley 24.946 organiza los defensores de menores e incapaces con la función específica de tutelar los intereses de menores), quien debe escuchar las opiniones, deseos o preferencias del niño. La Corte en el caso “Wilner c/Osswald” de 1995 (F. 318:1269) entendió que no haber escuchado a una menor de cinco años cuyos padres se disputaban su tenencia no vulnera el derecho consagrado en el artículo 12 de la C. D. N., porque de acuerdo a estudios psicológicos obrantes en el expediente, la niña carecía de la madurez suficiente para tener su propio juicio y la situación podría afectarla, y que esa exigencia normativa se satisfacía con la participación de un órgano estatal (asesor de menores) en representación de sus intereses con independencia de sus padres (c. 19 de la mayoría).

7.1.3. Tanto la reglamentación legislativa de esta múltiple garantía como su aplicación e interpretación deben efectuarse a la luz de la naturaleza del juicio de que se trate, ya que los requisitos que garantizan su existencia se salvaguardan de muy diversas maneras según los derechos implicados, debiendo tenerse en cuenta los caracteres del proceso y la materia con la que se vinculan (ver este tema en debido proceso legal adjetivo). En el proceso civil esta garantía se cumple cuando se da a las partes la oportunidad suficiente de ser oídas, oponer defensas y producir pruebas, aunque no se haya ejercido ese derecho, pues aquí no se ampara a quien por negligencia o inactividad no utilizó los medios de defensa. En cambio, en el proceso penal la defensa

tiene un carácter obligatorio (por la naturaleza de los derechos en juego y por el interés social en reprimir los delitos).

7.1.4. No obstante su amplitud, esta garantía no se opone a la reglamentación razonable de todos sus aspectos o manifestaciones en beneficio de la correcta tramitación del proceso (ej. que se fijen plazos o se impida o limite la producción de ciertas defensas o pruebas). Así, se admiten fuertes restricciones para asegurar una rápida tutela de los derechos en juego, como en materia de medidas cautelares decretadas *inaudita parte*, las que no violan el derecho a ser oído (caso “The Coca-Cola Company” –1995–, F. 318:1711). Es obvio que no se puede ejercer la defensa en cualquier tiempo y sin ordenamiento alguno. La Corte reconoció su carácter no absoluto, puesto que “está sujeto a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia eficaz” (caso “Schvartzman”, F. 212:473). No corresponde la aplicación ritual de las normas reglamentarias, pues de otro modo se transformaría la actividad jurisdiccional en un mero conjunto de solemnidades desprovistas de su objetivo principal que es la realización de la justicia (ver exceso ritual manifiesto en recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia).

7.1.5. Consignadas estas nociones generales sobre la garantía de la defensa en juicio, a continuación se explicitan diferentes manifestaciones o aspectos de la misma.

7.2. Asistencia de intérprete:

7.2.1. Ante todo, es obvio que para poder defenderse es inexcusable la comprensión cabal del idioma en que se manejan todos los intervinientes (autoridades: judiciales o no) en una causa e incluso inmediatamente antes de ella. De este modo, si un habitante no conoce (total o parcialmente) el idioma oficial (del juzgado o tribunal), un aspecto ineludible y previo de la defensa en cualquier tipo de juicios es contar con una persona que le explique en su lengua y le haga explicarse en la lengua desconocida para ella.

7.2.2. Ya la Corte Suprema en 1938 (caso “Colman”, F. 181:181) implícitamente admitió esta garantía en juicio criminal al declarar sin valor la confesión prestada sin intérprete por quien no sabe expresarse correctamente en idioma español (se trataba de dos paraguayos, agri-

cultores y analfabetos). Mucho después, en 1986 (caso “Rayford”, F. 308:733), también se hizo jugar la ausencia de intérprete en sede extrajudicial para invalidar un allanamiento policial a un domicilio sin orden de juez.

7.2.3. La C. A. D. H. establece, con rango constitucional, como desarrollo de la garantía de defensa en materia penal: “ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal” (art. 8.2.a, similar al art. 14.3.f, P. I. D. C. P.). Este último aclara redundantemente que la acusación de un delito debe ser formulada “en un idioma que comprenda” (art. 14.3.a).

7.2.4. En ciertas ocasiones, aunque la persona entienda plenamente el idioma del tribunal, es posible que el afectado reivindique el uso de su lengua materna como expresión máxima de su derecho a la identidad, como ocurre con los integrantes de los pueblos indígenas argentinos. Recordar la importancia de lo “*bilingüe*” en esta materia (art. 75, inc. 17, CN). En este sentido, el Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas señala que se debe garantizar “que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces” (art. 12 *in fine*).

7.3. Asistencia letrada:

7.3.1. Sin el auxilio profesional de un abogado todas las otras garantías de un proceso justo pueden quedar malogradas, especialmente en materia penal. Con rotunda claridad la Corte federal ha dicho que la garantía de defensa exige que quien sufre proceso criminal sea provisto de adecuado asesoramiento legal (caso “Centeno” –1963–, F. 255:91). Así, desde el primer momento en que una persona tiene conocimiento de un proceso penal en su contra tiene derecho a elegir defensor, y si el interesado no lo hace y no se defiende a sí mismo, el Estado debe proveerle de oficio un defensor oficial (ver Ley Orgánica del Ministerio Público); por ello, es indispensable que desde esa virginal etapa –incluso ante la autoridad policial– se le haga saber su facultad de designar uno (arts. 104 y 184.9, CPPN); antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor (art. 197, CPPN), y “En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste

se comunique con su defensor inmediatamente antes de [...] cualquier acto que requiera su intervención personal” (art. 205, párr. 3º).

7.3.2. El texto histórico constitucional guarda silencio al contrario de otras constituciones que llegan a elevar a la máxima jerarquía del ordenamiento jurídico la dignidad de la función del abogado (ej. Brasil de 1988, art. 133). Al respecto es de destacar el señero voto particular de Orgaz en el caso “Iscaro” de 1956 (F. 236:632) que resaltó la situación del abogado “por la elevada función que desempeña cerca de los detenidos”, incluso para los arrestados por el presidente en virtud del estado de sitio (art. 23, CN).

7.3.3. Aquella omisión textual se supera con la reforma de 1994 al dotar de jerarquía constitucional a varios tratados internacionales: la C. A. D. H. reconoce las facultades “de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor” (art. 8.2.d), y “de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no” (art. 8.2.e). A su vez, el P. I. D. C. P. reitera estas facultades y agrega la de “ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” (art. 14.3.d).

7.3.4. En 1941, la Corte Suprema, en el caso “Rojas Molina” (F. 189:34), señaló que desde la primera intervención de todo acusado en un juicio, el juez debe hacerle saber el derecho que tiene de nombrar un defensor, y si la defensa por el mismo acusado obstará a la buena tramitación de la causa, el juez debe ordenarle que nombre un defensor letrado, y si no lo hace se lo nombra de oficio.

7.3.4.1. En 1987, la Corte –en el caso “Fernández” (F. 310:492)– realizó una vez más la trascendencia de la obligatoriedad del patrocinio letrado en materia penal, máxime cuando se encuentran involucradas personas privadas de su libertad. Así, dio curso a un recurso extraordinario confeccionado por un detenido que carecía de firma de letrado y de fundamentación autónoma (*in forma pauperis*), cuando correspondía en rigor que el tribunal hubiese dado intervención al defensor oficial para que asumiera su función.

7.3.4.2. Meses después, en el caso “Gordillo” (F. 310:1934) dijo que

no basta con la mera posibilidad del acusado de designar defensor o que lo haya tenido “de manera formal, sino que es menester que haya recibido una sustancial y efectiva asistencia de parte de su defensor”. Con esa base se declaró mal denegado el recurso extraordinario *in forma pauperis* que no cumplió con el recaudo de superior tribunal de provincia (art. 14, Ley 48), pues ese incumplimiento se debió a “actos procesales atribuibles al tribunal de grado” y no al procesado (el acusado había presentado una carta manuscrita donde solicitaba casación de la condena y designaba además un abogado defensor, pero éste manifestó que no aceptaba la designación por no poder fundar los agravios del imputado ya que faltaban menos de veinticuatro horas para que venciera el plazo para ello). Lo realmente importante de este fallo es que el con. 4 de la mayoría cita un antiguo precedente de la Corte de 1868 con firma de J. B. Gorostiaga (caso “Indalecio Peralta”, F. 5:459) donde precursoramente se refiere a lo que más tarde sería la doctrina del exceso ritual manifiesto como causal de arbitrariedad de sentencia. Allí se dijo que es “de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor” (los procesados, luego de estar detenidos, habían sido absueltos del robo de caballos pero se los condenó a la restitución de los animales, aspecto que no impugnaron debidamente ya que sólo dijeron que la Corte “pondría término a sus padecimientos”).

7.3.5. Este categórico reconocimiento acerca de la asistencia letrada en materia penal, en la doctrina de la Corte federal, ha sufrido una inflexión en materia de procedimientos penales ante tribunales administrativos (en sede policial o municipal por faltas o contravenciones):

7.3.5.1. En el caso “Bogado de Corbalán” –1982– (F. 304:830) la mayoría de esa Corte señaló que en estos casos “la renuncia a la asistencia letrada no puede presumirse, sino que debe resultar de un acto inequívoco de voluntad, por lo que el tribunal debió haber suplido la actitud del procesado para evitar su indefensión”, pues de lo contrario se viola la garantía de la defensa en juicio. En cambio, los disidentes Black-Renom consideraron que ello era negligencia de la parte y que por tanto no se violaba esta garantía. Esta doctrina limitacionista se define con más precisión a partir del caso “Casinelli” –1982–

(F. 304:1886), donde se dijo que “En los procedimientos por faltas y contravenciones, la garantía de la defensa en juicio lleva implícita la de que quien se encuentra sometido a enjuiciamiento pueda contar, al menos ante los tribunales de justicia, con asistencia profesional”, doctrina reiterada por distintas composiciones de la Corte: en 1984, en el caso “Sueldo” (F. 306:821), y en 1996, en el caso “Castillo” (F. 319:1210).

7.3.5.2. Una excepción más garantista que esta monocorde y peligrosa doctrina judicial es la sentada en forma aislada por la disidencia de Cavagana-Barra-Fayt-Petracchi en el caso “Capranzano” –1991– (F. 314:1220): la ausencia de patrocinio letrado en ocasión de notificarse el acto sancionatorio viola la garantía constitucional de la defensa en juicio; a la luz de los instrumentos internacionales ya aludidos, se consideró inadmisibles la posición del saneamiento en sede judicial posterior a la falta de asistencia letrada en sede administrativa, ya que no hay diferencia ontológica entre un delito (y el proceso penal) y una falta (y el procedimiento contravencional).

7.3.6. Respecto al grave supuesto de ausencia de defensa letrada en el procedimiento penal ante tribunales militares para civiles, véase ley marcial al final del Libro Tercero de esta obra.

7.3.7. Un aspecto relevante entre los recaudos que conforman la defensa en juicio es la dimensión temporal: los plazos para su ejercicio. Razones de seguridad jurídica explican la perentoriedad de los términos procesales fijados por las leyes adjetivas, las que colocan un momento final para el ejercicio de la defensa pasado el cual y sin extenderlo más, éste debe darse por perdido. Ello contribuye a lograr que la decisión final del proceso se adopte en un tiempo razonable. Sin embargo, la necesidad de que la defensa sea oportuna y no extemporánea no implica que no se otorgue un tiempo razonable para su ejercicio real y no meramente formal. Por ello, los instrumentos internacionales constitucionalizados destacan, en materia penal, la concesión al inculcado del tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 8.2.c, C. A. D. H., similar al art. 14.3.b, P. I. D. C. P.).

7.3.7.1. Al pasar, en 1982, en el caso “Casinelli” (F. 304:1886), la Corte señaló que la garantía de contar con asistencia profesional debe permitir que éstos actúen “en tiempo oportuno” para controlar

los procedimientos, en especial respecto de la producción de las medidas de prueba. Y como ya dijimos en el caso “Gordillo”, de 1987, se hizo lugar a un recurso extraordinario *in forma pauperis*. En el caso, el tribunal a quo debió —ante la manifestación del letrado de no poder cumplir con su cometido por no contar con tiempo material: restaban menos de veinticuatro horas para el vencimiento del plazo para recurrir— darle la posibilidad real para ello, y si hubiese sido necesario, reemplazarlo por otro defensor. La omisión del tribunal en cumplir con estos extremos constituye una violación al derecho de defensa en juicio del acusado.

7.3.7.2. Empero, la Corte (caso “Capranzano” —1991—, F. 314:1220) por mayoría estricta (Levene-Belluscio-Nazareno-Moliné-Boggiano) convalidó el plazo de veinticuatro horas fijado para apelar a la justicia una sanción de arresto de 21 días dispuesta por la Policía Federal por aplicación del Edicto Policial de Vagancia y Mendicidad al revocar la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de la norma impugnada (art. 587, ex CPMP) por vía de hábeas corpus. En cambio, la disidencia (Cavagna-Barra-Fayt-Petracchi), en una posición un tanto más garantista, consideró que la ausencia de patrocinio letrado en ocasión de notificarse el acto sancionatorio viola la garantía constitucional de la defensa en juicio, sin pronunciarse sobre la constitucionalidad o no del exiguo plazo.

7.3.7.3. Sin embargo, dos años después, la Corte Suprema, con igual integración, arriba a una conclusión diametralmente opuesta al voto mayoritario recién expuesto al reiterar su anterior doctrina del caso “Ferrer Deheza” —1976— (F. 295:726). En efecto, en el caso “Parra de Presto” —1993— (F. 316:2539), por unanimidad, se declaró la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que fijaba el plazo de veinticuatro horas para deducir el recurso de revocatoria contra actos administrativos que impusieran sanciones disciplinarias (en el caso, una cesantía) por repugnar la garantía de la defensa en juicio del artículo 18 CN. Entre otros argumentos, dijo la Corte: no puede sostenerse que los inconvenientes derivados de ese corto plazo puedan sanearse con el control judicial posterior, pues precisamente —en virtud del régimen de agotamiento previo de la vía administrativa que rige en el orden bonaerense— la falta o deficiente interposición de ese recurso

administrativo frustra a la postre la viabilidad de dicho control, razón por la cual el déficit apuntado no es susceptible de subsanación posterior (c. 10).

7.4. Regla de exclusión probatoria:

7.4.1. Como ya dijimos, para que la defensa cumpla su finalidad es indispensable conceder a todas las partes del proceso la posibilidad de ofrecer y producir todos los medios probatorios que sean pertinentes, con la única limitación de que “No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio”, según doctrina elaborada a través del tiempo por nuestra Corte Suprema.

7.4.2. El fundamento constitucional de la llamada “regla de exclusión” si bien es implícito, en suma, surge del mismo artículo 18 CN, pues es derivación necesaria de todas y cada una de las garantías allí consagradas. De modo que cada garantía constitucional está acompañada de una prohibición implícita de aprovechar la prueba obtenida en violación a la referida garantía (A. Carrió, 1).

7.4.2.1. Según la propia Corte, lo que esta doctrina “procura evitar, desde un punto de vista eminentemente axiológico, es que el Estado otorgue valor al resultado de un delito y apoye sobre él una sentencia judicial, constituyendo a la justicia en beneficiaria del hecho ilícito”. Pero también ha advertido el Alto Tribunal que “una aplicación errónea de la regla de exclusión puede desviar al proceso de la búsqueda de la verdad, y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial” (F. 311:2045). En suma, se procura resolver “el conflicto, al que ha aludido esta Corte tantas veces, entre dos intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales” (F. 303:1938).

7.4.3. El efecto de la regla de exclusión es que si se viola una garantía procesal no puede utilizarse la prueba así obtenida, a la cual, por eso, bien podemos calificar como prueba ilegal, ilegítima o, derechamente, inconstitucional. En algunas oportunidades, no necesariamente los medios probatorios son inconstitucionales per se, sino la

forma en que se obtienen. Ello con independencia de que, además, se sancione al funcionario que obtuvo la prueba en transgresión constitucional. La vía por la cual se resta toda eficacia a la prueba viciada, generalmente, es la nulidad procesal de la misma. Es dable advertir que esta doctrina pretoriana de la Corte se aplica tanto en el orden federal como local.

7.4.4. *Doctrina de los frutos del árbol envenenado*: al igual que lo anterior, es de origen judicial norteamericano (*fruit of the poisonous tree*). Es más extensa que la doctrina sobre la regla de exclusión (en rigor, es una proyección de ella). Permite excluir las pruebas sucesivas correlacionadas, derivadas o dependientes de la primera prueba excluida obtenida en violación a las garantías constitucionales.

7.4.4.1. Implica, entonces, no sólo la exclusión de la prueba viciada, sino la de todas y cada una de las pruebas que se derivaron a partir de aquélla (a las que se llegó en función de ésta o que son “frutos” de ella). Al contrario, no procede esta doctrina cuando las pruebas provienen de fuentes de conocimiento distintas o independientes. Se aplica esta doctrina luego de verificar qué consecuencia acarrea para el resultado del proceso la supresión mental hipotética de la prueba a excluir.

7.4.5. A pesar del mentado origen, nuestra Corte ya en el siglo XIX hizo uso de la doctrina de la regla de exclusión, aunque sin formularla en forma completa. En efecto, en 1891 (caso “Charles Hnos.”, F. 46:36) se revolió que los papeles privados de los procesados por contrabando no pueden servir de fundamento al juicio, y deben desglorsarse del proceso, sean ellos auténticos o falsos, atento a que habían sido agregados al sumario por la Administración de Aduanas, cuyos empleados los habrían obtenido fraudulentamente del domicilio particular de las personas, tareas que les estaban prohibidas, o bien habrían sido falsificados por el personal aduanero que dijo haberlos suministrado. En cualquiera de ambas hipótesis, la Corte los consideró inadmisiblemente incorporados.

7.4.5.1. Luego de este aislado y señero fallo, tuvo que pasar casi un siglo para que esta regla se retomara, ya para consolidarse, a partir de los *leading cases* “Montenegro” de 1981 (F. 303:1938) y “Fiorentino” de 1984 (F. 306:1752) por violación, respectivamente, a las ga-

rantías de prohibición de autoincriminación y de inviolabilidad domiciliaria. A su vez, el caso “Rayford” de 1986 (F. 308:733) es el *leading case* argentino donde se recepta la doctrina de los frutos del árbol venenoso, confirmada y desarrollada en el caso “Ruiz” de 1987 (F. 310:1847). La nueva composición de la Corte en 1990 abre nuevos interrogantes acerca de la extensión de estas doctrinas: parece limitar sus alcances a partir de lo dicho en el con. 14 del caso “Fiscal c/Fernández” –1990– (F. 313:1305), y aunque parece retomarse la línea garantista en el voto de siete de sus miembros en el caso “Daray” –1994– (F. 317:1985), ésta se revierte con la mayoría del caso “Fernández Prieto” –1998– (F. 321:2947).

7.4.6. La Constitución porteña ha receptado normativamente esta doctrina judicial al decir que “Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos” (art. 13.3 *in fine*), y a nivel legislativo bonaerense el Código adjetivo penal de 1997 también la incorpora (art. 211, Ley 11.922).

7.4.7. Ambas doctrinas jurisprudenciales (la regla de exclusión y su proyección) cobran especial importancia en relación a las garantías de la prohibición de autoincriminación y de inviolabilidad del domicilio, a cuyos análisis remitiremos para el desarrollo del tema. Ello, sin perjuicio de que generalmente también se ven menoscabados derechos como la intimidad, integridad personal, etcétera.

7.5. Prohibición de autoincriminación:

7.5.1. El artículo 18, parte 2ª de la CN establece que “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”. Esta garantía fulmina cualquier forma de coacción (física o moral, directa o indirecta) sobre la persona que debe prestar declaración sobre algún hecho personal vinculado a un proceso, cualquiera sea su tipo. Se excluyen también cualquier forma de amenazas, engaños, sueros de la verdad, detectores de mentiras, como la obligación de decir la verdad. Así, no existe el delito de perjurio, a diferencia del testigo, quien soporta una situación absolutamente disímil: a partir del juramento de decir verdad puede incurrir en el delito de falso testimonio (art. 275, CP), salvo que deponga sobre hechos propios y tema incriminarse por ello.

7.5.2. Los instrumentos internacionales con rango constitucional

se refieren a esta prohibición en el ámbito penal: la C. A. D. H. como “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” (art. 8.2.g), igual el P. I. D. C. P. (art. 14.3.g), agregando el primero que “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” (art. 8.3).

7.5.3. Es preciso distinguir entre proceso penal y no penal, pues su alcance constitucional es diferente.

7.5.3.1. En materia penal, esta garantía veda dos aspectos inescindibles: no sólo la obligación de decir la verdad, sino también la obligación de declarar. A poco de instalarse la Corte federal, en 1864, en el caso “Eduardo Mendoza” (F. 1:350) dispuso que en causa criminal “adolece de nulidad absoluta” la citación a comparecer a un procesado para absolver posiciones, bajo juramento, pues ello hacía la respuesta obligatoria y constituía una verdadera declaración contra sí mismo. Por ello revocó la sentencia del juez de sección auspiciada por el fiscal, que había sostenido la tesis contraria: que lo único que prohíbe el artículo 18 CN son las medidas coercitivas contra los que se niegan a declarar, pero en manera alguna impide que el juez haga preguntas al procesado para el esclarecimiento de los hechos. Es decir, que desde época temprana nuestro más Alto Tribunal sentó la buena doctrina que considera que esta garantía en materia penal incluye dos aspectos más que la obvia prohibición de toda coacción contra el procesado y de obligarlo a decir la verdad: la no obligación de declarar y la prohibición de tomarle juramento, como correctamente lo vienen consagrando los códigos procesales en materia penal.

7.5.3.1.1. Respecto a la prohibición del juramento, en el caso “Diario El Atlántico” –1971– (F. 281:177) la Corte dijo que aquél “entraña una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda de que exigir el juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra”. De lo que se trata, entonces, es de asegurar la más plena libertad al declarante para que ni siquiera se vea enfrentado al problema de conciencia de tener que optar entre faltar a su juramento o decir la verdad, aunque tal exigencia la efectúe un juez.

7.5.3.2. En cambio, en el proceso civil se puede fijar la obligación de declarar (absolver posiciones) y la no comparecencia funda una

presunción en contra (confesión ficta) como lo hacen los códigos procesales en materia civil. Simplemente se trata de una técnica procesal dirigida a favorecer el esclarecimiento de la verdad material, puesto que en materia civil no rige la garantía de la presunción de inocencia.

7.5.4. Por violarse esta garantía, la Corte Suprema ha aplicado la regla de exclusión: ya en 1938, en el caso “Colman” (F. 181:181), aunque sin citar el artículo 18 CN, consideró inválida una confesión en sede policial de dos paraguayos por la mera denuncia de éstos ante el juez de la causa de haber sido víctimas de violencia (sin necesidad de probarlo) y de no haber contado con un intérprete al no hablar el idioma español. Paradójicamente, durante la última dictadura militar, fue la Corte de ese entonces la que señaló en el caso “Montenegro” –1981– (F. 303:1938) que el mandato constitucional en estudio “no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y el apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito”, doctrina continuada por la Corte en su nueva composición en el caso “Ruiz” de 1987 (F. 310:1847) donde, por cuatro votos contra uno, se volvió a invalidar las manifestaciones ante la policía fruto de apremios ilegales, mas no la de aquellas obtenidas por fuentes probatorias independientes o autónomas.

7.5.5. *Manifestaciones ante la policía cuando no se han demostrado apremios ilegales:*

7.5.5.1. La garantía en estudio implica también que la declaración indagatoria debe ser prestada ante un juez, pues de hacerse en el ámbito policial se presume que no habría verdadera libertad para declarar. Queda, así, prohibida la declaración policial del imputado. Buena doctrina receptada en el artículo 184 del CPPN, y en algunas constituciones locales: la porteña prohíbe las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial (art. 13.5), al igual que la de San Luis al restarle todo valor probatorio (art. 43).

7.5.5.2. En un aislado y muy poco citado fallo (caso “Schoklender” –1988–, F. 311:345), la Corte llegó a convalidar una declaración prestada en sede policial con la presencia de un juez, quien en vez de

recibir la indagatoria en la sede del juzgado se constituyó en la dependencia policial donde el imputado se encontraba alojado luego de ser capturado, con la grave consecuencia de que dicha declaración policial-judicial fue ponderada como presunción grave en contra de otra persona (su hermano) por el hecho que se le imputaba (homicidio agravado por el vínculo). Para así decidir en tamaña cuestión, brevemente argumentó que esa circunstancia “no autoriza por sí sola” a aplicar la doctrina del caso “Montenegro” (regla de exclusión probatoria), si del “acta” respectiva surge que el juez “hizo conocer al nombrado su derecho constitucional a negarse a declarar”; con esa sola razón la Corte concluyó que se había cumplido con el requisito constitucional de que la declaración debe “emanar de la libre voluntad del acusado”, citando entre paréntesis la doctrina del caso “El Atlántico”, sin advertir que sus circunstancias eran absolutamente disímiles al caso “Schoklender” (en aquél se discutía un arresto domiciliario de diez días con base en la “coacción” que genera la obligación de prestar juramento al imputado).

7.5.5.3. En el caso “Quezada” –1939– (F. 185:75), si bien la Corte admitió en esa época que los funcionarios policiales interrogasen a procesados, señaló claramente que las manifestaciones así efectuadas no tenían valor de prueba de confesión, ya que el Código sólo admitía la confesión en sede judicial. Pero señaló que las declaraciones ante la policía servían como indicio (no plena prueba) si concordaban con otros elementos de prueba.

7.5.5.4. Al margen de lo anterior, también deviene controversial la admisibilidad de las “declaraciones espontáneas” en la prevención policial. Para nosotros, la única manera de otorgarle validez constitucional sería si beneficia al imputado como un modo de ejercer la garantía de la defensa desde esos primeros momentos: por ejemplo en caso de pruebas de descargo a partir de dichos del imputado que de transcurrir el tiempo podrían desaparecer. Con esa estricta salvedad, pensamos que el artículo 18 CN prohíbe tanto las declaraciones espontáneas como las otras y, por ende, están privadas de todo valor probatorio con fundamento en la prohibición de autoincriminación. Además, no se olvide que el funcionario policial puede testificar sobre lo que escuchó o vio en sede policial (art. 241, CPPN).

7.5.5.4.1. Más restrictiva es la doctrina de la Corte de los EE. UU. del famoso caso “Miranda vs. Arizona” de 1966 donde se aceptan esas manifestaciones ante la policía siempre que se haga saber al detenido su derecho a permanecer en silencio, advirtiéndole que todo lo que diga puede ser usado en su contra. Esta doctrina foránea parece haber sido receptada en el con. 7 del voto de Petracchi-Bacqué en el caso “Francomano” –1987– (F. 310:2384), y normativamente en el ámbito bonaerense (Ley 12.155 de 1998 de Organización de la Policía de la Prov. de Buenos Aires: art. 10.a, y b).

7.5.5.4.2. En el citado caso “Francomano”, el voto de Petracchi-Bacqué sentó la regla de no otorgarle “valor autoincriminatorio a una confesión policial rectificada luego ante el juez de la causa, ni aun a título indiciario”, con la “única excepción a este principio de admitirse en aquellos casos en que los funcionarios policiales hubiesen observado estrictos requisitos encaminados a asegurar la plena espontaneidad de las declaraciones del imputado”, por ejemplo presencia del abogado defensor en el interrogatorio policial o que el Ministerio Público pueda acreditar sin duda que el procesado renunció a su derecho a contar con letrado (c. 7). En cambio, el voto concurrente de Fayt negó en cualquier caso valor autoincriminatorio a las confesiones policiales.

7.5.5.4.3. En el caso “Cabral” –1992– (F. 315:2505) la Corte hace una sutil distinción entre “un dato aportado” por el imputado al personal policial (en la vía pública) y una “declaración” ante la autoridad policial para sortear el escollo del artículo 316.1 del ex CPPN (según reforma de la Ley 23.465) que restaba efectos legales a la confesión no prestada ante el juez y teniendo en cuenta que no había indicio alguno de coacción en las actuaciones de prevención. Así, se aceptaron como indicios en su contra los datos aportados a la policía por un sospechoso en la vía pública en la medida en que no se demostró coacción para obtenerlos. Más allá de las circunstancias particulares del citado caso, esta doctrina fue reiterada en el caso “Schettini” –1994– (F. 317:956) y compromete la absoluta prohibición de la autoincriminación al darle valor a datos obtenidos por la policía.

7.5.5.4.4. En el caso “García D’Auro” –1995– (F. 318:1476) la mayoría (Nazareno-Moliné-Levene-López-Bossert) volvió a descartar la aplicación de la regla de exclusión y no considerar violada la prohi-

bición de declarar contra sí mismo, a pesar de que aquí –a diferencia del caso “Cabral”– la policía, lejos de limitarse a recoger las manifestaciones del acusado, sometió a un interrogatorio destinado a determinar su responsabilidad a quien se declaraba como víctima de un robo y luego reconoció su actuación como “entregador” del mismo. Nuevamente volvió a descartar la existencia de cualquier tipo de coacción, esta vez por el sencillo argumento de que el imputado al prestar declaración indagatoria expresó “que fue bien tratado”; en cambio, la disidencia (Belluscio-Petracchi-Boggiano) no sólo descartó tales dichos formulados en sede policial (regla de exclusión), sino que invalidó los restantes medios probatorios obtenidos a partir de aquella manifestación inicial (doctrina del “fruto del árbol envenenado”) por no existir una actividad probatoria “independiente” (c. 8/9). Así, no sólo se invierte el *onus probandi*, colocando la carga de la prueba de coacciones en cabeza de quien la invoca, sino que se autoriza a la policía a recibir declaraciones de imputados en total desmedro de la garantía de no declarar contra uno mismo.

7.5.6. *Problemática de las acciones sobre el cuerpo para averiguar delitos:*

7.5.6.1. Prohibido todo tipo de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, todavía el Estado –en su afán investigativo– actúa frecuentemente sobre los cuerpos de las personas (a veces imputadas; otras, víctimas) ordenando pruebas que presuponen ejercer cierto grado de violencia, por mínima que sea, sobre las mismas, en una manifestación más de la llamada “microfísica del poder” (M. Foucault). Aquí se conecta la garantía en estudio del artículo 18, parte 2ª de la CN con el derecho al propio cuerpo como manifestación del derecho personalísimo intimidad-privacidad del artículo 19, parte 1ª de la CN, los que deberán primar o ceder según la medida de la afectación y la mayor o menor jerarquía del objetivo con que se enfrenta. A continuación exponemos la muy discutible recepción o rechazo de esta problemática en los estrados de la Corte federal a partir de su nueva integración después de 1990 en materia de extracción de sangre y de evacuación compulsivas:

7.5.6.2. Caso “Müller” –1990– (F. 313:1113):

Hechos: en 1977 se otorga la adopción plena de un menor por la

justicia civil, que luego es objetada invocando que se trataba de un hijo de desaparecidos por familiares de éstos, quienes también denuncian la falsedad ideológica del DNI del menor en cuestión. En medio de la investigación por este delito, a pedido del fiscal, un juez federal de 1ª instancia ordena la extracción compulsiva de sangre del menor con base en el artículo 4º, Ley 23.511 de Banco de Datos Genéticos, para determinar –mediante el examen de histocompatibilidad– su correspondencia genética con quienes podían ser sus abuelos de sangre. El padre adoptivo, como representante legal del menor, se opone a esa prueba, hasta impugnarla ante la Corte.

Sentencia de la Corte: la mayoría (Levene-Cavagna-Belluscio-Barra-Nazareno-Oyhanarte-Moliné) deja sin efecto la mencionada medida probatoria con base en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Para así decidir, invoca una supuesta afectación a la integridad física del menor y afirma que “si bien el proceso penal ofrece características propias, por la incidencia del interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos, ese interés no justifica que, para coleccionar pruebas inculpativas pueda perpetrarse un atentado a la integridad física de una persona, que no es imputada ni víctima del hecho de esta causa” (c. 21). Descartan la aplicación de la Ley 23.511 por tratarse de un menor y no contarse con el consentimiento de su representante (c. 22).

Disidencias de Fayt y Petracchi: confirman la extracción de sangre. El primero no considera “traumatizante” la prueba cuestionada y que sólo en “interés del menor” puede resultar la determinación de su identidad (c. 8). Por su parte, el voto de Petracchi sienta la correcta y generosa doctrina: con base en el artículo 33 CN y en la C. D. N. (arts. 7.1 y 8º) incluye el derecho de toda persona, también de los niños, a conocer su identidad de origen, pues es medular para el ser humano “conocer quiénes lo han engendrado” (c. 10), y que en esos casos corresponde apartarse de la voluntad del representante legal (c. 6), ya que, con una magnífica cita de jurisprudencia norteamericana, “La capacidad para definir independientemente la propia identidad es central para cualquier concepción de la libertad” (c. 9).

7.5.6.3. Caso “H. G. S.” –1995– (F. 318:2518):

Hechos: en una causa penal sobre sustracción de menor, un juez

ordena un examen genético a una pareja imputada como autora de ese delito y a su supuesta hija (víctima del delito), para determinar si ésta es biológicamente su descendiente, nuevamente con base en la Ley 23.511. Aquéllos se oponen a esta prueba, hasta impugnarla ante la Corte, por considerar que vulnera su ámbito de “privacidad” previsto en los artículos 18 y 19 de la CN.

Sentencia de la Corte: rechaza la oposición probatoria por considerar que ella no se dirige contra la intimidad del individuo como ocurrió en el caso “Bahamondez” (ver su análisis en objeción de conciencia dentro de los derechos civiles), sino a averiguar la verdad (c. 11) y, por ende, no acarrea “violación alguna a las garantías constitucionales” (c. 13).

7.5.6.4. Caso “Zambrana Daza” –1997– (F. 320:1717):

Hechos: internada en terapia intensiva por fuertes dolores estomacales, una persona expulsa 4 bombitas de látex con clorhidrato de cocaína que son entregadas a la policía; con posterioridad, tratamiento de desintoxicación mediante, expulsa otras 40 cápsulas, previo haberle comunicado al médico que las ingirió en Bolivia para su transporte a Buenos Aires. En cambio, al prestar declaración indagatoria por el delito de transporte de estupefacientes, manifiesta haber ingerido cápsulas en la creencia de que las mismas tendrían oro. La Cámara anuló todo lo actuado desde el auto que disponía la instrucción del sumario y la absolvió por considerar ilegítima la investigación llevada a cabo a partir de los dichos de un médico debido a que tuvo conocimiento del hecho a través de la relación terapéutica. Le da prevalencia al deber de guardar el secreto profesional por sobre el deber de denunciar. Consideró vulnerada la garantía de la prohibición de autoincriminación puesto que la imputada no habría actuado libremente sino por miedo a la muerte. El caso llega a la Corte por recurso extraordinario del fiscal.

Sentencia de la Corte: la mayoría (Nazareno-Moliné-Vázquez-López) revoca la decisión de la Cámara al considerar irrazonable su interpretación sobre la prohibición de autoincriminación por entender que esa garantía no puede conducir “inevitablemente” a la descalificación de la prueba obtenida del organismo del imputado en los casos en que éste requiere asistencia médica en un hospital público, ya que

hay que analizar en concreto las circunstancias del caso (c. 6): la paciente no fue requerida por el médico, sino a la inversa; aquél le brindó asistencia y no hubo engaño ni coacción (c. 7); además esa garantía no incluye los casos de evidencia de índole material producto de la libre voluntad del procesado (c. 8). En suma, al haber asistido la acusada libremente al hospital público, no se encuentra comprometida la garantía de la prohibición de autoincriminación (c. 10). Al considerar que habría habido ausencia de toda coacción, inaplica la doctrina de la regla de exclusión (casos “Montenegro”, “Fiorentino” y “Gordon”). En igual sentido el voto concurrente de Boggiano, quien explícitamente opta por la inaplicabilidad de lo que denomina “regla abstracta” que conduce “inevitablemente” a tachar de nulidad el proceso cuando el imputado recibe tratamiento en un hospital público, pues ello impediría la persecución de graves delitos de acción pública, siendo preciso realizar “un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto” para arribar a la existencia de vicios que hayan podido afectar la libre voluntad de quien recibe asistencia (c. 8).

Comentario al fallo: es de lamentar la ausencia de toda disidencia que enarbolará el criterio del a quo. Ante la colisión de deberes del profesional la Corte coloca a la imputada en un inhumano dilema: el peligro de muerte o la cárcel. La doctrina de la regla de exclusión y las garantías, entre paréntesis.

7.5.7. *Identificación en rueda de personas:* este acto procesal también debe cumplir con ciertas condiciones para su concreción práctica de modo que no sea tendenciosa o conduzca a una errónea identificación con grave desmedro de la garantía de la prohibición de autoincriminación y de la defensa en juicio. En este sentido, además de las formalidades requeridas por la ley adjetiva penal, siempre aparece como inexcusable contar con asistencia letrada para su fiscalización.

7.5.7.1. Nuestra Corte en el caso “Cincotta” –1963– (F. 255:18), con apoyo en jurisprudencia de la Corte norteamericana, dijo que no viola la garantía del artículo 18, parte 3ª de la CN el reconocimiento judicial de la identidad del imputado (“rueda de personas”) y la consideró un “razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria” de la misma manera que no se impide la obtención de las impresiones

digitales, pero destacando que se cumplan "las formalidades establecidas en la ley procesal penal".

7.5.7.2. De aquí nosotros inferimos que severas irregularidades en la realización de esta diligencia debieran acarrear su nulidad. Sin embargo, un criterio interpretativo distinto se traduce del caso "Néstor Sánchez" de 1988 (F. 311:325). Allí, ante un cuestionamiento fáctico y constitucional de un reconocimiento en rueda de personas por parte del propio condenado, la Corte consideró que el denunciado incumplimiento de las formas procesales es una cuestión de hecho, prueba y derecho procesal propia de los jueces de la causa y ajena a la instancia extraordinaria, y respecto a que la individualización se había hecho en sede policial, sin la presencia del juez de la causa y del abogado, se limitó a señalar que no afectaba el artículo 18 CN ya que el imputado podía pedir la reproducción del reconocimiento durante el proceso.

7.6. Presunción de inocencia:

7.6.1. Desde época temprana, la Corte Suprema ha reconocido su rango constitucional. En 1871, en el caso "Tristán Brocate" (F. 10:338), con firma de J. B. Gorostiaga, ordenó la libertad del imputado de hurto porque es necesario que "el proceso muestre una prueba tan clara como la luz del mediodía" y agregó, sin citar el artículo 18 CN, que "es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le pruebe lo contrario". Es una derivación de la garantía de la defensa en juicio en el ámbito penal, y, por ende, su base constitucional no puede ser otra que el artículo 18 CN.

7.6.2. Algunos autores prefieren correctamente hablar de "estado" y no de "presunción" en esta materia, por aquello de que la inocencia es un *status* jurídico de certeza que debe destruirse sólo por sentencia condenatoria y no por mera presunción de culpabilidad que, a lo sumo, admite adoptar medidas coercitivas cautelares. De todas formas, aquí como en otras ocasiones, el *nomen iuris* no determina el alcance de las instituciones. Además, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional optan claramente por la tradicional denominación de presunción de inocencia: la D. A. D. D. H. dice que "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable" (art. XXVI); en tanto que el artículo 11.1 D. U. D. H. dice que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia

mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley” (id.: art. 8.2, C. A. D. H., y art. 14.2, P. I. D. C. P.).

7.6.3. Esta garantía abarca cuatro aspectos: primero, supone que quien acusa debe probar la responsabilidad del imputado y no éste su inocencia (aspecto del *onus probandi*); segundo, que esa prueba debe ser suficiente y categórica, pues en caso de duda prima la inocencia presumida (aspecto del *in dubio pro reo*); tercero, supone que toda persona tiene derecho a librarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal (aspecto del *dies certus*), pues también se afecta esta garantía si una persona se viera sujeta a un procesamiento de plazo irrazonable o indeterminado (ver tema de duración del proceso en juicio previo), y, por último, implica que –en principio– toda persona sometida a proceso penal debería permanecer en libertad hasta que se dicte sentencia definitiva salvo casos de excepción que se analizan más abajo (aspecto del *favor libertatis*).

7.6.4. La Corte ha señalado que “todas las personas gozan del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no la destruya declarando su responsabilidad penal” (c. 3 de la mayoría, caso “Kacoloris” –1993–, F. 316:942). Todos los códigos procesales en materia penal reglamentan esta garantía, extendiéndola hasta la “sentencia firme” (ej. art. 1º, CPPN).

7.6.5. “*In dubio pro reo*”:

7.6.5.1. Esta conocida expresión latina significa que la duda (la falta de certeza probatoria) debe beneficiar a quien está sujeto a un proceso penal. Ostenta jerarquía constitucional al ser un aspecto de la presunción de inocencia. Lo recepta el artículo 3º del CPPN: “En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”, que repite la fórmula utilizada por el artículo 29 de la Constitución reformada en 1949.

7.6.5.2. En alguna ocasión, la Corte lo ha denominado “principio” al decir que presupone “un especial estado de ánimo del juez por el cual no alcanza a la convicción de certidumbre sobre los hechos”, pero ello no significa que “pueda sustentarse en una pura subjetividad, sino que debe

derivarse racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso” (c. 10 del caso “Martínez” –1988–, F. 311:948).

7.6.6. Especial vinculación con esta garantía reviste la cuestión de si es posible indultar a los procesados, antes de la sentencia condenatoria (remitimos a indulto en atribuciones exclusivas del gobierno federal).

7.6.7. Por el alcance dado a la presunción de inocencia (cuarto aspecto), en principio deviene ciertamente contradictorio coartar la libertad ambulatoria a quien todavía no ha sido declarado culpable de un delito. Empero, a la vez, como existe la necesidad de asegurar que el presunto delincuente esté a disposición de la justicia y, eventualmente, hacer efectiva una pena privativa de libertad, es que aparece la llamada “prisión preventiva” como medida cautelar. De todas formas, también en esos casos subsiste el inconveniente de que el enjuiciado finalmente resulte inocente o condenado condicionalmente, y así habersele producido un deterioro insalvable. “De allí, el riesgo de que la detención provisional mientras dura el proceso, pueda aparecer como el cumplimiento anticipado de la pena” (Darritchon). Así, el legislador penal adjetivo, con apoyo en el propio artículo 18 CN, ha arbitrado distintos medios (excarcelación o eximición de prisión) para permitir que el imputado disfrute de libertad durante el proceso penal hasta el momento en que pueda recaer una sentencia firme de condena y, al mismo tiempo, asegurar su presentación ante el juez en las oportunidades en que éste lo requiera.

7.6.7.1. La C. A. D. H. como correlato de la garantía de ser juzgado en plazo razonable señala el “ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso” (art. 7.5), y al final agrega que esta libertad “podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. Por su parte, el P. I. D. C. P. coloca como alternativa a ser juzgado en plazo razonable el “ser puesto en libertad”, y respecto “a la prisión preventiva” señala que “no debe ser la regla general, pero la libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” (art. 9.3).

7.6.8. *Prisión preventiva:*

7.6.8.1. Es la medida de coerción estatal sobre la libertad ambu-

latoria de una persona con carácter cautelar dispuesta por el juez penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva cuando se den ciertos supuestos establecidos por la ley penal adjetiva. Contradice la garantía de la presunción de inocencia en la medida en que se aplica sobre una persona que aún goza de esa garantía. Sin embargo, se la considera constitucional también con respaldo en el artículo 18, parte 2ª CN cuando dice que “Nadie puede ser [...] arrestado...”, siempre que:

7.6.8.1.1. Sea como medida cautelar que tenga por objeto garantizar los fines perseguidos por el proceso penal (caso “Manuchi” –1981–, F. 304:184), tanto el inmediato (asegurar que el presunto delincuente quede a disposición de la justicia) como el eventual mediato (satisfacer la pena privativa de libertad que se imponga), como lo recepta expresamente el artículo 9.3 *in fine* del P. I. D. C. P., y,

7.6.8.1.2. se interprete y aplique restrictivamente (caso “Kacoliris” –1993–, F. 316:942; reiterado en c. 7 del voto de Fayt-Petracchi y c. 9 de Bossert, caso “Estévez” de 1997 que se comenta más adelante), pues la privación de la libertad durante el proceso funciona como medida de seguridad y no debe extenderse más de lo necesario.

7.6.8.2. El CPPN dispone que “El juez ordenará la prisión preventiva del imputado” (art. 312) “siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste” (art. 306), y denegará la excarcelación o exención “cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones” (art. 319). En este sentido, como la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva, la Corte federal enseña que no puede “constituir la regla general, pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación al principio de inocencia” (caso “Nápoli” –1998–, F. 321:3630).

7.6.8.3. La Corte también ha denominado a la prisión preventiva como “privación temporaria de la libertad del encausado”, la cual “no

tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción, y si esa seguridad puede en algunos casos, obtenerse por otro medio, como la fianza de cárcel segura, compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, puede decirse, además, que esa garantía del derecho individual se funda también en la Constitución, porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones” (caso “Llanos”, F. 102:219).

7.6.9. *Excarcelación y eximición de prisión:*

7.6.9.1. Ambos garantizan el cuarto aspecto de la presunción de inocencia: gozar de la libertad hasta que se dicte sentencia definitiva (caso “I. N. R.” –1979–, F. 301:664). Teniendo un fin unitario (evitar una detención innecesaria durante el proceso penal y el cumplimiento anticipado de una pena que se ignora si se va a imponer efectivamente, garantizando además la eventual comparecencia del imputado a los requerimientos judiciales), la diferencia entre excarcelación y eximición de prisión es puramente fáctica: si el procesado está detenido, se lo excarcela (tal como el propio término indica); si está en libertad, se lo exime de prisión ante la amenaza de su detención. En ambos casos, no es óbice que haya auto de prisión preventiva. Estos institutos han tenido distintas denominaciones en la legislación adjetiva federal: el ex CPMP utilizaba las rúbricas “libertad bajo fianza”, “libertad provisoria” o “bajo caución” (arts. 376/398); en cambio, el nuevo CPPN se refiere a la “exención de prisión” y “excarcelación” (arts. 316/333).

7.6.9.2. La Corte federal ha señalado que dado que la excarcelación y la prisión preventiva han sido establecidas por la Constitución, si se las concibe de modo absoluto resultan mutuamente excluyentes; por ello, corresponde a la reglamentación legislativa de uno y otro instituto restringir razonablemente a ambos, a fin de evitar que se excluyan recíprocamente (caso “Karpiej” –1974–, F. 290:393). De este modo, se admite que el legislador disponga alguna condición para que se conceda la excarcelación o para que se la deniegue: por el tipo de delito (ej. el monto máximo de la pena prevista) o por la persona acusada (ej. si reviste o no calidad de reincidente). Empero, carece de validez constitucional la prohibición absoluta de la excarcelación

por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustrará la acción de la justicia (ej. la ley de facto 17.586/68 para el delito de contrabando o su tentativa).

7.6.9.2.1. En el caso “Nápoli” –1998– (F. 321:3630) la mayoría de la Corte (Belluscio-Boggiano-López-Vázquez y Fayt) declaró la inconstitucionalidad del artículo 12, Ley 24.410 de 1994, que veda la excarcelación para los graves delitos allí mencionados (en la especie: art. 139 bis CP sobre supresión y suposición del estado civil y de la identidad de las personas). Para así decidir se dijo que se aparta de la igualdad ante la ley, “pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos que lo estime pertinente, recurre a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos”, y concluyó que utilizar la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de cierta delincuencia “desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada”. Este impecable criterio constitucional se contradice con fallos anteriores donde esta misma Corte convalidó la exclusión de excarcelación también sobre la sola base de la naturaleza de otros delitos (ver más adelante casos “Arana” y “Alonso”, ambos de 1995, donde se pronuncia a favor de la exclusión prevista en el art. 10, Ley 24.390).

7.6.9.3. Cumplidos los requisitos legales de admisibilidad, ante el mero pedido del interesado, el juez debe conceder la excarcelación o la eximición de prisión, claro está en la medida en que no exista ninguna causal obstativa. No es una dádiva o facultad discrecional del juez, sino que funciona, entonces, como una verdadera “garantía”, derivada de la presunción de inocencia con raigambre constitucional (art. 18, CN) y del derecho de locomoción (art. 14, CN).

7.6.9.4. La Corte lo ha reconocido desde antiguo a partir del caso “Hilarión Martínez” –1869– (F. 7:368) bajo la rúbrica de “libertad bajo fianza”, pues “de otro modo se aumentaría su sufrimiento más allá de lo necesario para la seguridad de que se cumpla la pena”. En esa lejana época, para “reos de delitos que no son castigados con pena

corporal” (doctrina reiterada en F. 16:88 y F. 54:264), con la aislada excepción de que la pena de prisión que “se haya de imponerse no pueda ser tan larga que, por evitarlo, se ausente del país para siempre un ciudadano” (caso “Exequiel Paz” –1869–, F. 8:291), lo que significa que la “soltura” no tenía lugar “en casos graves” (caso “López Jordán” –1879–, F. 21:121). A su vez, a fines del siglo XIX, en el caso “Amorretti” –1896– (F. 64:352), se ampliaron los supuestos de “excarcelación provisoria” también para aquellos delitos que tuvieran la caduca “pena de extrañamiento”. A pesar de las significativas cortapisas iniciales, aquel pionero *corpus* jurisprudencial es siempre citado –sin la mencionada aclaración– como el inicial reconocimiento de esta garantía (F. 308:1631, entre otros).

7.6.9.5. En el caso “Llanos” –1905– (F. 102:219), la mayoría de la Corte (Bermejo-Del Solar-Daract) declaró inconstitucional la norma de la Constitución de Santiago del Estero en tanto sirvió de base para denegar la excarcelación a procesados por cuanto las limitaciones del artículo 18 *in fine* CN son aplicables a los gobiernos de provincia lo mismo que al gobierno federal. Dijo la Corte que la Constitución no contiene disposición expresa sobre libertad provisoria del encausado. Consagra la libertad personal y permite el arresto “en virtud de orden escrita de autoridad competente” (art. 18, CN), porque de otra manera se imposibilitaría, en algunos casos, la administración de la justicia represiva, desde que se estableciera que la privación de la libertad sólo procedería a título de pena y mediante previo juicio y condenación. Pero, aunque no consignada en términos expresos, la limitación de la prisión preventiva, mediante la fianza de cárcel segura, ha sido derivada por esta Corte de la cláusula final del artículo 18 de la CN.

7.6.9.6. Si bien la excarcelación es una típica cuestión federal y no meramente procedimental (por ser una garantía que emana del art. 18, CN y, más recientemente, por estar prevista en tratados internacionales), hay dos cuestiones en materia del recurso extraordinario (sentencia definitiva y superior tribunal) que suscitan peligro para su protección por esta vía (para ambos aspectos, remitimos a su estudio particular en subprincipio de control).

7.6.9.7. Aunque la excarcelación no proceda ab initio, por el tipo

de delito o antecedentes del procesado, como ya se dijo, de todas formas corresponde concederla:

7.6.9.7.1. Por el transcurso del tiempo cuando se dan ciertos supuestos, aparte del caso especial de la Ley 24.390, que se analiza más abajo:

- a) Por cumplimiento del lapso máximo de la pena prevista en el Código Penal que se le puede aplicar en caso de recaer condena por el delito por el cual se lo acusa, o la totalidad de la pena pedida por el fiscal, o la pena arbitrada en la sentencia no firme, o el tiempo necesario para obtener libertad condicional (art. 317.1/5, CPPN), y
- b) por el sistema de compensación (3 × 2) instrumentado por la Ley 23.070 de 1984, bajo el equívoco título *Conmutaciones de penas*, con relación al período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, atento a las especialmente inhumanas condiciones carcelarias imperantes en ese período (ver caso “Solís” de 1986 en indulto y conmutación dentro de atribuciones exclusivas del gobierno federal).

7.6.9.7.2. Por razones de salud: el artículo 317 del CPPN no contempla esta situación; en cambio, la Ley 24.660 de Ejecución Penal, también aplicable a procesados (art. 11), admite la concesión de la prisión domiciliaria (art. 33), aunque con severas limitaciones (sólo enfermedad “incurable” y “terminal”, cuya crítica ya efectuamos en ejecución de prisión), y la ley ritual cuando habilita al tribunal de sentencia a suspender la prisión por enfermedad grave y su ejecución pusiera en peligro su vida (art. 495.2, CPPN).

7.6.9.8. *La excarcelación y la C. A. D. H. ante la Corte federal:* una vez incorporado dicho instrumento internacional al derecho interno (1984) y aun antes de gozar de jerarquía constitucional por la reforma de 1994, el Alto Tribunal tuvo oportunidad de interpretar el artículo 7.5 C. A. D. H., por vez primera, en el caso “Firmenich” (F. 310:1476). De las cuatro causas planteadas por Firmenich en 1987, aquí interesa la tercera, donde por unanimidad se confirma la denegatoria de excarcelación. Para así decidir se sostuvo que es razonable entender que la norma aludida conduce a establecer “que el juicio sobre la prolongación de la privación de la libertad debe estar relacionado con las

circunstancias concretas del caso”, invocando en su apoyo jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a idéntica disposición de la Convención que rige en el viejo continente. Así consideró “atendibles” y ajustadas al artículo 7.5 C. A. D. H. las razones que llevaron a denegar la excarcelación (c. 4/7 del voto mayoritario y 6/9 de Fayt) basándose en normas internas de procedimiento (“las características del delito que se imputa, las condiciones personales del encartado y la pena con que se reprime el hecho, guardan estrecha relación con la posibilidad de que se pueda intentar burlar la acción de la justicia y con ello impedir la concreción del derecho material”).

7.6.9.8.1. Además del carácter de primer pronunciamiento sobre el punto, la doctrina del caso “Firmenich” sobrevivió a la instancia internacional (en 1989, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos rechaza la denuncia presentada contra el Estado argentino con motivo del citado fallo) y nacional (fue continuada en fallos posteriores a la reforma de 1994 por la nueva composición de la Corte con invocación del informe de la Comisión cuando debió pronunciarse sobre la Ley 24.390, como vemos a continuación).

7.6.9.9. *El caso especial de la Ley 24.390*: a posteriori de la reforma constitucional de 1994 se sanciona esta ley sobre plazos de prisión preventiva, la cual se autorreconoce como reglamentaria del artículo 7.5 de la C. A. D. H. (art. 9º). Según dijo la Corte, su “origen [...] debe buscarse” en el ex CPMP que establecía que la instrucción debía durar dos años (c. 11 de la mayoría del caso “Bramajo”, F. 319:1840). Determina un plazo fijo de dos años como tope para la prisión preventiva, en cuyo caso corresponde la libertad del procesado (art. 1º); dicho plazo puede ser prorrogado por un año y seis meses (arts. 1º/2º); además dispone la forma de computar el excedente de ese lapso: por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (art. 7º) luego de que el procesado estuvo más de dos años en prisión preventiva y a partir de la sentencia de condena; por último excluye de sus beneficios a los imputados por tráfico internacional de estupefacientes (art. 10).

7.6.9.9.1. De esta forma se consagra un instituto que se ha denominado “excarcelación por exceso del plazo de prisión preventiva” (Colautti, I). Teniendo en cuenta el mandato internacional, sumado a

la crítica situación carcelaria argentina, pretende priorizar el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia a través de una modalidad compensatoria entre la detención preventiva y el cumplimiento de la pena, dando así cumplimiento a la doctrina de una sentencia rápida (caso “Mattei”, F. 272:188).

7.6.9.9.2. Respecto a si la Ley 24.390 es aplicable sólo a los encarcelados en virtud de prisión preventiva (procesados) o también a los condenados por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en el caso “Carrizo” –1997– (F. 320:1395) la mayoría de la Corte (Boggiano-Belluscio-Fayt-Petracchi-Bossert) convalidó su extensión a los condenados dispuesta por el Superior Tribunal de La Pampa al declarar inadmisibles los recursos extraordinarios por vía del *certiorari* (art. 280, CPCCN); en cambio, la disidencia (Nazareno-Moliné-López-Vázquez) consideró que la Ley 24.390 no es aplicable a los condenados por sentencia firme a partir de un análisis literal de la norma.

7.6.9.9.3. Cuestionamientos a la Ley 24.390: siempre con base en el artículo 7.5 C. A. D. H., se ha objetado en forma parcial o general tanto por perjudicar como por beneficiar a los detenidos. Todos ellos fueron rechazados por la Corte federal:

7.6.9.9.3.1. El primer planteo fue dirigido contra la exclusión del artículo 10. La Corte, en el caso “Arana” –1995– (F. 318:1877), por unanimidad lo rechazó. Dijo que tal exclusión no vulnera el artículo 7.5 del Pacto, pues esa norma no impide que cada Estado parte adecue el “plazo razonable” según criterios de política criminal relacionados con “razones de interés público” (c. 7) que “justifiquen la derogación de la regla del respeto a la libertad individual” (c. 8). Agregó que la exclusión del artículo 10 no deroga la presunción de inocencia (c. 10); ni viola la igualdad ante la ley, pues el artículo 16 CN no impone una uniformidad de tratamiento legislativo ni obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que no incurra en arbitrariedad ni en ilegítima persecución. Meses después, en el caso “Alonso” (F. 318:2611), la Corte dijo que la exclusión de la Ley 24.390 a los supuestos vinculados con el tráfico internacional de estupefacientes no implica la derogación de la presunción de inocencia. Sin embargo, una conclusión diametralmente opuesta a los casos “Arana”-“Alonso” surge de la doctrina sentada

por la mayoría de la Corte en 1998 en el caso “Nápoli” (F. 321:3630) referido a otra exclusión prevista por la Ley 24.410 (ver lo dicho en prisión preventiva).

7.6.9.3.2. El segundo cuestionamiento fue contra el sistema instaurado por el artículo 1°. En el caso “Bramajo” –1996– (F. 319:1840), la mayoría de la Corte (Nazareno-Moliné-Boggiano-López-Vázquez) rechaza el planteo del fiscal, pero revoca la concesión “mecánica” de una excarcelación por el solo hecho de haber cumplido tres años de detención en prisión preventiva. Para decidir sobre la armonización entre la Ley 24.390 y el artículo 7.5 del Pacto, en primer término, invoca un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya opinión también “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (c. 8) al extender la doctrina sentada en los casos “Ekmekdjian” de 1992 y “Girolidi” de 1995 (ver lo dicho en el capítulo sobre interpretación); sobre esa base recordó que esa Comisión no admite “la aplicación de aquéllos en forma automática sin valorar otras circunstancias”, tales como “la gravedad de la infracción” para “establecer si la detención ha dejado de ser razonable” (c. 12). A ello agrega la Corte que la Ley 24.390 no ha derogado las normas que rigen el instituto de la excarcelación, razón por la cual las disposiciones de aquélla deben ser interpretadas a la luz de las normas respectivas del CPMP anterior (ley 2372) y nuevo (Ley 23.984). Así, la validez del artículo 1°, Ley 24.390 “se halla supeditada” a que “no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los artículos 380 y 319 ex CPMP y nuevo CPPN” (c. 13); ello sin “desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la luz del tratado con jerarquía constitucional que aquélla reglamenta”, y para armonizar su “literalidad” con los “principios axiológicos”; de lo contrario, “aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica” (c. 14). Por ello, a pesar de que declara la armonía de la Ley 24.390 con el artículo 7.5 de la C. A. D. H., revoca la excarcelación otorgada al “presumir que en caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia” en mérito a las condiciones personales del procesado, la gravedad de los hechos que se le imputan (delito de homicidio calificado en concurso material con el de robo doblemente agravado), la condena

anterior que registra, así como la pena solicitada por el fiscal (reclusión perpetua con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado).

7.6.9.3.3. En 1997, en el caso “Estévez” (F. 320:2105), la Corte ratifica la doctrina del caso “Bramajo” ante una situación fáctico-jurídica que viene a ser su contracara. Esta vez no se revoca una concesión de excarcelación por aplicación automática del artículo 1º, Ley 24.390, sino que se revoca una denegatoria no obstante que la detención preventiva del procesado por más de cinco años excedía las pautas de esa norma, con base en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia: por haber usado “fórmulas genéricas y abstractas” (c. 6 de la mayoría) o no dar “razón plausible alguna” (c. 6 de Fayt-Petracchi), sino la sola referencia a la pena establecida por el delito que se imputa y la condena anterior registrada, sin precisar cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir fundadamente que el mismo intentará burlar la acción de la justicia. Salvo en el ilustrado voto de Bossert, que no había votado con la mayoría del caso “Bramajo”, en “Estévez” no se cita el artículo 7.5 C. A. D. H., su jerarquía ni su interpretación por la Comisión Interamericana.

7.6.9.3.4. La doctrina de “Bramajo” y “Estévez” tiene un antecedente judicial en el caso “Karpiej” (F. 290:393). Ya en 1974, vigente el ex CPMP, la Corte había descartado el argumento de que una vez transcurridos los dos años fijados por el ex artículo 699 para la terminación total de la causa carecía de obligatoriedad el ex artículo 380.2 que vedaba la prisión preventiva a quien tenía dos condenas por delitos dolosos.

7.7. La imprescriptibilidad de los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado:

7.7.1. En el caso “Arancibia Clavel” (F. 327:3294 y 3312) la Corte tomó la trascendente y justa decisión de declarar la imprescriptibilidad de los crímenes cometidos por el Estado, siempre por parte de gobiernos militares de facto, en su lucha contra las organizaciones que se alzaron en armas contra el régimen. En tanto que en el caso “Lariz Iriondo” (F. 328:1269) el Alto Tribunal no procedió del mismo modo con los crímenes cometidos por quienes convirtieron el levantamiento en armas en terrorismo subversivo. En el caso también de “Arancibia Clavel” la Corte, cuando trató el tema de la aplicación retroactiva de la Con-

vinción sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, consideró que no se debía considerar dicho tema sino si, al momento de la comisión del delito, no había normas del derecho internacional que incriminaran dichos comportamientos, entendiéndose que sí las había en la costumbre internacional.

7.7.1.1. *La doctrina del jurista Enrique Bacigalupo sobre "la justicia y la seguridad jurídica en el derecho"*: el destacado jurista argentino nacionalizado español y magistrado en España ha tratado este tema en *Debates de Actualidad*, revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 196, página 21. Haremos una referencia abreviada de puntos que conciernen al asunto que estamos tratando:

a) Señala Bacigalupo (en adelante B.) que el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos (C. E. D. H.) introdujo en sus artículos 7.1 y 7.2 la regla de que "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas son fuentes del derecho penal".

b) B. nos indica que la disposición del artículo 7.2 del Convenio Europeo referente a los principios jurídicos generales reconocidos por los "pueblos civilizados" tuvo la finalidad de justificar los procesos del Tribunal Militar de Núremberg.

c) En relación con la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal respecto de las normas sobre prescripción de delitos graves, B. indica, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BverfG 25, 269), del 26 de febrero de 1969, que consideró que el principio de confianza no se extiende a los plazos de la prescripción, conceptuando nuestro jurista que, de esa manera, se introducía por vía jurisprudencial, con efecto retroactivo, la Convención de Naciones Unidas del 26 de noviembre de 1968, sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

d) Señala B. que en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T. E. D. H.) la exigencia de ley previa se ha transformado en la de la ley previa legítima según el derecho internacional. Agrega que el T. E. D. H. ratificó este punto de vista en las S. S. T. E. D. H. de 22 de marzo de 2001, en los casos "Streletz, Kessler y Krenz" y "K. H. W.", estimando que no era admisible invocar como eximentes las órdenes oficiales dadas por las autoridades de la

ex República Democrática Alemana a los guardias de frontera para arrestar o aniquilar a los ciudadanos que intentaran cruzar la frontera sin autorización. Tales órdenes constituían, según el T. E. D. H., una violación de la obligación de respetar los derechos del hombre y las otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado (casos “Stretletz, Kessler y Krenz” y “K. H. W.”). Sostuvo el T. E. D. H. que esas órdenes eran una flagrante violación de los derechos fundamentales basados en los artículos 19 y 30 de la Constitución de la República Democrática Alemana (caso “K. H. W. c/Alemania”, N° 67).

e) Destaca B. que es evidente que el T. E. D. H. cuando menciona el derecho no escrito referencia tácitamente a la costumbre y a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

f) En suma, nos dice B., “la interpretación del T. E. D. H. del principio europeo de legalidad reduce considerablemente la garantía del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* del derecho interno y se aparta del fundamento democrático que se reconoce a este principio en el derecho interno. El concepto de ley previa del derecho penal internacional y de la represión de violación de derechos humanos se refiere en la jurisprudencia, antes que a la ley formal del Parlamento, a la ley compatible con ciertos valores considerados universales o deducibles de ellos”.

7.7.2. En el caso “Simón” (F. 328:2056 a 2391, es decir el fallo más largo de la historia de la Corte Suprema), el Alto Tribunal se ocupó de nulificar las leyes de punto final y de obediencia debida, que ya habían sido derogadas por el Congreso, con el objeto de poder juzgar a todos los responsables por los delitos cometidos durante el terrorismo de Estado militar a que estuvo sometido el país desde 1976 hasta 1983. Desde el punto de vista político podemos decir que las referidas leyes fueron dictadas durante el gobierno del presidente Alfonsín en aras de la paz social y para mantener el sistema democrático ante vientos presumiblemente golpistas. Desde el punto de vista jurídico el Congreso actuó en el marco de competencias constitucionales históricas en todo el mundo, porque la amnistía y el indulto existen en nuestro texto constitucional desde 1853, inspiradas en el Proyecto de Alberdi y en la

Constitución de 1826. La paz social es un bien sagrado para los pueblos, el principal que los gobiernos tienen la obligación de preservar.

En el caso “Hagelin” (sentencia del 8 de setiembre de 2003) convalidó la nulificación de las leyes de “punto final” 23.492 y “obediencia debida” 23.521. En el caso los votos de Fayt, Petracchi, Boggiano y Maqueda muestran ricos matices sobre la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, en su relación con el derecho interno.

A partir de la referida nulificación legislativa la Corte dispuso la aplicación retroactiva de los tratados internacionales que, con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, disponen la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, entre los cuales se encontraban figuras no tipificadas, como lo era la desaparición forzada de personas.

7.7.3. Tenemos presente que la doctrina constitucional argentina siempre ha sostenido con firmeza la necesidad del respeto al principio de irretroactividad de la ley penal: en tal sentido Germán Bidart Campos ha dicho que una reforma constitucional “no puede privar de derechos adquiridos bajo la vigencia de la Constitución anterior a la reforma” (conf. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. 1 A, p. 490); también lo ha sostenido el ministro de la Corte Belluscio, en su voto en el caso “Video Club Dreams”: “el control de constitucionalidad debe hacerse según las normas fundamentales vigentes al tiempo de aplicación de las disposiciones impugnadas por manifiesta ilegalidad” (F. 318:1154).

Sin embargo, nos preguntamos: ¿Por qué hablar de aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad si ellos han merecido pena de reclusión perpetua? ¿Por qué suponer que semejantes delitos no tenían sanción vigente en nuestro país al tiempo de su comisión, a tenor del derecho internacional, de cualquier fuente que fuere, *ius gentium* o costumbre? ¿Realmente podemos sostener que la desaparición forzada de personas no es una muerte, cuando en esos casos el derecho civil trata el caso como “ausencia con presunción de fallecimiento”? ¿Estamos ante una aplicación analógica del derecho penal o frente a una interpretación compatible con un finalismo razonable en términos de reproche y protección social?

7.7.3.1. Arduo es el debate filosófico-político y jurídico sobre la justicia o injusticia que puede dimanar de este tratamiento diferenciado por parte de la Corte en relación con el uso de la violencia que culmina en muerte y hasta en genocidio, pues mueren inocentes, con harta frecuencia. Yo apoyo al “Che” Guevara en su gesta socialista en Cuba, sobre todo cuando siendo ministro de Industria en ese país se dirigió a la I. S. O. internacional en Ginebra solicitando la incorporación de Cuba a esa organización, para lograr desarrollo productivo a partir de la gestión de calidad, que implica participación de los trabajadores en ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, como lo manda nuestro incumplido artículo 14 bis constitucional. No apoyo su guerra revolucionaria, porque no se hacen hoy revoluciones con violencia. Lo entendió suficientemente Gandhi en su tiempo. Hoy las únicas revoluciones que tengo a la vista son el uso generalizado de Internet y la sociotecnología de organización del trabajo de gestión de calidad en cooperativas, como lo predica con brillo nuestro Mario Bunge. Pero no puedo negar, de cara al dilema respecto del cual tenemos que definirnos, que el monopolio de la fuerza por parte del Estado nunca puede convertirse en terrorismo de Estado, pues implica una absoluta desnaturalización, es decir contra el orden natural de la convivencia social, que justifica y hace necesario al Estado, pero dentro del derecho, no fuera de él. Si Alberdi escribió *El crimen de la guerra* contra Mitre, con motivo de la guerra de exterminio que realizó la Triple Alianza contra el pueblo paraguayo, ¿qué hubiera escrito con la guerra interna realizada, al margen del derecho, por las dictaduras militares que sufrió el pueblo argentino? ¿Qué es la Justicia? le preguntó Pilatos a Cristo cuando éste la solicitó. Sabemos que Cristo bajó la cabeza y guardó silencio.

7.7.3.2. En el caso “Mazzeo” (sentencia del 13 de julio de 2007) la Corte declaró la inconstitucionalidad de los indultos sancionados en 1989 por parte del presidente Menem, que beneficiaban a los autores de crímenes de lesa humanidad ocurridos durante las dictaduras militares que ejercieron el poder en la Argentina. En este caso la Corte incurrió en autocontradicción en razón de que después tuvo que dejar de lado una resolución propia, en la misma causa, que había declarado la constitucionalidad de esos indultos, como bien lo advirtieron Carlos

Fayt y Carmen Argibay en sus respectivos votos en disidencia. En el mismo sentido la Corte aplicó retroactivamente la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, como también lo advierte Fayt en su voto. Cabe destacar el principismo jurídico y moral de una persona como Carmen Argibay, que sufrió cárcel durante la dictadura militar, en los tiempos de López Rega, seguramente por parte de la Triple A, sin que nunca supiera por qué estaba detenida, según me lo ha dicho personalmente.

7.7.3.3. En el caso “Yofré de Vaca Narvaja” (sentencia del 14 de diciembre de 2004) la Corte declaró la asimilación de los asilados o refugiados políticos (se entiende que fuera del país como consecuencia del peligro que aquí corrían) a quienes estuvieron a disposición de autoridades militares durante el último gobierno de facto (se entiende que lo es a los efectos de su reparación económica). La Corte invocó la doctrina de F. 320:1469, 323:1406, 1460 y 1491.

7.8. Doble instancia:

7.8.1. También derivada de la garantía de defensa en juicio, supone la posibilidad de revisión plena (de los hechos y del derecho aplicable) de una sentencia definitiva o asimilable en materia penal por otro juez o tribunal superior al que la dictó; es decir, que se refiere a la existencia de más de una instancia judicial ordinaria y a la posibilidad de recurrir por parte del imputado.

7.8.2. Históricamente, la Corte Suprema sostenía que la doble instancia no constituía requisito constitucional de la defensa en juicio, en toda clase de procesos (F. 211:1534; 231:125; 246:363; 250:753; 290:120; 298:252; 305:535). Claro que se constituía en exigencia insoslayable en la medida en que estuviera dispuesta por las leyes adjetivas (F. 216:41; 307:966); a contrario, no se podían impugnar las limitaciones procesales a los recursos con base en la defensa en juicio (F. 301:1066), lo que después se modifica pero para satisfacer el recaudo de superior tribunal de provincia en materia de recurso extraordinario (caso “Di Mascio”, F. 311:2478, ver su análisis en recurso extraordinario). En síntesis, bastaba con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal.

7.8.2.1. En tanto que para las decisiones de “tribunales administrativos” terminó por establecer la doctrina del control judicial sufi-

ciente. En 1940, en los casos “Kholil” (F. 186:337) y “Costes” (F. 187:79), ambos en materia no penal, la Corte señaló que la garantía de la defensa en juicio no requería la doble instancia judicial. En esas causas los obreros habían pedido la inconstitucionalidad de la ley bonaerense que los obligaba a ocurrir previamente al Departamento del Trabajo local (instancia administrativa) para luego ir a una única instancia judicial para revisar aquel pronunciamiento (sin posibilidad de apelarlo en el ámbito de la justicia). En 1960, la Corte aclaró que en esta materia no abastecía el control suficiente el recurso extraordinario federal (ver caso “Fernández Arias” en potestad judicial del Poder Ejecutivo).

7.8.3. Son instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que consagran la garantía de la doble instancia en el proceso penal: la C. A. D. H. como “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8.2.h); con una redacción más precisa, el P. I. D. C. P. al decir que “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 prescripto por la ley” (art. 14.5). En ambos casos no se distingue en cuanto al carácter de la Alzada (unipersonal o colegiado) y aunque tampoco se aclare el alcance de la revisión recursiva (sólo cuestiones de derecho o también los hechos), pensamos que ésta debe ser amplia y comprensiva de cuestiones tanto fácticas como jurídicas.

7.8.4. No obstante que en virtud de nuestra organización federal las provincias, a través de sus Legislaturas, siguen siendo las encargadas de establecer los órganos judiciales y los procedimientos aplicables ante ellos (supremacía federal sobre el orden local), ellas están, entonces, obligadas a asegurar la doble instancia en los procesos penales locales.

7.8.5. Dada la trascendencia de la C. A. D. H. a partir de su incorporación a nuestro derecho interno, veamos la jurisprudencia de la Corte federal distinguiendo su doctrina en la anterior a la reforma de 1994 que le otorgó rango constitucional y la posterior a ella.

7.8.5.1. Antes de la reforma de 1994: la Corte, en el caso “Jáuregui” –1988– (F. 311:274), al interpretar la exigencia del artículo 8.2.h, del Pacto insistió en que la garantía de la doble instancia no es de natu-

raleza constitucional y sostuvo que “se halla satisfecha por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte”. Allí se rechazó el planteo contra la reforma al Código de Justicia Militar por Ley 23.049, analizado en fueros reales y juez natural. Tesis incorrecta incluso en esa época, pues el Pacto se refiere a la doble instancia ordinaria.

7.8.5.2. Posterior a la reforma de 1994:

7.8.5.2.1. En el caso “Girolodi” –1995– (F. 318:514), los seis ministros que suscriben el fallo por unanimidad declararon la inconstitucionalidad del artículo 459.2 del CPPN en cuanto limita la admisibilidad del recurso de casación por el monto de la pena, en razón de violar el artículo 8.2.h, C. A. D. H. El fundamento de la decisión es la nueva jerarquía constitucional de ese instrumento internacional y la O. C. N° 11/90 de la Corte Interamericana (ver análisis de su impacto hermenéutico en interpretación constitucional), por lo cual la garantía de la doble instancia en materia penal tiene raigambre suprema y es entendida como “mínima” (c. 5 y 11/12). Así, la vía excepcional del artículo 14, Ley 48 ya no satisface esa exigencia como sostuvo y aconteció en el caso “Jáuregui”, por dos razones según la Corte: porque la Ley 23.774 de 1990 (ver *certiorari* en recurso extraordinario) ha transformado a la instancia extraordinaria de la Corte (c. 7/8) en una jurisdicción discrecional y por ende “no constituye un remedio eficaz” para salvaguardar esta garantía, y porque la Ley 23.984 de 1991 (nuevo CPPN) creó la Cámara Nacional de Casación Penal como instancia revisora en materia penal federal, la que funciona como “tribunal intermedio” entre la Corte y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelaciones (c. 9 y 13). Ante este nuevo panorama constitucional e infraconstitucional, esta garantía se satisface, para la Corte, mediante el recurso de casación. Esta tesis es reiterada en 1995 en los casos “Montero” y “Catonar” (F. 318:1788 y 1234), y en 1996 en casos “Spinosa Melo” y “Álvarez” (F. 319:567 y 585). Aunque mejora la tesis del caso “Jáuregui”, aún resulta insuficiente porque la Casación penal no asegura una verdadera doble instancia ordinaria al limitarse, en principio, sólo a cuestiones de derecho, en contra de lo dispuesto por el Pacto. Por ello, hasta que se modifique legislativamente la estructura procesal del recurso de casación, debiera señalarse su inconstitucionalidad para que se realice una revisión amplia y no restringida.

7.8.5.2.2. En el caso “Arce” –1997– (F. 320:2145), el Alto Tribunal reafirma la doctrina del caso “Girolodi”, pero señala que la garantía de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado y no del Ministerio Público como órgano del Estado, en tanto no es sujeto destinatario de las normas internacionales de protección de los derechos humanos (c. 7), por cuanto la voz “persona” (art. 8º del Pacto) debe entenderse según su Preámbulo y artículo 1º como “todo ser humano”, como a su vez lo ha interpretado la propia Corte Interamericana al decir en la O. C. N° 2/82 que los Estados asumen obligaciones “no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (c. 6). Claro que esto no obsta a que el legislador –si lo considera necesario– le conceda la facultad recursiva al órgano estatal. Por todo ello, la Corte rechaza el planteo de inconstitucionalidad del artículo 458 CPPN en cuanto limita el derecho de recurrir por vía de casación al fiscal en casos de escasa relevancia, a diferencia de lo resuelto en el caso “Girolodi” para el imputado.

7.8.6. Sin perjuicio de la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la doble instancia penal en varias opiniones consultivas ya mencionadas, este tema también fue planteado en jurisdicción contenciosa en el caso “Maqueda” de 1995 (L. L. 1997-E-516) por hechos relativos al copamiento del cuartel de La Tablada (que se dan cuenta en el caso “Acosta” de 1998 de la Corte federal, analizado en interpretación constitucional). La Cámara Federal de San Martín había condenado por tales sucesos, entre otros, a Guillermo Maqueda a diez años de prisión; denunciado el Estado argentino por sus padres ante la Comisión Interamericana por violación de derechos y garantías consagrados en la C. A. D. H., en especial porque la Ley 23.077 le imposibilitó recurrir a un tribunal de alzada, la Comisión lo somete a la Corte Interamericana que no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto por cuanto el Ejecutivo argentino conmutó la pena de Maqueda para que éste recuperara su libertad (Dec. 1680/94). En 1999, en el caso “Gorriarán Merlo” (F. 322:2488) la Corte Suprema argentina declara inconstitucional la irrevisibilidad establecida en la referida ley. Sin embargo, hasta principios de 2001 continúan en prisión varios condenados por los mismos hechos de La Tablada a quienes tampoco se les hubo asegurado la doble instancia

a pesar de una expresa recomendación de la Comisión Interamericana en ese sentido (para este tema se remite al ya citado caso “Acosta” y, en especial, a lo dicho en el final de gobiernos de facto respecto a la Ley 23.077).

7.9. *Reformatio in peius*:

7.9.1. Esta expresión latina supone la prohibición de imponer al procesado una sentencia en cualquier materia más gravosa que la apelada, es decir, no permite la reforma de una sentencia en perjuicio del recurrente. Funciona como limitación para el órgano judicial ad quem, quien no puede alterar el decisorio del a quo en contra del recurrente. En suma, opera esta garantía en la medida en que exista la posibilidad de recurrir (en forma ordinaria o extraordinaria) a un órgano judicial superior (existencia o no de doble instancia judicial), a quien le impone el respeto por la congruencia con lo apelado.

7.9.2. Respecto al ámbito de aplicación de esta garantía, la Corte federal la reconoció primero en el proceso penal y luego en el civil (en el sentido de no penal); en ambos supuestos terminó reconociendo su carácter constitucional derivado de la garantía de la defensa en juicio (art. 18, CN) y del derecho de propiedad (art. 17, CN):

7.9.2.1. En materia penal: a partir del caso “Teodoro Leyes” de 1889 (F. 36:226), para consolidarse en las primeras décadas del siglo XX (F. 184:684; 196:631; 201:63); empero aquí la Corte interviene como tribunal de tercera instancia ordinaria. Recién en 1956 la Corte le reconoce jerarquía constitucional a esta garantía en el ámbito criminal cuando no media recurso acusatorio: *obiter dictum* del caso “Gómez” (F. 234:270) y en el caso “Monzo” (F. 234:367). Correcta posición reiterada en forma monocrorde en numerosas decisiones (ej. caso “Michelson” de 1960, F. 247:447) hasta nuestros días (caso “Phillips” de 1995, F. 318:1072). El tema se conecta con la causal segunda en materia de arbitrariedad de la tipología de G. Carrió (ver su análisis en recurso extraordinario).

7.9.2.2. En materia civil: fue la Corte anterior al golpe de Estado de 1955 quien la reconoció a partir de 1954, en los casos “Bianchi de Piccaluga” (F. 229:953) y “Handelman” (F. 230:478), y en el caso “Sáenz Paz” de 1955 (F. 231:222), consolidado este reconocimiento en lo sucesivo (ej. caso “Eilmlberger” de 1960, F. 247:109).

7.9.3. Esta garantía es receptada en la legislación adjetiva en materia penal y no penal: cuando la sentencia hubiere sido sólo recurrida por el imputado, la resolución de la Alzada no podrá ser modificada en su perjuicio (art. 445, CPPN); la sentencia de Cámara sólo examinará las cuestiones sometidas al juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravio (art. 271 *in fine*, CPCCN).

7.9.4. La Corte federal ha aclarado que la *reformatio in peius* se limita a prohibir el aumento de la pena impuesta, y no comprende la calificación de los hechos en tanto la efectuada en la condena tiene el mismo sustento fáctico de la acusación (F. 302:328 y 482; F. 307:2236). De este modo, el cambio de calificación de un delito no configura agravio constitucional alguno siempre que la condena verse sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate en la causa (caso “Yue” –1993–, F. 316:1793).

7.9.5. Una cuestión debatida en jurisprudencia acerca del alcance de esta garantía en materia penal es cuando, dictada una sentencia condenatoria que es anulada por la Alzada a instancia del condenado (el fiscal consiente), y devuelta la causa a la instancia de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento, ésta agrava la pena originariamente impuesta.

7.9.5.1. Se dijo que se violaba la *reformatio in peius* en el ya citado caso “Michelson” de 1960 y en el con. 3 del caso “Amorosino” de 1978 (F. 300:671). En cambio, se dijo que no la vulneraba en el con. 4 del caso “Lupo” de 1981 (F. 303:335). En 1985 la cuestión se vuelve a plantear en el caso “Lanci” (F. 307:2236) donde la mayoría (Fayt-Petracchi-Bacqué-Caballero) vuelve a la correcta doctrina de “Amorosino” en este punto, pues sería arbitrario conceder la facultad de impugnación y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de dicha facultad, y sin existir recurso de la parte acusadora, su situación procesal se viese empeorada, colocándolo en la disyuntiva de correr el citado riesgo o consentir una sentencia que considera injusta (c. 6). En cambio, la solitaria disidencia de Belluscio vuelve a la restrictiva tesis negatoria de “Lupo” al decir que “se han revertido los poderes del tribunal a quo”, y así “la posibilidad de que el proceso culmine con una condena aun mayor es un riesgo previsible que debe asumir quien utiliza un poder discrecional” (c. 4).

7.9.6. La Corte en el caso “Jofré” (sentencia del 15 de abril de 2004) consideró que es válida la denegación de una excarcelación tratándose de un delito permanente –se trataba de una sustracción, retención y ocultación de un menor–, aunque durante su comisión se hubiere incrementado la pena. El voto de la mayoría (Petracchi, Fayt, Maqueda, Boggiano y Highton) sostuvo que un delito continuo e indivisible, respecto del cual durante su comisión rigieron dos leyes, no genera un caso de retroactividad ni ultraactividad de la ley penal, pues no se trata de sucesión de leyes penales, sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos permanentes. Si la imputada hubiera consumado el delito con anterioridad, le habría correspondido la pena más benigna; como ése no es el caso, le corresponde la pena mayor. Importante fallo de la Corte pues no teníamos conocimiento de un precedente equivalente.

7.10. Asociación ilícita:

7.10.1. En el caso “Arancibia Clavel” (F. 327:3312), donde los hechos de la causa involucraban a Enrique Arancibia Clavel, autor del delito de asociación ilícita agravada en concurso real con un homicidio agravado por el uso de explosivos, delito cometido para perseguir a políticos opositores al por entonces gobierno de Chile, la Corte Suprema sentó la doctrina según la cual “la participación en una asociación ilícita es autónoma de la participación de los delitos que constituyen su objeto o que la identificación de un miembro en una de estas asociaciones no alcanza, por sí, para determinar finalmente, que la garantía constitucional de la defensa en juicio se ve lesionada ante una sentencia que condena en forma consecuente con una acusación viciada que tiene como base un hecho indeterminado, pues constituye un requisito ineludible que la acusación describa con precisión la conducta imputada a fin de que los procesados puedan ejercer con plenitud su derecho de defensa”.

7.11. *Non bis in idem*:

7.11.1. Esta expresión latina supone la doble prohibición de una nueva pena por un delito ya juzgado y de un nuevo juicio por un mismo hecho; es decir, que se veda al Estado que haga repetidos intentos (dos o más) para condenar a un individuo por un supuesto delito. Su campo de actuación principal es el penal, no obstante esta

garantía también alcanza a las materias extrapenales. Claro está que excede el campo de actuación de esta garantía que una misma persona, por un mismo hecho, pueda ser condenada civilmente además del reproche penal. De igual forma, no excluye la sanción disciplinaria y/o correccional. Es obvio que esta prohibición rige en el interior de todos estos ámbitos.

7.11.2. Tiene raigambre constitucional (caso “Karam” –1987–, F. 310:360), no obstante no encontrarse enumerada en su texto (art. 33, CN), pues deriva de la garantía de la defensa en juicio (art. 18, CN). Luego de la reforma de 1994 tiene expreso reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional aunque no utilicen la denominación latina (art. 8.4, C. A. D. H. y art. 14.7, P. I. D. C. P.). El primero, al decir: “El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, limita la garantía al fallo absolutorio, así como el Pacto Internacional; en cambio, este último incluye también la sentencia condenatoria; en ambos casos la garantía juega sólo cuando exista sentencia firme en materia penal, guardando ambos silencio sobre la prohibición de múltiples persecuciones simultáneas previas a ella y en materias no penales.

7.11.3. Más amplia es la lacónica fórmula utilizada por la legislación penal adjetiva, ya que al decir que nadie podrá ser “perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho” (art. 1º *in fine*, CPPN) no limita la garantía a la existencia de sentencia, sino que también veda la persecución anterior, simultánea y/o sucesiva. Claro que tiene que darse la triple identidad procesal (sujeto, objeto y causa).

7.11.4. En el ya citado caso “Mattei” –1968– (F. 272:188) se vinculó este aspecto para revocar la decisión de la Cámara que ordenaba retrogradar un juicio a su etapa inicial en momentos en que ya se encontraba para su resolución definitiva. Así, dijo la Corte que ello iba en “desmedro del fundamento garantizador de raigambre constitucional que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal”, entre los cuales menciona al *non bis in idem* (c. 15 *in fine*). Tres décadas después, en el caso “Polak” (F. 321:2826), la Corte con cita de “Mattei” sigue diciendo que “no cabe retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas” cuando se han cumplido las

formas esenciales del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia), en especial en los con. 11 de Fayt-López-Bossert y 8 de Petracchi. Asimismo, dijo que corresponde hacer una “interpretación amplia” de esta garantía que lleva a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito y a la prohibición de un segundo proceso por un mismo delito, sea que el acusado haya sufrido o no pena y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado (c. 17, voto mayoritario de Fayt-López-Bossert).

7.11.5. *Reincidencia penal:*

7.11.5.1. La Corte Suprema, en 1988, en los casos “Valdez” y “L’Eveque” (F. 311:552 y 1451), sostuvo que la garantía del *non bis in idem* “no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal— a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considera adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”. En una posición contraria, se descalifica la reincidencia por inconstitucional en la medida en que la misma siempre implica volver a valorar un delito anterior ya juzgado, como lo sostuvo Zaffaroni en el caso “Guzmán” de 1989 de la Cámara Nacional de Apelación Criminal y Correccional, en pleno (L. L. 1989-E-165).

7.11.5.2. De esta forma, la Corte adoptó la postura que defiende la compatibilidad de la institución de la reincidencia (según art. 50, CP por Ley 23.057) y sus efectos agravantes en cuanto al cumplimiento y determinación de las penas (CP: arts. 14, 26, 41 y 52; CPPN: art. 18; Ley 24.660: art. 17.1 a/c). En todos los casos, tal agravación punitiva *in peius* del reincidente se inspira en la presunción legal de que no se ha producido la corrección de quien comete un nuevo delito luego de una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad. En el caso “Gómez Dávalos” —1986— (F. 308:1938) dijo la Corte: “el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito” demuestra “su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce” (c. 5), concepto reiterado en el caso “L’Eveque” de 1988: “se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta” (c. 9).

7.11.5.3. Estas consideraciones nos vuelven a introducir en la problemática de la pena y de la cuestionable validez de la reincidencia desde la perspectiva garantista reforzada por la reforma de 1994 a través de los instrumentos internacionales con rango constitucional. Desde este hontanar –sin perjuicio del debate mencionado en torno a la garantía del doble juzgamiento–, en la reincidencia también se percibe una infracción a la exigencia suprema de que sólo cabe penar conductas (ver la descalificación de los delitos de autor) al considerar con mayor peligrosidad a ciertos autores (los reincidentes), sin admitir prueba en contrario; para colmo, confundiendo la finalidad de la pena con los concretos efectos conseguidos por ella ante la ya destacada realidad de nuestro sistema carcelario (el Estado exige al recluso mientras no cumple con el mandato del art. 18 *in fine*, CN). Sin embargo, esta contradicción ha sido descartada por nuestra Corte Suprema en el ya citado caso “Gómez Dávalos” de 1986 a pesar de que, como vimos, en otras oportunidades ha demostrado no ignorar esa realidad penitenciaria. En efecto, en el citado precedente se hace, sin ambages pero también sin efectuar test alguno de constitucionalidad, un típico argumento circular: “si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial” (c. 6).

8. Inviolabilidad del domicilio:

8.1. El artículo 18, parte 4ª CN vuelve a utilizar el adjetivo de “*inviolable*” usado para la defensa en juicio, al referirse al domicilio y enfatizar la especial protección que se procura dispensarle, en consonancia con nuestros primeros antecedentes patrios que declaraban a la “casa” como “un sagrado” (Decreto de Seguridad Individual de 1811, reiterado por las Constituciones de 1819 y 1826).

8.2. Esa especial protección se basa en que éste es una trascendente manifestación espacial de la intimidad de las personas (ver su análisis en derechos personalísimos): el centro por excelencia en que ella se

desarrolla, donde, como dijera J. V. González, “un hombre tiene un poder superior al Estado mismo”. Así, no es de extrañar que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional para asegurar su protección, a excepción de la D. A. D. D. H. que lo consagra simplemente como “derecho a la inviolabilidad del domicilio” (art. IX), consignen a éste libre “de injerencias arbitrarias” junto a la vida privada, familia, honra y reputación (art. 12, D. U. D. H.; art. 11.2, C. A. D. H.; art. 17.1, P. I. D. C. P., y art. 16, C. D. N.).

8.3. Funciona como una garantía que tiene todo habitante frente al Estado (también frente a los particulares, pero en este caso se traduce exclusivamente en el delito de violación de domicilio) de impedir que se ingrese o se permanezca en él, sin su consentimiento; es decir, que implica el derecho de oponerse a la entrada de un tercero (funcionario público o particular), aun en el caso de encontrarse en la imposibilidad material de repeler la entrada. De ese derecho de exclusión del titular (decidir quién puede entrar y quién no) surge la temática relativa al consentimiento, cuyo estudio se hace más abajo.

8.4. El concepto constitucional del vocablo “*domicilio*” supera ampliamente al del derecho civil y excede la noción de residencia particular, donde se vive de modo permanente (*domicilio stricto sensu*: morada). Comprende además del hogar (vivienda) y residencia (permanente o transitoria, móvil o inmóvil), el lugar de trabajo no abierto al público, y todos los recintos accesorios (pasillos, *halls*, jardines) naturalmente unidos al principal en servicios, actividades o complementos de su misma naturaleza. Algunas constituciones provinciales protegen expresamente a los “estudios profesionales” (ej. Jujuy, art. 27).

8.5. Como “la eminente jerarquía” de esta garantía “debe ser concertada [...] con el interés social en la averiguación de los delitos” (c. 6 de Petracchi en el caso “Fiorentino”), el mismo artículo 18 CN dice que sólo la ley formal puede establecer limitaciones a esta garantía: “una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

8.5.1. Si bien la Constitución se refiere a “una” ley (única aplicable para todos los supuestos y en todo el país como “piso” que las provincias podrían mejorar), son diversas las leyes especiales que contienen disposiciones sobre el modo en que puede efectuarse el allanamiento.

namiento en determinadas materias, y en particular es en algunas constituciones y en los códigos de procedimientos locales donde se regulan las excepciones a la inmunidad del domicilio.

8.5.2. Aunque las provincias no pueden otorgar una protección inferior al artículo 18 CN por la supremacía del artículo 31 CN, ello no es óbice para que puedan precisar e incluso extender la protección federal como han hecho muchas constituciones locales al exigir ciertas formalidades (ej. quién, cómo y cuándo debe emitir la orden de allanamiento), o fijando férreas prohibiciones (de ciertos horarios o del consentimiento).

8.5.3. La señalada necesidad de reglamentación de la inviolabilidad del domicilio en cualquier ámbito (nacional o local) no debe hacer olvidar que aquélla debe cumplir “condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías”, y por ende, su razonabilidad debe considerarse “con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas, pues está en juego una inestimable libertad personal básica” (c. 6 del voto de Petracchi en el caso “Fiorentino”).

8.6. *Allanamiento por orden judicial:*

8.6.1. En rigor, el allanamiento es el hecho de ingresar a domicilio ajeno con orden de un juez competente. En caso contrario, el morador tiene derecho de exclusión contra cualquiera. Empero, para que el allanamiento sea válido se deben cumplir ciertos recaudos tanto por quien expida la orden como por quien la ejecute. Cualquier violación a esos requisitos convierte al allanamiento en ilegal y, por ende, también lo son las detenciones y pruebas obtenidas en su consecuencia por aplicación de la doctrina de la regla de exclusión.

8.6.2. La decisión judicial plasmada en la “orden” levanta la protección constitucional en la medida en que satisfaga las siguientes condiciones:

8.6.2.1. *Fundada*: tiene rango constitucional al surgir de la propia letra del artículo 18 de la CN cuando dice que para proceder a un allanamiento debe haber “*justificativos*” (A. Carrió, 1). Así, el juez debe expresar los motivos que justifiquen la necesidad de llevar a cabo el allanamiento como surge del artículo 224 CPPN (id. art. 403 ex CPMP).

8.6.2.1.1. Sin embargo, en el caso “Yemal” de 1998 (F. 321:510) la mayoría de la Corte (Nazareno-Moliné-Boggiano-López-Vázquez) convalidó una orden judicial que simplemente hacía lugar a lo solicitado por la DGI, quien se limitó a denunciar la supuesta comisión de delitos tributarios y previsionales sin indicar en qué se basaba tal sospecha. De esta manera, cualquier pedido de allanamiento de una autoridad administrativa debería ser concedido automáticamente por el juez, convirtiéndolo en convidado de piedra y desvirtuando, entonces, la propia letra del artículo 18. Por ello, compartimos la disidencia de Petracchi, quien fundándose en la más garantista jurisprudencia norteamericana sobre la *probable cause*, sostuvo que “una orden de registro sólo puede ser válidamente dictada cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable de que en el lugar podrían encontrarse elementos que probasen la comisión de algún ilícito penal” (c. 6), reiterando su postura minoritaria en el caso “Torres” de 1992 que se analiza más abajo. La mala doctrina mayoritaria de “Yemal” es ratificada en el caso “Benzadón” de 1998 (F. 321:1909).

8.6.2.2. *Específica*: además de fundar la resolución, el juez debe detallar tanto el lugar (ubicación del domicilio) y horario de la medida (“desde que salga hasta que se ponga el sol”: art. 225, CPPN), así como el objeto de la misma (aprehensión de quien es buscado por la autoridad y/o búsqueda y eventual secuestro de pruebas incriminantes o relacionadas con la investigación). Entre otras, la Constitución de Córdoba prohíbe los allanamientos nocturnos en caso de domicilios particulares (art. 45).

8.6.3. Satisfechos estos recaudos, luego deben cumplirse en su ejecución y traducirse en el “acta” que explicita todas las circunstancias habidas durante el procedimiento, que siempre debe realizarse en presencia de “dos testigos” (art. 138, CPPN). La Constitución de San Juan requiere la presencia judicial en la diligencia del allanamiento (art. 35). Éste concluye con el abandono de la morada por parte de la autoridad; a partir de ese momento, el domicilio recobra su fuerte protección constitucional y, por ende, no queda sujeto a nueva pesquisa; salvo –claro está– que se recabe una nueva orden de juez para un segundo allanamiento. Así, una vez que la pesquisa

ha concluido, se recupera el derecho de oponerse a la entrada de un tercero ajeno (caso “D’Acosta” –1987–, F. 310:85).

8.6.4. Los funcionarios policiales no pueden ampliar la requisita más allá de lo ordenado por el juez, ya que el resto de la protección constitucional al domicilio continúa vigente. Como señalara la Corte en el caso “D’Acosta”, estando prohibido al juez librar órdenes de registros generales e indeterminadas, es irrazonable que tal obstáculo pueda ser salvado por los funcionarios policiales encargados de ejecutarlas, quienes están impedidos de ir “a la pesca”, dentro de ese domicilio, de cualquier prueba sobre la comisión de cualquier delito. Por ende, cuando las pruebas incriminantes recolectadas en un domicilio van más allá del objeto delimitado en la orden judicial de allanamiento, deben resultar descalificadas por aplicación de la doctrina de la regla de exclusión. Salvo en el caso excepcional de enfrentarse “a simple vista” con elementos incriminatorios, claro que siempre que la orden judicial sea legítima y se haga una implementación razonable de la misma.

8.6.4.1. En el caso “Torres” –1992– (F. 315:1043), un juez de faltas de Rosario había ordenado un allanamiento bajo la presunción de la comisión de contravenciones de su competencia; empero en el curso de esa diligencia se advierten estupefacientes. Por ese elemento, obviamente extraño a la competencia de aquel juez, a la postre la justicia federal dicta sentencia condenatoria. La mayoría de la Corte señaló una peligrosa y dogmática regla general: “si como resultado de tal procedimiento fueron obtenidas probanzas referidas a la posible comisión de delitos cuyo conocimiento excede la competencia de aquel magistrado, ello no autoriza a descalificar sin más tales elementos probatorios” (c. 8). En el caso, convalidó esa prueba obtenida en un allanamiento dispuesto por juez incompetente por la mera razón fáctica de que se había dado cuenta al juez federal inmediatamente, quien ordenó continuar con el procedimiento. En cambio, la disidencia de Petracchi absuelve a los condenados al invalidar la prueba incriminante porque el allanamiento dispuesto por el juez de faltas no estaba motivado: “la decisión del juez que ordena un allanamiento debe ser fundada, pues la motivación de la decisión es el modo de garantizar que el registro aparece como fundamento necesario” (c. 13).

8.6.5. En el caso “Gordon” –1988– (F. 311:2045), la Corte consideró que la orden de captura suple la ausencia de orden de allanamiento. Allí, el auto de arresto de Aníbal Gordon existía con anterioridad al ingreso a la morada, el que se produjo después de haberse frustrado su aprehensión durante anteriores registros domiciliarios, como consecuencia de la disposición de medios técnicos poco comunes por parte del procesado, el que fue puesto a disposición del juez inmediatamente después del procedimiento impugnado. En tales condiciones, se dijo, no se verifica violación alguna a la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio que justifique invalidar lo actuado (c. 6). Por otra parte, “el acto de detención no se tradujo en la incautación de pruebas que después se hicieran valer en contra del procesado”; sólo en este último supuesto se pudo aplicar la regla de exclusión (c. 8).

8.7. Si bien la Corte tiene dicho que “el principio” es que sólo los jueces pueden autorizar un allanamiento (c. 5 del caso “Fiorentino”), hay supuestos de excepción cuando la orden la dispone otra autoridad o, simplemente, por razones de emergencia aun sin aquella orden.

8.7.1. Un tema especial es si las Cámaras del Congreso (o sus comisiones) –por sí solas– pueden disponer allanamientos como atribución implícita a su potestad de investigación a pesar de no haberse dictado nunca una ley que lo establezca. El tema se desarrolla al estudiar las funciones del Poder Legislativo en la subestructura orgánica, a donde remitimos.

8.7.2. La autoridad policial está facultada excepcionalmente a introducirse en los domicilios particulares aunque no medie orden judicial en casos de necesidad. El artículo 227 del CPPN prevé los siguientes supuestos: 1) Incendio, explosión, inundación que amenace la vida de los moradores; 2) denuncia de ingreso de extraños que presumiblemente cometerán delitos; 3) ingreso de un delincuente perseguido para su aprehensión, y 4) voces que indiquen que se está cometiendo un delito o pidan socorro.

8.8. *Consentimiento del afectado:*

8.8.1. Ante el silencio del artículo 18 CN se presenta la espinosa cuestión de si el derecho de exclusión del titular del domicilio también implica la posibilidad de renunciar a esta garantía frente a cualquier

persona ajena al domicilio, lo que cobra especial relevancia cuando quienes procuran ingresar son los agentes policiales. A ello hay que sumarle que ni el ex CPMP –que rigió por más de un siglo– ni el nuevo CPPN contienen ninguna disposición que habilite suplantar la orden judicial de allanamiento por el consentimiento del afectado cuando no median los supuestos ya relatados de emergencia o necesidad.

8.8.2. El tema no ofrece dificultad y no merece la menor objeción en aquellas provincias donde la propia constitución local fulmina la hipótesis de “conformidad del afectado” (ej. art. 41 de Tierra del Fuego), y tampoco en las que, aunque omiten referirse a esta cuestión, la Suprema Corte local no lo admite, con argumentos acotados a ese ámbito (ej. Mendoza: caso “Pierro” de 1991, J. A. 1992-I-443).

8.8.3. La apuntada *quæstio* en el orden federal se puede resolver de dos maneras excluyentes:

8.8.3.1. Posición negatoria: descalifica toda posibilidad de consentimiento con base en la doctrina de la Corte sobre la irrenunciabilidad de los derechos y garantías extrapatrimoniales, lo que se refuerza con el silencio del Código adjetivo en materia penal. Postura nunca adoptada por la Corte federal.

8.8.3.2. Posición admisoria: a la luz de la jurisprudencia de la Corte a partir del caso “Fiorentino” de 1984, el artículo 18 no impide un allanamiento consentido por su morador sin orden judicial, incluso cuando se trata de una persona privada de su libertad. Claro que la autorización para una requisita domiciliaria debe prestarse en forma totalmente voluntaria y libre de toda forma de coacción, pues en caso contrario el consentimiento estaría viciado. En principio, la persona que puede prestar ese consentimiento es el titular del derecho de exclusión, lo que no ofrece dudas en caso de un único y exclusivo morador. Respecto al silencio que guarda la ley penal adjetiva se sostiene que no importa una prohibición que impida asignar efectos al permiso. Admitida esta posibilidad, a partir de la doctrina de la Corte federal se pueden distinguir dos criterios interpretativos: uno más garantista, que presume su invalidez y donde el *onus probandi* cae en la autoridad, quien debe probar la falta de coacción a fin de destruir esa presunción (óptica estricta), y otro, menos protectorio, que por el contrario postula una presunción de validez del consentimiento que sólo se destruye

por la demostración de algún vicio (óptica flexible). Veamos la oscilación de la jurisprudencia de la Corte federal sobre esta relevante temática.

8.8.3.2.1. *Óptica estricta*: restablecida la democracia a fines de 1983, la Corte federal tuvo oportunidad de precisar estos aspectos en sendos *leading cases*:

Caso "Fiorentino" -1984- (F. 306:1752):

Hechos: Diego Fiorentino fue condenado en 1ª y 2ª instancias por el delito de tenencia de estupefacientes que la policía secuestra en el departamento en que vivía con sus padres. Dicho acceso se produce cuando cuatro agentes lo aprehenden e interrogan sorpresivamente en momentos en que ingresaba con su novia en el *hall* del edificio, le quitan las llaves y, ya en el departamento, se limitan a anunciar a sus progenitores que eran de la policía. El caso llega a la Corte por vía extraordinaria, impugnándose el allanamiento por violación del artículo 18 CN.

Sentencia de la Corte: por unanimidad se deja sin efecto el fallo apelado. El voto mayoritario (Caballero-Fayt-Belluscio) comienza argumentando que "aunque en rigor no resulta exigencia del artículo 18 que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que sólo ellos pueden autorizar esa medida" (c. 5); luego de examinar la prueba sobre las relatadas circunstancias de la intromisión policial y agregar la presunción de "la inexperiencia del imputado en trances de este tipo" por su edad y falta de antecedentes judiciales, respecto a la renuncia a la garantía en cuestión, ve como "carente de lógica derivar la existencia de un supuesto consentimiento tácito por ausencia de oposición expresa al registro"; pues esperar "una actitud de resistencia en ese caso importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas", todo lo cual acarrea la ilegitimidad del allanamiento (c. 6). Por ello, invalida la prueba obtenida por este medio por cuanto "la incautación del cuerpo del delito no es sino fruto de un procedimiento ilegítimo y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal" (c. 7).

Voto concurrente de Petracchi: "por la íntima conexión existente entre inviolabilidad del domicilio y la dignidad de la persona y el

respeto de su libertad, se imponen pautas mucho más estrictas y rigurosas en cuanto a su reglamentación que para otras garantías” (c. 6), y “si bien el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invalidar la intimidación de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento” (c. 8).

Caso “Rayford” –1986– (F. 308:733):

Hechos: en horas de la madrugada en pleno centro porteño, una comisión policial identifica a un ciudadano norteamericano de tránsito en el país, quien acepta consumir y poseer marihuana en su domicilio, el cual, casi de inmediato y ante la aparente falta de reparo de su morador, es inspeccionado. Allí se secuestra la droga, se detiene a Rayford y luego a otras dos personas menores de edad en sus respectivos domicilios, que habrían sido los proveedores. En 1ª instancia se los absuelve por considerar nula la diligencia del secuestro, pero la Cámara revoca el fallo y los condena por los delitos de tenencia y suministro de estupefacientes. Por recurso extraordinario se llega a la Corte, donde se impugna el allanamiento por violación del artículo 18 CN.

Sentencia de la Corte: por mayoría (Fayt-Petracchi-conjuez Imardi) revoca el fallo apelado. Reitera la doctrina de “Fiorentino” acerca de que la ausencia de objeciones por parte del interesado respecto de la inspección domiciliaria policial “no resulta por sí sola equivalente al consentimiento de aquél, en la medida en que tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización”. La Corte considera relevante la circunstancia de que Rayford era extranjero, no conocía el idioma nacional y careció de intérprete (ver su importancia en defensa en juicio), incluso la hora de la detención. Entonces, difícilmente “pudiera comprender cabalmente el alcance del procedimiento que se realizaba y, en concreto, la posibilidad que tenía de oponerse a su ejecución”. Así, se hace caer la prueba resultante de una requisita ilegítima (c. 4).

Disidencias de Caballero y Belluscio: el primero rechaza el recurso por razones formales (introducción tardía de la cuestión federal); el

segundo, por entender que había otros elementos probatorios allegados al proceso para la condena. Ninguno se desdice de su postura de la doctrina del caso “Fiorentino”, que habían suscripto.

Comentario a los fallos: al margen de sus peculiaridades fácticas, en ambos existió una semejanza básica (falta de “orden” y ausencia de consentimiento expreso para franquear el acceso a la morada). Se hizo impecable aplicación de la doctrina de la regla de exclusión en “Fiorentino” y de su variante del “fruto del árbol envenenado” en “Rayford” (ver su análisis más arriba), en ambos casos colocando fuertes límites a la práctica policial en la materia. Si agregamos el caso “Cichero” de 1985 (F. 307:440), resulta una luminosa doctrina judicial que enaltece nuestra jurisprudencia suprema. Si bien es cierto que el *holding* del tríptico “Fiorentino”, “Cichero” y “Rayford” se apoya en las especiales circunstancias de esas causas —como siempre ocurre cuando se encuentran estrechamente ligadas al planteo constitucional—, no es menos cierto que construye (con valor para casos futuros) una rigurosa presunción *iuris tantum* de invalidez del consentimiento prestado por un detenido que sólo se puede desvirtuar si se prueba fehacientemente que hubo libre y plena voluntad de autorizar el ingreso domiciliario; es decir, una regla de interpretación fáctica muy restrictiva donde la carga de la prueba está en cabeza de la autoridad. Ello es correcto por la sencilla pero contundente razón de que es muy difícil imaginar que alguien detenido pueda prestar su consentimiento libre de toda coacción, salvo casos excepcionales en que la voluntad no estaría viciada, máxime si realmente se ha cometido un delito (por ej. expectativa de condena más atenuada por su colaboración posterior o verdadero arrepentimiento).

8.8.3.2.2. *Óptica flexible:* el generoso criterio de los mentados precedentes, demasiado pronto, fue condicionado o limitado por la propia Corte que lo dio a luz. En efecto, en 1988, en el caso “Romero” (F. 311:2507) suscripto por Belluscio-Fayt-Petracchi-Bacqué, no obstante seguir citando a “Fiorentino” y “Rayford”, comienza un desplazamiento de su inicial amplitud, seguramente a partir de circunstancias fácticas un tanto diferentes a las que rodearon a los célebres fallos (el detenido que habría autorizado el ingreso policial a su domicilio había reconocido en sede judicial “inequívocamente el carácter volun-

tario y libre de todo vicio de aquel acto”). En “Romero”, la Corte, compartiendo la “óptica” y la “conclusión” del dictamen del procurador D’Alessio, dijo: “no cabe construir una regla abstracta, que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad, sino que es preciso practicar un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad libre del detenido” (c. 4). Aparece aquí un nuevo *holding* que consagra una regla inversa a los anteriores precedentes: una verdadera presunción de validez (no de invalidez como antes) que cambia el *standard* o cartabón de valoración de los hechos y pruebas de cada caso en particular; ahora parece más favorable al accionar policial, en tanto que anteriormente ocurría lo inverso, y así, desde su nacimiento en el caso “Romero”, cada vez que un voto invoca esta nueva regla lo es para considerar válido el consentimiento prestado por una persona detenida. En suma, no hay nada nuevo ni objetable en la obvia negativa de “construir una regla abstracta” (en derecho no existen las abstracciones), tampoco en la necesidad de un análisis íntegro de cada situación en concreto como dijo la Corte en “Romero” siguiendo al procurador. Empero, a juzgar por el final del con. 4 transcripto, sí es novedoso y cuestionable que haya que detectar “la existencia de vicios” que afecten la voluntad libre y no, como antes, si existen elementos de convicción para descartarlos. Si esto es así, a la par que se invierte la presunción, también cambia la carga de la prueba, ya que al particular afectado le incumbirá probar esos vicios. Aunque en el caso “Romero” no se apreció la magnitud del nuevo rumbo jurisprudencial pues sus hechos eran ciertamente diversos a los *leading cases* “Fiorentino” y “Rayford”, con la nueva integración de la Corte se percibe en toda su dimensión cuando se aplicó a otras circunstancias. En efecto, son continuación del nuevo criterio los siguientes fallos:

Caso “Ferrer” –1990– (F. 313:612), donde la nueva composición de la Corte juntamente con tres ministros que suscribieron “Fiorentino” (Fayt-Petracchi-Belluscio) convalida una condena de la Cámara por delito de tenencia ilegal de arma de guerra (pistola 9 mm). Luego de

reiterar “que no cabe construir una regla abstracta...” (c. 6) declara válido el consentimiento para que se allane el domicilio cuando su titular “invita a pasar a la policía, indicando el lugar en el que escondía el arma y las municiones” (c. 7), no obstante que Ferrer ya estaba detenido por la propia policía desde el día anterior.

Caso “Fabián Vega” –1993– (F. 316:2464), donde la mayoría, con cita expresa de la doctrina del caso “Romero” (c. 6), convalida un ingreso policial sin orden judicial ante la “ausencia de reparos” del titular de la morada, padre del detenido que acompañaba a los preventores. En disidencia vota Petracchi por la invalidez de las pruebas secuestradas en tal requisita domiciliaria por falta de consentimiento con base en el tríptico “Fiorentino”-“Cichero”-“Rayford” (c. 5 y 6).

8.8.4. *La Corte legítima a los agentes encubiertos que obtienen “autorización” para ingresar a un domicilio:*

8.8.4.1. Caso “Fiscal c/Fernández” –1990– (F. 313:1305): admitió la validez de la prueba obtenida en un procedimiento realizado en un domicilio al que la policía tuvo acceso sin orden judicial mediante engaño a los moradores a través de la presencia de un “agente encubierto”. En la Provincia de Mendoza la policía detiene a un boliviano (Fernández), a quien le secuestra cocaína que tenía en su poder; por sus dichos se dirigen a un domicilio donde estaría el resto de la droga traída de Bolivia, que resultó ser oficina consular de ese país. En ese lugar, Fernández y un policía que lo acompañaba de civil son dejados pasar por el propio cónsul, quien a requerimiento del primero entrega una caja con 9 kg de cocaína, circunstancia por la cual se lo detiene más tarde en otro lugar. La Corte revoca la sentencia de la Cámara que había invalidado el procedimiento policial encubierto. Reitera la doctrina de “Romero” y “Ferrer” acerca de la necesidad de analizar en concreto cada caso para detectar los vicios del consentimiento (c. 6) y con cita de jurisprudencia norteamericana sobre el *entrapment* (c. 11) legitima la actuación del “policía encubierto” (c. 12) o “agente encubierto” (c. 13). Por ende, convalida la prueba obtenida como consecuencia de su accionar. Sostuvo que ello no es violatorio de garantías constitucionales en la medida en que no se obre con el propósito de inducir a una persona inocente a delinquir ni se realicen pesquisas, inspecciones o secuestros de manera subrepticia, sino que actúe sólo

como un testigo y colaborador pasivo. Por último, en el con. 14 desecha la tesis del engaño (“nada se le ocultó porque nada indagó”), por considerar que el cónsul franqueó “discrecionalmente” el acceso y entregó frente a un extraño el cuerpo del delito, para terminar invocando el “sentido común”.

8.8.4.2. En este precedente se resuelve por vez primera la inquietante cuestión del agente encubierto con aptitud para recolectar pruebas incriminatorias además de eximirlo de toda responsabilidad penal. Cabe advertir que sin pronunciarse expresamente, ya en 1978 la Corte de ese entonces había convalidado tangencialmente la actuación de un “agente provocador” en un delito de cohecho al confirmar una sentencia de grado por considerar incorrectamente extraño a la vía extraordinaria este tema (caso “Amorosino”, F. 300:671). En 1990, la Corte abre la instancia extraordinaria para justificar esta delicada novedad: insiste en el viejo método de invocar precedentes de los EE. UU. como fuente de razón (ver su análisis en interpretación constitucional), de donde toma la distinción de esta figura del agente provocador; en ningún momento reconoce que –de esta forma– esté aceptando que el Estado pueda engañar en servicio de obtener la verdad jurídica objetiva. Por este conducto se podrán sortear exigencias constitucionales del artículo 18 CN con el riesgo de que su actuación se amplíe a la represión de otras figuras delictivas. Es claro que se aparta de la doctrina del caso “Fiorentino”, pues si en éste se llegó a decir que para la validez del consentimiento es necesario que el titular del domicilio conozca “que tiene derecho a negar la autorización” (c. 8 del voto especial de Petracchi), a fortiori necesariamente queda excluido todo ardid, engaño o maquinación, mucho más por parte del propio Estado. Con posterioridad a este fallo que completa el señalado retroceso de la Corte, la Ley 24.424 de 1995 modifica la Ley de Estupeficientes (23.737) e incorpora la figura del “agente encubierto” para los delitos contemplados en ella y del artículo 866 del Código Aduanero (arts. 31 bis/sexies).

9. Inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados:

9.1. El artículo 18, parte 4ª CN se refiere a esta cuestión junto con la protección al domicilio ya analizada, metodología utilizada tam-

bién por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (D. U. D. H., C. A. D. H., P. I. D. C. P. y C. D. N.), salvo el artículo X de la D. A. D. D. H.

9.2. Es la garantía que tiene todo emisor o receptor de correspondencia (epistolar, telegráfica, telefónica o de otro tipo) y el titular de toda clase de papeles privados, frente al Estado y frente a los demás particulares, de impedir que se acceda al secreto contenido en ellos y que se los divulgue, adultere o destruya sin su consentimiento. En sentido similar a la vieja ley 816, la Ley 20.216 de 1973 establece que "la inviolabilidad de los envíos postales, importa la obligación de no abrirlos, apoderarse de ellos, suprimirlos, dañarlos o desviarlos intencionalmente de su curso, ni tratar de conocer su contenido, así como de no hacer trascender quiénes mantienen relaciones entre sí" (art. 6°).

9.3. También la Constitución señala que una ley establecerá los casos y justificativos del allanamiento de la correspondencia: en tal sentido, el artículo 7° de la Ley 20.216. Por su parte, la Ley 11.723 dispone que el derecho a publicar las cartas (por extensión, toda correspondencia) pertenece al autor y después de su muerte al viudo, hijos o descendientes directos o, en su defecto, al padre o a la madre (faltando todos ellos, la publicación es libre). Como la ley sólo regula lo relativo a la publicación de correspondencia y no a su divulgación por medios privados, cabe entender que esto último puede ser dispuesto también por el destinatario, salvo que de la misma correspondencia surgiera su carácter reservado. La jurisprudencia ha negado el derecho de los terceros a presentar correspondencia en juicio, sin consentimiento de su dueño. El Código Penal sanciona al receptor de una correspondencia que difunde su contenido cuando ella no estaba destinada a la publicidad, y el hecho cause o pueda causar un daño a terceros (art. 155). El CPPN habilita al juez por orden fundada a interceptar o secuestrar correspondencia de un imputado si fuere útil para comprobar un delito (art. 234), y asimismo, respecto de comunicaciones telefónicas u otros medios (art. 236), pero nunca podrán afectarse las enviadas por y para los abogados defensores (art. 237).

9.4. Con el avance tecnológico de los últimos años, las formas clásicas de comunicaciones se ven enriquecidas con nuevos medios y

vías. Ello hace necesario que mediante una interpretación dinámica (ver su estudio en interpretación constitucional) se haga extensiva la “inviolabilidad” brindada por la letra del artículo 18 CN no sólo a las comunicaciones telefónicas, sino también al correo electrónico (“e-mail”).

9.5. En el caso “Dessy” –1995– (F. 318:1894), la mayoría de la Corte entendió que esta garantía también debe asegurarse a aquellos que están privados de su libertad al descalificar las intromisiones de los agentes penitenciarios en las comunicaciones de los internos con el exterior (ver su análisis en hábeas corpus correctivo). Receptando este criterio, la Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad reconoce al interno no sufrir restricciones a su derecho a comunicarse, salvo disposición judicial (arts. 158/161).

9.6. La Corte ha resuelto que la cédula de identificación del dominio del automotor “no puede considerarse como uno de los papeles privados que ampara el artículo 18, ya que se trata de un instrumento público que, por imperativo legal, debe ser exhibido cuando lo exija la autoridad competente” (caso “Fabro” –1991–, F. 314:75).

CAPÍTULO TERCERO

DEBERES PÚBLICOS SUBJETIVOS

1. Noción:

1.1. Si las garantías son el complemento de los derechos a los cuales procura proteger, los deberes son la contraposición de éstos. Tradicionalmente denominados deberes constitucionales, nosotros preferimos llamarlos deberes públicos subjetivos porque pensamos que de esta forma se resalta a los particulares como sujetos obligados, dejando de lado los deberes de los órganos públicos que exceden esta noción. A pesar de la señalada correlatividad (deberes-derechos), es muy frecuente el descuido analítico de los primeros; incluso, nuestra Constitución no los prevé en forma orgánica.

1.2. Entendemos por deberes públicos subjetivos aquellas conductas activas (órdenes) u omisivas (prohibiciones) que deben ser cumplidas por las personas (en su condición de habitantes o ciudadanos) frente al Estado, quien las impone y exige unilateralmente con fines públicos.

1.3. Las normas constitucionales que los imponen son típicas normas de conducta de carácter imperativo en el sentido de que su incumplimiento (comportamiento antitético) trae aparejada una consecuencia jurídica desfavorable que es exigida por el Estado (sanción). Los sujetos pasibles del deber reciben el nombre de obligados: personas que deben realizar (u omitir) la conducta ordenada (o prohibida) por el precepto (García Maynez).

2. Límites constitucionales:

2.1. Es claro que en un Estado constitucional ningún deber es absoluto, puesto que el Estado tiene que respetar estrictas limitaciones al imponerlos:

2.2. *Límites formales (postulado de legalidad)*: no cualquier norma puede hacer exigible y reglar el contenido de una obligación pública por derivación directa de este postulado. Además del genérico artículo 19, parte 2ª CN (no será obligado a hacer lo que no manda la ley), en forma específica para ciertos deberes lo consagra el artículo 17, parte 4ª CN (no ser obligado a prestar un servicio personal si una ley no lo exige). A diferencia de los derechos y garantías que pueden existir no enumerados (doctrina del art. 33, CN), en materia de deberes es inexcusable la existencia de una fuente normativa expresa. La expresión “ley” aquí utilizada debe entenderse como comprensiva de normas de dos gradas o niveles de nuestro ordenamiento jurídico:

2.2.1. *Legalidad constitucional*: normas del texto de la Constitución y de instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

2.2.2. *Legalidad infraconstitucional*: tratados internacionales sin jerarquía constitucional y ley formal emanada del Congreso.

2.3. *Límites sustanciales*:

2.3.1. *Igualdad*: debe respetarse lo dispuesto específicamente por el artículo 16 *in fine* CN cuando exige la igualdad de las cargas públicas. De este modo, se prohíbe toda exigencia discriminatoria o persecutoria para determinadas personas o grupos de personas.

2.3.2. *Razonabilidad*: este subprincipio que se estudia como límite a la reglamentación legal de los derechos (art. 28, CN) también funciona como límite del contenido de la reglamentación de los deberes constitucionales. En este sentido, el Estado no puede exigir un comportamiento exorbitante y desproporcionado con los fines perseguidos, pues ello –en última instancia– ofende la dignidad de la persona.

2.3.3. *Causales de eximición o justificación*: vinculadas con la razonabilidad de los deberes, aparecen ciertas situaciones (subjetivas u objetivas), siempre extremas, que funcionan como eximentes del cumplimiento de un deber:

2.3.3.1. *La objeción de conciencia*: estudiada dentro de la libertad de cultos en los derechos civiles, opera como causal de eximición por razones subjetivas.

2.3.3.2. *El estado de necesidad*: a diferencia de la anterior, aquí

la exigente del cumplimiento de algún deber se da por razones objetivas (situación o contexto de una persona que haga imposible su acatamiento). En tanto el derecho penal muestra especial y sistemática preocupación por el tema, incluso con reconocimiento legal (art. 34.3, CP), ni la teoría ni la ciencia del derecho constitucional le han prestado la debida atención, salvo para justificar la ampliación de competencias de los órganos (ej. en materia de decretos de necesidad y urgencia). Una aplicación peculiar y textual del estado de necesidad en la Constitución es el derecho de resistencia del artículo 36, párrafo 4º CN que nace, precisamente, cuando desaparece el deber de obedecer por razones objetivas de tipo político (se interrumpe la observancia de la Constitución por actos de fuerza).

3. Categorías de deberes públicos subjetivos: por el ámbito personal, los agrupamos en:

3.1. *De todos los habitantes:*

3.1.1. Observar el orden institucional y el sistema democrático (art. 36, párr. 1º, CN).

3.1.2. Preservar un ambiente sano y equilibrado (art. 41, párr. 1º, CN), tanto para el presente como para el futuro (las generaciones venideras). Respecto a lo último, Bidart Campos señala que es un caso especial de un deber al que, en beneficio de seres humanos que aún no han nacido, no le corresponde un supuesto derecho que por adelantado titularicen los que todavía no están en el mundo.

3.1.3. Satisfacer las contribuciones impuestas por el Congreso (art. 17, parte 3ª, CN).

3.1.4. Ser testigo en juicios y decir la verdad (previstos en códigos procesales), salvedad hecha de la situación especial de los periodistas respecto de las fuentes de información (art. 43, párr. 3º *in fine*, CN).

3.1.5. Colaborar en el censo general de población cada diez años (derivación implícita del art. 47 *in fine* CN). El artículo 21, decreto 913/98 fija la "obligación a responder la totalidad de las preguntas incluidas en el cuestionario censal" del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas durante el año 2000. Por su parte, la ley de facto (17.622/68) de creación del Indec extiende la obligación de suministrar la información necesaria para los censos también a "las estadísticas" (art. 15).

3.1.6. Prestar “servicios no militares” a fin de “satisfacer necesidades” de preparación para la eventualidad de una guerra “o para sostener el esfuerzo bélico ante el conflicto ya declarado” (art. 27, Ley 23.554 de Defensa Nacional). Además, es carga pública irrenunciable en caso de guerra o ante su inminencia, “proporcionar la información, facilitar los bienes y prestar los servicios que le sean requeridos por autoridad competente”, con el exclusivo destino de satisfacer necesidades de la defensa nacional, con indemnización o remuneración correspondiente (arts. 34/35, Ley 23.554).

3.1.7. Exhibir en el ingreso en ciertos lugares de acceso público el texto del artículo 16 CN y de la Ley 23.592 de no discriminación (Ley 24.782).

3.2. De los ciudadanos:

3.2.1. Sufragar en las elecciones de autoridades nacionales (art. 37, párr. 1º, CN), con la excepción expresa de la consulta popular no vinculante (art. 40, párr. 2º, CN).

3.2.2. Armarse en defensa de la patria y de la Constitución (art. 21, CN), en cuya conformidad el P. E. N. convoca a los argentinos a cumplir el Servicio Militar mediante la incorporación en el servicio de conscripción (art. 25, Ley 23.554 de Defensa Nacional) de los ciudadanos de 18 años, cuando no se cubran con soldados voluntarios los cupos anuales fijados por cada fuerza (Ley 24.429). En este punto, la legislación interna es más protectora que la norma internacional que permite su incorporación desde los 15 años (art. 38, C. D. N.). Vinculado al artículo 21 CN se encuentra el deber de fidelidad que surge *a contrario sensu* del artículo 119 CN.

3.2.3. Ser jurado, luego de que se establezca en la República esta institución (derivación implícita de los arts. 24; 75, inc. 12 *in fine*, y 118, parte 1ª, CN).

3.2.4. Ser autoridad de comicio (Cód. Nac. Electoral).

3.2.5. Enrolarse a los 16 años (ley de facto 17.671).

4. Fuente internacional de los deberes públicos subjetivos:

4.1. Con la reforma de 1994 han adquirido jerarquía constitucional varios instrumentos internacionales que además de establecer derechos

humanos imponen ciertos deberes a las personas respecto a sus semejantes, al Estado en que se encuentran y a la comunidad internacional.

4.2. Salvo el caso especial de la D. A. D. D. H., que incluye, como desarrollo de su propia denominación, un capítulo especial detallando los deberes de toda persona para con su familia, la sociedad y el Estado (arts. XXIX a XXXVIII), los restantes le dedican pocas disposiciones: artículos 26.1 y 29 D. U. D. H.; artículos 6.3 y 32 C. A. D. H.; artículo 13.2.a, P. I. D. E. S. C.; artículo 8.3.c, P. I. D. C. P., y artículo 38 C. D. N.

4.3. Aquí destacamos los deberes de naturaleza internacional que vienen a completar el cuadro de deberes puramente interno:

4.3.1. *Preservar la paz*: es claro que ante todo es una obligación de las autoridades, empero también las personas son sujetos obligados a no hacer (abstenerse de promover el belicismo) como a hacer (fomentar la armonía entre los pueblos).

4.3.2. *No cometer delitos de lesa humanidad*: para su análisis remitimos a la categoría de estos delitos en bases sustanciales del derecho penal.

SECCIÓN TERCERA
SUBESTRUCTURA DE LOS
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN

1. Aquí no se utiliza la categoría “principio” en el sentido de los conocidos principios generales del derecho (no apriorísticos ni lógicos mentados en el art. 16, CC), tampoco de los denominados principios lógico-generales (apriorísticos para cualquier rama del derecho: ej. inconsistencia y redundancia) ni lógico-formales constitucionales apriorísticos (válidos para todo orden constitucional: ej. plenitud relativa y de libertad). En rigor, nos referimos a los principios lógico-formales constitucionales contingentes (válidos para el caso argentino), que en definitiva son una concreción y adaptación peculiar de los conocidos postulados del constitucionalismo de corte universalista. Con ese sentido, esta subestructura está formada por cuatro principios básicos y por ocho subprincipios que se integran recíprocamente.

2. Principio de supremacía: articula toda la estructura constitucional al darle unidad y validez a todo el ordenamiento jurídico. Reconoce un único y específico subprincipio que lo hace efectivo: el de **control**.

3. Principio de limitación: articula la relación recíproca entre los poderes de los órganos públicos y los derechos constitucionales de los particulares. Por ello se modaliza a través de dos subprincipios: de *reglamentación* (poder de policía) y de *razonabilidad* (debido proceso sustantivo).

4. Principio de funcionalidad: es el centro de imputación del desempeño de los órganos estatales; lo ubicamos luego del de limitación pues está, en realidad, a su servicio. Este principio se modaliza en

tres subprincipios: de *no concentración*, de *cooperación* y de *no bloqueo* entre los poderes públicos.

5. Principio de estabilidad: asegura la continuidad de la estructura a lo largo del tiempo, garantiza la permanencia del sistema constitucional y su reproducción a través de dos subprincipios: de *rigidez* (reforma constitucional) y de *contingencia* (defensa de la Constitución).

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIO DE SUPREMACÍA

A) Noción

1. Es la particular relación de suprasubordinación en que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Este principio de la estructura constitucional implica lo siguiente:

1.1. *La validez* de todas las normas y actos del ordenamiento *jurídico* al establecer los órganos encargados de crearlas, el procedimiento que deberá utilizarse y un cierto marco de contenido que debe respetarse.

1.2. *La unidad* del ordenamiento jurídico a través del cual se asegura la compatibilidad de todas sus normas: a nivel vertical (las inferiores deben adecuarse a las superiores) y a nivel horizontal (las normas de igual nivel no pueden contradecirse, y, en su caso, prima la posterior en el tiempo).

1.3. *La gradación de diferentes peldaños o niveles* del ordenamiento jurídico que va de mayor a menor especificación normativa a partir del acto de pura creación normativa, pasando por sucesivos actos de creación-aplicación hasta culminar en los actos de pura aplicación-ejecución del órgano público que se limita a ejecutar sin crear nuevo derecho.

1.4. *La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos*, ya que la Constitución establece una distribución funcional de competencias dirigida a determinar quiénes crean los distintos niveles jurídicos y con qué contenidos genéricos; por ende, siendo la Constitución producto del poder constituyente, los poderes constituidos (establecidos por la Constitución) se encuentran limitados por las determinaciones de aquél contenidas en el texto supremo.

1.5. *La rigidez* constitucional, pues si no hubiera supremacía la Constitución podría ser reformada por los procedimientos legislativos ordinarios y convertirse en flexible.

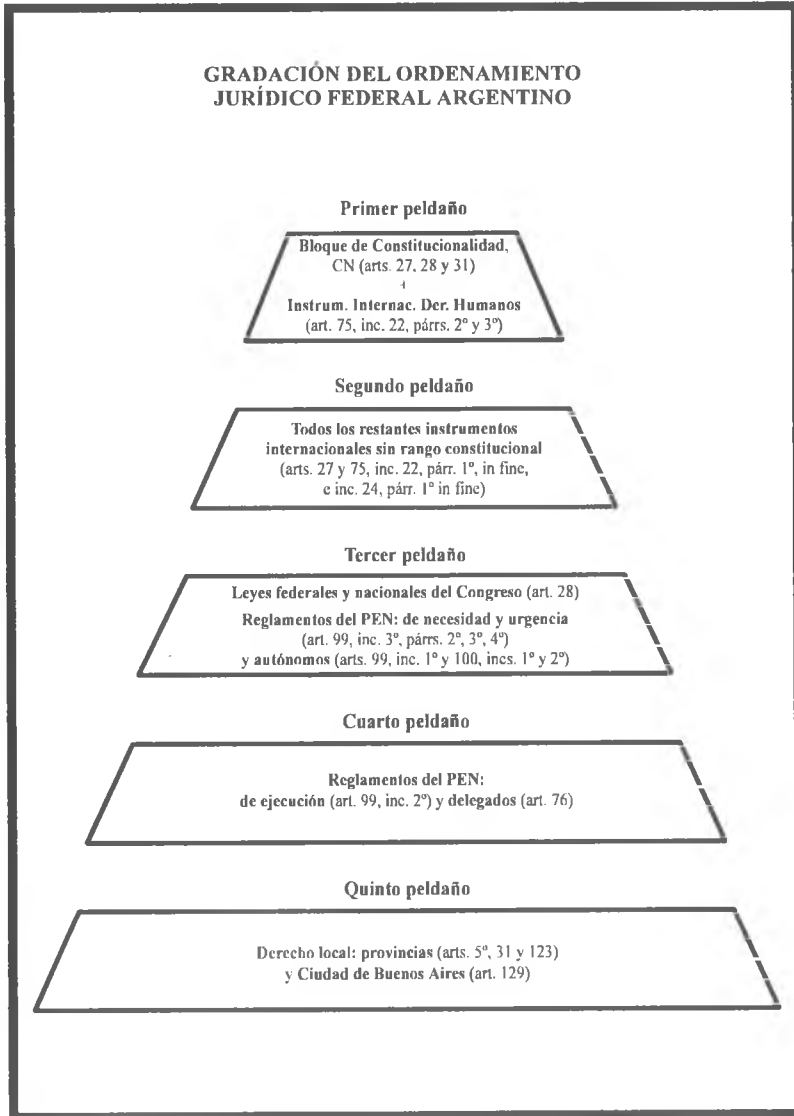
1.6. *Un sistema de control*, pues de no existir un mecanismo para fiscalizar el cumplimiento de la relación de suprasubordinación normativa, ésta podría convertirse en una mera declaración teórica. Así, en caso de conflicto de normas y actos infraconstitucionales con la Constitución, tiene que haber un órgano, un procedimiento y una vía para resolverlo en provecho de la norma suprema.

B) Gradación del ordenamiento jurídico federal argentino

1. Tradicionalmente, la doctrina argentina pretendió fundar la recepción constitucional de la supremacía en el artículo 31 de la CN ya que éste dice “*ley suprema de la Nación*” (final de la parte 1^a), sin advertir que –en rigor– dicha cláusula sólo recepta la supremacía del orden federal sobre el derecho local conforme a nuestra estructura federal (art. 1^o, CN). Seguramente, esa interpretación parcialmente errónea proviene del derecho norteamericano, donde el artículo VI, párrafo 2^o de la Constitución de 1787 (fuente de nuestro art. 31) es la única norma que en aquel ordenamiento se refiere a la cuestión. En cambio, el texto de nuestra Constitución histórica (desde antes de la reforma de 1994) completa esa fundamental referencia del artículo 31 CN (supremacía federal) con otras cláusulas de supremacía: artículo 27 (supremacía sobre tratados) y artículo 28 (supremacía sobre la ley), y, a su vez, el ex artículo 86, inciso 2^o (actual 99, inc. 2^o) subordina el reglamento de ejecución a la ley.

2. La reforma de 1994 ha venido a aclarar y completar estas referencias en relación a los tratados internacionales en dos nuevos incisos del artículo 75, razón que justifica su tratamiento especial más abajo. Así, se ha introducido el vocablo “*jerarquía*” para distinguir entre tratados (ver su clasificación *ratione suppremitatis*, más abajo): por un lado, los que “*tienen jerarquía constitucional*” (art. 75, inc. 22, párr. 2^o) y que pueden “*gozar de la jerarquía constitucional*” (art. 75, inc. 22, párr. 3^o), y por el otro, los que “*tienen jerarquía superior a las leyes*” (art. 75, inc. 22, párr. 1^o *in fine* y art. 75, inc. 24, párr. 1^o *in fine*).

3. Los distintos peldaños o niveles de nuestro ordenamiento jurídico, luego de la reforma constitucional de 1994, se vuelcan en el diagrama piramidal que se explicita a continuación:



4. Bloque federal: expresión que engloba a todas las normas y actos de los peldaños 1º, 2º, 3º y 4º que se imponen sobre el derecho local de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires (peldaño 5º) como surge expresamente del artículo 31. En el mismo sentido el artículo 5º CN (juntamente con el art. 123) cuando dispone que la Constitución de cada provincia debe respetar las condiciones establecidas por él, y el artículo 128 cuando determina que los gobernadores de provincia son los agentes naturales del gobierno federal. Mientras los cuatro primeros peldaños conforman la jerarquía dentro del derecho federal, el último constituye la supremacía del derecho federal.

5. Bloque de constitucionalidad: el primer peldaño se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo, de allí la importancia de esta noción de “bloque”. Por un lado, la Constitución Nacional desde el Preámbulo hasta la última Disposición Transitoria (texto de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), a la que se deben sumar, por otro, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional a partir de la reforma de 1994 que, como se analiza más adelante, a pesar de esa jerarquía suprema no integran el texto constitucional y están sometidos a una rigidez un tanto menor que las normas del texto de la Constitución. Para una cabal comprensión del concepto del acápite en nuestro derecho remitimos al alcance de la expresión “*jerarquía constitucional*” introducida por la reforma de 1994 (el art. 75, inc. 22, párrs. 2º y 3º, CN), donde también se analiza la regla interpretativa del individuo más favorecido (esencial a nuestro bloque de constitucionalidad) para armonizar la Constitución con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos constitucionalizados.

C) Tratados internacionales

1. Esta fuente del derecho internacional público ha adquirido un rol preponderante en esta preceptiva junto con las decisiones de organismos internacionales e incluso supraestatales, regulando las áreas no cubiertas por la costumbre internacional e incluso materias que tradicionalmente eran regladas por los derechos internos de los Estados.

Este fenómeno de creciente internacionalización del derecho ha sido receptado por la reforma constitucional de 1994 al dotar a esta temática de una particular relevancia, acentuada especialmente en lo que se refiere a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Para su estudio utilizamos tres criterios clasificatorios partiendo de las nuevas cláusulas constitucionales a fin de abordar metodológicamente el distinto tratamiento que se les dispensa.

1.1. Criterio *ratione personæ*: por los sujetos que intervienen en el acuerdo internacional, lo observamos desde la perspectiva de nuestro país (interna) o desde la de las otras partes contratantes (externa):

1.1.1. *Interna*: a) el Estado nacional, a través de los órganos políticos federales, celebra tratados como actos jurídicos complejos federales, o b) las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, a través de sus autoridades locales con conocimiento del Congreso (art. 124, párr. 1º, CN). Estos últimos no son tratados sino meros “*convenios*”, puesto que nuestras entidades locales no son sujetos plenos de derecho internacional (su análisis se realiza en facultades de las provincias en Estado federal).

1.1.2. *Externa*:

1.1.2.1. Los Estados extranjeros (“*potencias extranjeras*” dicen los arts. 27 y 31; “*demás naciones*”, el art. 75, inc. 22, párr. 1º, y “*naciones extranjeras*”, los arts. 99, inc. 11 y 116). El uso del plural incluye uno o más Estados extranjeros (tratado bilateral o multilateral). En el artículo 75, inciso 24, párrafo 2º se desagrega esa categoría genérica al individualizar dentro del conjunto de Estados –a los fines procedimentales de los tratados de integración– a “*Estados de Latinoamérica*” y “*otros Estados*”.

1.1.2.2. Las “*organizaciones internacionales*” (art. 75, inc. 22, párr. 1º, y art. 99, inc. 1º): debe entenderse toda organización intergubernamental (art. 3.i, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 aprobada por ley de facto 19.865). La Constitución no distingue que sean regionales o universales, por lo cual se deben incluir todas; siempre son multilaterales. Pensamos que la Constitución se refiere tanto a tratados constitutivos de una organización de ese carácter como a todo tratado adoptado en ese ámbito (art. 5º, Convención de Viena), aunque la Constitución dice “*con*” esas organizaciones. Tam-

bién incluye a los llamados “organismos especializados” (OIT, FAO, Unesco, OMS, o cualquier otro) que tengan personalidad jurídica y capacidad para contratar (art. II, Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de los Organismos Especializados de 1946 aprobada por ley de facto 7672/63, art. 1°).

1.1.2.3. La “*Santa Sede*” (sólo el art. 75, inc. 22, párr. 1°): reemplaza a la anterior denominación de “silla apostólica”. Los tratados celebrados con este sui géneris sujeto de derecho internacional se conocen con el nombre de “*concordatos*” y siempre son bilaterales. El análisis del concordato vigente en Argentina se efectúa en relación con la Iglesia Católica Apostólica Romana dentro de atribuciones del gobierno federal.

1.2. Criterio *ratione materiae*: por el contenido del instrumento (u objeto prominente) y por mencionarse explícitamente en el nuevo texto supremo, se distinguen cuatro clases de tratados y varias subclases. En relación al anterior criterio, desde la perspectiva interna, siempre los celebra el Estado nacional (nunca las provincias) y, según los casos, lo hace con uno u otro de los sujetos mencionados en la perspectiva externa:

1.2.1. *Derechos humanos*: con dos subclases según gocen o no de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párrs. 1° *in fine*, 2° y 3°).

1.2.2. *Integración*: con dos subclases según se celebre con Estados latinoamericanos o con otros (art. 75, inc. 24).

1.2.3. *Concordato*: con la Santa Sede sobre materia religiosa, para regir preponderantemente en nuestro territorio (art. 75, inc. 22, párr. 1°).

1.2.4. *Todos los demás*: categoría residual de las tres anteriores clases, aunque no se mencionen expresamente en el texto constitucional. Los ejemplos son muchos: límites, paz, comercio, extradición, inmigración, navegación, alianza, etcétera.

1.3. Criterio *ratione supremitatis*: por el lugar que ocupan en la “pirámide” jurídica, hay tratados con o sin jerarquía constitucional, como ya dijimos. La peculiar técnica seguida por la Constitución es que solamente ocupan el primer peldaño del ordenamiento jurídico (ver cuadro) aquellos que por su contenido sean de derechos humanos, y dentro de éstos no todos sino sólo aquellos que el constituyente ha dispuesto o el legislador disponga en el futuro por una vía especial. El

resto de los tratados (aun de derechos humanos) que carecen de jerarquía constitucional ocupan el peldaño siguiente: son subconstitucionales pero supralegales.

2. Jurisdicción federal en materia de tratados:

2.1. A pesar de las novedades introducidas por la reforma de 1994, el texto del artículo 116 CN que atribuye competencia a los jueces federales en materia de “*tratados con las naciones extranjeras*” ha mantenido la tradicional denominación del ex artículo 100, sin especificación alguna. Por ende, todo tratado (cualquiera sea la persona desde el punto de vista externo, el contenido o la jerarquía que ocupe) es un asunto sustraído a los jueces locales. La evolución de la jurisprudencia de la Corte en torno al alcance de esta jurisdicción se analiza en competencia de los tribunales inferiores federales en razón de la materia en el capítulo del Poder Judicial.

3. Respecto al procedimiento de celebración de los tratados internacionales remitimos a su análisis en atribuciones exclusivas del gobierno federal. Aquí nos ocupamos de tres problemáticas especiales: la primera, relativa a la forma de incorporación de los tratados a nuestro derecho interno, y las restantes a partir de la reforma de 1994: jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento jurídico (con o sin rango constitucional) una vez que forman parte del mismo, y por último lo atinente a la cláusula de la integración.

4. Incorporación de un tratado internacional a nuestro derecho interno:

4.1. Esta cuestión es doblemente relevante: a) porque para dilucidar el rango que un tratado ocupa en el derecho interno, previamente hay que determinar desde cuándo y de qué manera dicha norma convencional ha “penetrado” (y, por ende, es válida) en él, y b) porque permite determinar a partir de qué momento puede ser invocado y aplicado directamente en sede interna. A pesar de ello, no hay una respuesta explícita en nuestro texto constitucional acerca de cómo y cuándo se realiza esa incorporación.

4.2. Las normas internacionales de fuente contractual (tratados *lato sensu*) que no formen parte del *jus cogens* (ver esta noción en delitos de lesa humanidad en el capítulo de garantías) se encuentran en una

situación completamente distinta a las de origen consuetudinario (costumbres, principios, reglas y usos surgidos de la práctica internacional) ya que estas últimas, por oposición a las primeras, son directamente aplicables y exigibles ante nuestros tribunales per se, sin ningún tipo de recepción especial. Desde época temprana ha dicho la Corte federal que la costumbre internacional y los “principios universalmente consagrados en el derecho internacional público” hacen “parte del derecho público nacional” (caso “La Pilcomayo” –1891–, F. 43:321); posición mantenida invariablemente como lo ilustran los votos mayoritario (c. 12) y minoritario (c. 9) del caso “Nadel” –1993– (F. 316:567). Para nosotros, ello es así pues la costumbre internacional ha sido receptada expresamente y por anticipado por nuestra Constitución histórica cuando el ex artículo 102 *in fine* CN (actual 118) hace mención al “*derecho de gentes*” (para la trascendencia contemporánea de esta añeja disposición remitimos también a delitos de lesa humanidad donde extendemos el carácter obligatorio también a ciertos tratados que ostenten la característica de *jus cogens*).

4.3. Prescindiendo de la discusión teórica (escuelas monistas o dualistas), en el plano positivo la cuestión de la introducción a nuestro derecho de normas convencionales internacionales (reiteramos: que no formen parte del *jus cogens*) está estrechamente vinculada al procedimiento de su celebración por parte de nuestros órganos políticos federales (ver su análisis en atribuciones exclusivas del Estado federal). La polémica se reduce a partir de qué etapa de ese *iter* (si con la aprobación congressional del tratado o con su posterior ratificación ejecutiva) se produce la automática adopción, pues se descarta la necesidad de una recepción especial y distinta para “convertir” un tratado al derecho interno. En efecto, el contenido normativo de un tratado ya celebrado de ningún modo precisa ser incorporado al derecho nacional por una ley distinta que la que se utiliza para aprobar la gestión del Poder Ejecutivo; claro que si el tratado no fuera operativo, otra ley será necesaria pero para reglamentar el contenido de las prestaciones; es decir, no para que sea válido sino para que sea vigente. En cualquiera de las posiciones, el tratado será obligatorio para los habitantes del país luego de ser debidamente publicado en el ámbito interno

ya sea el acto de aprobación legislativa o el acto de ratificación ejecutiva (tesis receptada por el art. 3º, Ley 24.080 de 1992).

4.4. La jurisprudencia de la Corte federal parece recibir alternativamente las dos soluciones anunciadas:

4.4.1. Tesis restrictiva de corte dualista: considera que un tratado recién se incorpora automáticamente (sin necesidad de un acto especial de recepción) a nuestro derecho (adquiere validez jurídica interna) una vez concluida la etapa de ratificación (intercambiado o depositado el mismo, según que el tratado sea bilateral o multilateral). En esta línea se inscribe, por ejemplo, el caso "Cabrera" de 1983 (F. 305:2150), donde se dijo en relación a una convención específica que "las normas internacionales aprobadas por el Poder Legislativo y debidamente ratificadas se incorporaron como regla al derecho interno siendo aplicables dentro del Estado cuando revisten el carácter de autoejecutorios o autosuficientes" (c. 11 del voto de Gabrielli-Guastavino). A su vez, en el caso "Frites" de 1995 (F. 318:2513) relativo a un amparo interpuesto por dos representantes indígenas contra el P. E. N. para que ratifique (lo que recién se consumó el 3-7-2000) el Convenio OIT N° 169/89 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, la solitaria disidencia de Boggiano señaló que "la aprobación del Poder Legislativo" del artículo 75, inciso 22, párrafo 1º CN "sólo tiene por efecto autorizar al Poder Ejecutivo Nacional a ratificar el tratado en sede internacional" (c. 7), que esa participación del Congreso "aunque es necesaria, no es definitiva", pues "es el Poder Ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones internacionales por la decisión de ratificar los tratados" (c. 8), y que "no podría suscitarse en el caso un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por no ratificar el Convenio de la OIT [...] ya que la violación de un tratado internacional sólo es posible —obviamente— una vez que el tratado sea obligatorio para la República Argentina, es decir, cuando haya sido ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional" (c. 11).

4.4.2. Tesis amplia y moderadamente monista: sostiene que el tratado se incorpora automáticamente a nuestro derecho (adquiere validez jurídica interna) con la aprobación y publicación efectuada por ley del Congreso en la etapa de control sobre la actuación previa del pre-

sidente. La posterior ratificación y comunicación en sede internacional, entonces, es vista como una etapa “hacia fuera” en el proceso de celebración del tratado. En el caso “Quebrachales Fusionados SA” de 1927 (F. 150:84), la Corte consideró directamente aplicable e incorporada al Código de Comercio una Convención sobre asuntos marítimos de 1910 con la sola aprobación por ley 11.132 aun sin cumplir la etapa ratificatoria. Igual postura se desplegó respecto a la misma Convención en el caso “Compañía Argentina de Navegación N. Miha-novich Ltda.” de 1932 (F. 165:144). En la misma línea parece inscribirse el caso “Ferreya” de 1945 (F. 202:353), aunque allí se efectuó una importante aclaración. Dijo la Corte que “no debe confundirse” la ley de aprobación de un tratado con naciones extranjeras “con el tratado”; éste “adquiere validez jurídica en virtud de la ley aprobatoria, pero no por ello deja de tener el carácter de un estatuto legal autónomo cuya interpretación depende de su propio texto y naturaleza, con independencia de la ley aprobatoria”; con esas consideraciones, interpretó que el tratado en cuestión no había entrado en vigencia “hasta el intercambio de ratificaciones” porque así lo disponía el tratado y por el contenido de los compromisos recíprocos allí consagrados.

4.5. Como ya aclaramos, a nuestro entender el debate recién mencionado acerca de la incorporación no rige cuando la norma convencional en cuestión forma parte del *jus cogens*; tampoco obviamente cuando goza –o es dotado– de jerarquía constitucional. Empero, no se debe olvidar que nuestro Estado debe cumplir la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado aun antes de su entrada en vigor una vez que el Estado hubo manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo (art. 18, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). De este modo, también es dable prescindir incluso de la vigencia internacional de un tratado y de todos los pasos internos de su celebración, al menos para que el Estado se abstenga de actos en virtud de los cuales “se frustren el objeto y el fin de un tratado”.

4.5.1. Esta última tesis fue desplegada por dos ministros de la Corte en sendas disidencias en la causa “Camps” de 1987 (F. 310:1162), donde la mayoría declaró la validez constitucional de la ley de obediencia debida (23.521) con la sola excepción de Bacqué. En efecto,

los votos de Petracchi (c. 12) y de Bacqué (c. 39) la consideraron en pugna con la C. T. T. P. C. I. D., compromiso internacional contraído por el Estado argentino (quien la había aprobado y ratificado) a pesar de que no se encontraba aún vigente en el plano internacional (para esta cuestión ver su análisis en derecho a la integridad en el capítulo de derechos personalísimos; a mayor abundamiento: amnistía dentro de las atribuciones exclusivas del gobierno federal).

5. Instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional:

5.1. Con la jerarquización que realiza la reforma de 1994 en este punto, se procura inscribir a nuestra Constitución en el proceso universal del derecho internacional de los derechos humanos, reforzar y mejorar la protección nacional de los derechos fundamentales al hacer explícito lo que antes no lo era o suscitaba dudas, sin olvidar la valiosa función interpretativa que puede brindar (la Constitución de España así la recepta: art. 10), como lo hizo precursoramente la Corte federal con la D. U. D. H. en los casos "Kot" de 1958 (F. 241:291) con el artículo 8º y "Outon" de 1967 (F. 267:215) con los artículos 23 y 8º del mismo instrumento (c. 25).

5.2. Antes de la reforma de 1994, el artículo 27 CN consagraba una posición dualista al exigir que todos los instrumentos internacionales (no sólo los "*de paz y comercio*" como dice la norma) se adecuasen a aquélla ("*en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*"). Tan sólo en 1948 la Corte adoptó una postura monista en el caso "Química Merck" (F. 211:162), donde entendió que en época de guerra prevalecía el derecho internacional sobre la Constitución (ver su glosa en el poder de policía de emergencia que afecta la paz pública).

5.3. La reforma de 1994, aun sin modificar la letra del artículo 27, ha venido a innovar grandemente en esta temática al concederle jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales expresamente enumerados que "*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*" (art. 75, inc. 22, párr. 2º). A su vez ese criterio enumerativo expreso puede extenderse a "*los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos*" por un pro-

cedimiento especial diferente al de la reforma constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 3º), y asimismo reducirse por el procedimiento especial de denuncia, también diferente al de reforma constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º *in fine*). De allí la necesaria noción de bloque de constitucionalidad que adoptamos para describir el conjunto de normas supremas luego de la reforma de 1994. Dicho “bloque” se conforma entonces por normas igualmente fundamentales y que sólo se diferencian entre sí en que aquellas contenidas en el texto de la Constitución (desde el Preámbulo hasta la última Disposición Transitoria) tienen un grado de rigidez máxima (procedimental y orgánica prevista en el art. 30, CN), en cambio, las normas de los instrumentos internacionales con rango constitucional tienen un grado menor de rigidez ya que puede ampliarse su lista o reducirse por un procedimiento más agravado que para la modificación de leyes ordinarias pero menos dificultoso que para reformar la Constitución (semirrigidez).

5.4. Enumeración constitucional:

5.4.1. La lista de instrumentos internacionales de derechos humanos incluida en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2º es –en principio– taxativa: son sólo once, todos los cuales ya formaban parte del derecho interno argentino al momento en que el constituyente de 1994 los dotó de jerarquía constitucional. Sin embargo, no se siguió un criterio de *numerus clausus*, puesto que por vías diferentes al procedimiento de reforma constitucional del artículo 30 CN se puede ampliar (párr. 3º de la norma) o disminuir (párr. 2º *in fine* de la norma). Mientras el mecanismo ampliatorio se estudia más abajo, el mecanismo reductor por vía de denuncia se analiza en celebración de tratados dentro de las atribuciones exclusivas del gobierno federal.

5.4.2. La enumeración efectuada por el constituyente de 1994 parece haber seguido tres pautas ordenatorias para su confección: a) De acuerdo al desarrollo propio del derecho internacional de los derechos humanos, se ubican en primer lugar dos Declaraciones generales; luego los instrumentos que las desarrollan: tres Pactos (acuerdos generales, relativos al menos a una determinada clase o categoría de derechos), aunque el llamado Pacto de San José de Costa Rica posee la nominación oficial de Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por último cinco Convenciones (acuerdos especiales, referidos a alguna específica temá-

tica). b) Sobre la anterior pauta, de acuerdo al ámbito de su génesis y aplicación, primero se coloca el instrumento regional americano (OEA) y luego el universal (ONU): ello se observa en los ítems Declaraciones y Pactos, ya que las Convenciones mencionadas son todas de la ONU. c) Por último se suma a las anteriores una pauta cronológica de sanción en sede internacional: en las Declaraciones coincide con el criterio espacial; en los Pactos se observa que la fecha de sanción cede a la preferencia espacial (el Pacto de San José de Costa Rica está antes de los Pactos gemelos de la ONU a pesar de ser posterior); en las Convenciones, al ser todas de la ONU el criterio temporal rige plenamente. En el cuadro adjunto se completa visualmente lo dicho.

5.4.2.1. Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que el instrumento internacional mencionado en sexto lugar (“su Protocolo Facultativo”) a continuación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como todo protocolo es un anexo, accesorio del tratado principal, que depende de la voluntad del Estado parte para que se incorpore o no a su ordenamiento jurídico. Además, conviene aclarar el notorio defecto de la norma constitucional en análisis, por cuanto al utilizar el vocablo “su” parece entender que es el único protocolo de este Pacto, cuando en verdad al momento de la reforma de 1994 ya había un Segundo Protocolo Facultativo de ese Pacto “Destinado a abolir la pena de muerte” del año 1989 (en vigencia internacional desde 1991). Quizá la razón de esta desprolijidad se deba a que la Argentina aún no lo había firmado ni ratificado. En suma, el Protocolo Facultativo que goza de jerarquía constitucional es el de 1966 sobre el Comité de Derechos Humanos incorporado a nuestro derecho interno junto con los dos Pactos gemelos.

5.4.2.2. Otra aclaración es que el orden dado por la Constitución a la enumeración no implica preeminencia jerárquica alguna entre los diversos instrumentos internacionales. Todos gozan de igual rango supremo dentro del bloque de constitucionalidad.

5.5. Elevación a rango constitucional de otros instrumentos sobre derechos humanos:

5.5.1. Ya anticipamos que otra peculiaridad de la reforma de 1994 es que, además de haber enumerado once instrumentos internacionales con rango constitucional, incluyó un novedoso mecanismo para aumentar su número, sin seguir el procedimiento de reforma constitu-

cional del artículo 30 CN. En efecto, el Congreso luego de aprobar un tratado sobre derechos humanos no incluido en el listado del párrafo 2º, puede dotarlo “*de la jerarquía constitucional*” en tanto en cuanto obtenga el “*voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara*” (art. 75, inc. 22, párr. 3º). Esta nueva función congresional es denominada por nosotros “semiconstituyente”, pues sin modificar el texto constitucional, en definitiva le permite introducir cambios cual si fuera una Convención reformadora; por ende, pensamos que el Poder Ejecutivo no podrá vetar esa decisión para el caso de que siga el procedimiento de sanción de las leyes.

5.5.2. Pensamos que esta mayoría agravada puede consumarse en un momento posterior a la aprobación del tratado (si éste ya contaba con ese requisito) o simultáneamente con la aprobación. Es decir, que podría ejercer esta competencia aun sin la ratificación del Ejecutivo del instrumento en cuestión.

5.5.3. A más de una década de la reforma de 1994, la única vez que se utilizó este procedimiento fue para elevar por la Ley 24.820 de 1997 a la primera grada del ordenamiento jurídico, junto con los once ya enumerados, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 que había sido aprobada en 1995 por Ley 24.556.

5.6. *Situación especial del Convenio OIT N° 87/48:*

5.6.1. Una curiosa situación se da a partir del artículo 8.3 del P. I. D. E. S. C. que, obviamente, goza de rango constitucional por estar incluido en el listado del artículo 75, inciso 22, párrafo 2º CN. Ahora bien, dicha cláusula dispone que “nada de lo dispuesto” en su norma sobre organización sindical autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación de 1948 “a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”.

5.6.2. Como señalamos al estudiar el derecho a organizarse sindicalmente dentro de derechos gremiales como derechos sociales, ésta sería una forma implícita –quizá no advertida en su oportunidad– de dotar de jerarquía constitucional a otros instrumentos de derechos humanos por formar parte del contenido de otro tratado que sí la tiene. De esa forma, se da una especie de transferencia normativa del tratado

constitucionalizado hacia el que formalmente no lo está, pero al que sustancialmente le corresponde la misma grada.

CUADRO SOBRE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

A	B	C	D	E	F	G
1	D. A. D. D. H.	Declaración	OEA	1948		
2	D. U. D. H.	Declaración	ONU	1948		
3	C. A. D. H.	Trat. Gral.	OEA	1969	23.054	1984
4	P. I. D. E. S. C.	Trat. Gral.	ONU	1966	23.313	1986
5	P. I. D. C. P.	Trat. Gral.	ONU	1966	23.313	1986
6	P. F.	Accesorio	ONU	1966	23.313	1986
7	C. P. S. D. G.	Trat. Espec.	ONU	1948	D. 6286	1956
8	C. I. E. T. F. D. R.	Trat. Espec.	ONU	1965	17.722	1968
9	C. E. T. F. D. M.	Trat. Espec.	ONU	1979	23.179	1985
10	C. T. T. P. C. I. D.	Trat. Espec.	ONU	1984	23.338	1987
11	C. D. N.	Trat. Espec.	ONU	1989	23.849	1990
X	C. I. D. F. P.	Trat. Espec.	OEA	1994	24.556	1995

Referencias:

A: orden de aparición en la norma constitucional

B: sigla de la denominación del instrumento

C: carácter del instrumento internacional

D: ámbito internacional del instrumento

E: fecha de sanción en sede internacional

F: ley de aprobación

G: fecha de ley de aprobación

X: instrumento dotado de jerarquía constitucional por el procedimiento especial (art. 75, inc. 22, párr. 3º), por Ley 24.820 en 1997.

5.7. *Alcance de la expresión “jerarquía constitucional”:*

5.7.1. Cualquiera sea la forma en que un tratado internacional sobre derechos humanos haya adquirido rango constitucional (por decisión del constituyente de 1994 o del legislador a posteriori), la propia cláusula del artículo 75, inciso 22, párrafo 2º se encarga de precisar este *status* normativo superprivilegiado al decir aclarar dos cosas: a) Que lo ostentan “*en las condiciones de su vigencia*”, b) para luego agregar que “*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”. Ambas aclaraciones junto a la regla del individuo más favorecido que también abordamos más abajo explican el exacto sentido de la noción de bloque de constitucionalidad que adoptamos.

5.7.2. *Primera aclaración (“en las condiciones de su vigencia”):* en el caso “Giroidi” –1995– (F. 318:514), al pronunciarse sobre la garantía de la doble instancia judicial prevista en el artículo 8.2.h, C. A. D. H., la Corte dijo que la jerarquía constitucional del mismo “ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘*en las condiciones de su vigencia*’ (art. 75, inc. 2º, párr. 2º, CN), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, y agregó a continuación que la aludida jurisprudencia debe “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (c. 11).

5.7.3. *Segunda aclaración (“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”):* la defectuosa redacción no oscurece su claro y trascendente significado de afirmar categóricamente que no hay oposición posible entre los instrumentos internacionales constitucionalizados y el texto de toda la Constitución. Así, la referencia a la “*primera parte*” (arts. 1º a 43, CN) se explica porque allí se encuentran mayoritariamente “reconocidos” “los derechos y garantías”. De allí la noción que adoptamos de bloque de constitucionalidad para indicar la inescindible vinculación entre estos fragmentos supremos y la imposibilidad de someter a control de consti-

tucionalidad el texto de los tratados constitucionalizados. A su vez, esta aclaración es una recepción expresa de la conocida regla de interpretación que afirma que la Constitución es un todo sistemático y coherente cuyas partes no se destruyen sino que deben armonizarse y compatibilizarse. Así, el artículo 75, inciso 22, párrafo 2º CN no se opone al subsistente artículo 27 CN, puesto que los instrumentos internacionales mencionados en el primero están –por decisión del constituyente– “*en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”.

5.7.3.1. La propia Corte Suprema con firma de todos sus integrantes (Vázquez disiente pero coincide con el fundamento de la mayoría), al pasar, parece receptor la tesis de bloque de constitucionalidad en el caso “Arce” –1997– (F. 320:2145) cuando señala que “los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando *un bloque único de la legalidad* cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (c. 7, las cursivas son nuestras).

5.7.4. *Regla del individuo más favorecido*: esta doctrina propia del derecho internacional de los derechos humanos es de inexcusable aplicación en nuestro derecho interno luego de la reforma de 1994. Es la manera de armonizar y compatibilizar las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, pues ella misma forma parte de él: es una regla interpretativa con rango constitucional al estar incluida en varios instrumentos constitucionalizados.

5.7.4.1. Ella consiste en aplicar siempre la disposición más beneficiosa a las personas con prescindencia del origen interno o internacional de dicha norma, es decir que impide la invocación de una norma internacional para retacear derechos mejor amparados tanto por el ordenamiento nacional como por otro instrumento internacional. Permite minimizar cualquier conflicto interpretativo que pueda llegar a suscitarse al respecto (Albanese, 3).

5.7.4.2. Reconocida tanto por la doctrina (Newman y Vasak) como por la jurisprudencia internacional. En ese sentido, en el ámbito regional americano, la Corte Interamericana (cuya opinión es guía de interpretación, como ya vimos) sostuvo que entre varias opciones para alcanzar un objetivo “debe acogerse aquella que restringe en menor escala el

derecho protegido” y que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona” (O. C. N° 5/85).

5.7.4.3. A su vez, esta regla fue receptada en diversos instrumentos internacionales con rango constitucional: artículo 29.b, C. A. D. H.; artículo 5.2 Pactos gemelos; artículo 23 C. E. T. F. D. M.; artículo 41 C. D. N.

5.7.5. Varios ministros de la Corte federal se han pronunciado expresamente por la interpretación expuesta en torno al significado de esta expresión constitucional.

5.7.5.1. En el caso “Monges” de 1996 (F. 319:3148), el voto mayoritario (Moliné-Boggiano-Nazareno-López) dijo que “los constituyentes [en referencia a los de 1994] han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir” (c. 20); “de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente [...] y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución puesto que esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir” (c. 21); para concluir que “los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución [...] aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente” (c. 22). Un día después de “Monges”, en el caso “Sixto Chocobar” (F. 319:3241), el voto de López-Nazareno-Moliné (c. 12/13) reitera los c. 20/21 de “Monges”.

5.7.5.1.1. No obstante compartir teóricamente la buena doctrina que surge de los considerandos citados, debemos alertar que su aplicación concreta en ambos casos es absolutamente incorrecta por ignorar la regla del individuo más favorecido al utilizar los tratados constitu-

cionalizados como negación y no como ampliación de derechos. Para un mejor análisis de esas inadmisibles consecuencias remitimos a autonomía universitaria en poderes concurrentes para el caso “Monges”, y a derechos sociales para el caso “Chocobar”.

5.7.5.2. En el caso “Petric c/Página/12” de 1998 (F. 321:885), los votos de Moliné (c. 9) y de Boggiano (c. 5) citan la doctrina de “Monges”-“Chocobar”. Sin embargo, en este último fallo, se destaca una tesis que nosotros no compartimos en la solitaria disidencia de Belluscio, al entender que los tratados con rango constitucional son “normas constitucionales de segundo orden” (c. 7). El caso se analiza in extenso en derecho de réplica como derecho a la información.

6. Instrumentos internacionales con nivel infraconstitucional:

6.1. Es una categoría residual que se obtiene luego de identificar a los tratados con jerarquía constitucional, pues salvo éstos, el resto de los tratados (cualquiera sea su materia) ocupan el 2º peldaño de nuestro ordenamiento jurídico (ver cuadro), y por ende están sujetos a control de constitucionalidad para asegurar su conformidad con los “*principios de derecho público*” constitucionales (art. 27 *in fine*, CN), al menos para verificar su compatibilidad en cuanto a su contenido. En cambio, en relación a los eventuales vicios de procedimiento en la celebración del tratado es necesario tener en cuenta su posibilidad de control por los jueces en jurisprudencia de la Corte sobre las cuestiones políticas. En consecuencia, a diferencia de la otra categoría de instrumentos internacionales con rango supremo, los que aquí se analizan pueden ser declarados inconstitucionales sin afectar la fórmula *pacta sunt servanda*, pues esa declaración ni siquiera deroga el tratado.

6.2. La gran novedad de la reforma de 1994 respecto a estos tratados es que adoptó la mejor doctrina de la Corte Suprema al señalar expresamente que tienen “*jerarquía superior a las leyes*” (art. 75, inc. 22, párr. 1º *in fine*), con más su reiteración para los tratados de integración y de “*las normas dictadas en su consecuencia*” (art. 75, inc. 24, párr. 1º *in fine*). Respecto al carácter subconstitucional de todos los tratados (excluidos por cierto los que ostentan jerarquía constitucional) continúa siendo aplicable el subsistente artículo 27 CN; en tanto que su carácter supraprovincial surge del también subsistente artículo 31 CN.

6.3. Antes de la reforma de 1994, la Constitución no consagraba una solución expresa sobre la jerarquía de los tratados en relación a las leyes del Congreso. El artículo 31 de la CN nada decía sobre ese aspecto. Más allá de las diversas opiniones doctrinarias prerreforma, la Corte Suprema recorrió dos etapas bien definidas cuyo punto de inflexión se produjo en 1992.

6.3.1. La doctrina tradicional de la Corte hasta esa fecha era colocar a los tratados en pie de igualdad con las leyes del Congreso. Para ello se argumentaba que el artículo 31 y el ex artículo 100 CN (actual 116) no les asignaban prioridad alguna a unos o a otras; ambos eran la “*ley suprema de la Nación*” y si había colisión entre ellos prevalecía el último, de acuerdo con la fórmula *lex posteriori derogat priori* (caso “Martín y Cía. Ltda. c/Administración Gral. de Puertos” de 1963, F. 257:99).

6.3.2. Esta clásica jurisprudencia fue abandonada por la Corte en 1992 en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (F. 315:1492), y ratificada en pronunciamientos posteriores: en 1993, en el caso “Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (F. 316:1669), y en 1994 (ya reformada la Constitución) en el caso “Cafés La Virginia SA” (F. 317:1282) en el cual ya cita el artículo 75, inciso 22 CN en apoyo de su decisión (c. 8 *in fine*).

6.3.3. En esta segunda época, que anticipa la solución receptada por la reforma de 1994, el orden de prelación pasa, entonces, a ser: a) Constitución; b) tratados internacionales, y c) leyes del Congreso, apoyándose en lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (aprobado por ley de facto 19.865) que da prioridad a las normas internacionales sobre las internas. Vale destacar que el citado caso “Fibraca” es importante en relación al *leading case* “Ekmekdjian” de 1992 por dos razones: aclaró que los tratados deben ajustarse a la Constitución (es decir, por debajo de ésta) pero con primacía sobre las leyes (es decir, por encima de éstas), eliminando cualquier oscuridad que pudo surgir del con. 18/19 de la mayoría del caso “Ekmekdjian”, y extendió la nueva jerarquía (supralegal) del tratado a todos los instrumentos internacionales y no sólo para los de derechos humanos o la C. A. D. H.

7. Tratados de integración:

7.1. La cláusula integracionista (art. 75, inc. 24, CN) incorporada en 1994 autoriza al Congreso para aprobar tratados de integración con delegación de competencias a través de tres párrafos: el primero, de fondo (recepción, conceptualización y limitación del fenómeno integrativo), en tanto que los dos últimos son de forma o procedimiento (para su celebración y para su denuncia).

7.1.1. Antes de la reforma de 1994, la doctrina argentina señalaba los inconvenientes constitucionales para la integración ante la ausencia de toda referencia a ella en el texto histórico. Algunos autores buscaban variantes *de lege lata* que permitieran sortear esa laguna histórica en tanto se proponía *de lege ferenda* alguna previsión constitucional. No obstante, era claro que la Argentina tenía que integrarse, antes que nada, a nivel normativo con el resto del continente, para tener un lenguaje jurídico común con los países que ya habían constitucionalizado la integración continental.

7.1.2. La nueva cláusula se suma a la tendencia contemporánea de formación de grandes espacios económico-regionales a partir del agrupamiento formal entre Estados como alternativa entre la globalización dominante y el aislamiento excluyente para maximizar la complementación interregional, aunque la Constitución no se limita a la dimensión económico-regional como veremos. Se trata de un entronque con el notable movimiento a nivel mundial de integración de Estados vecinos ocurrido a partir de la segunda posguerra, sobre todo en Europa occidental, y el denominado “neofederalismo” que se ha potenciado con el Tratado de Maastricht de 1992. Ese fenómeno también se ha iniciado en Latinoamérica, proceso todavía en ciernes, a pesar del pionero proyecto integracionista de Simón Bolívar.

7.1.3. El proceso integracionista en materia económica admite diversos grados, de menor a mayor integración: zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, para alcanzar como meta final una integración política. Es mucho más que un mero acuerdo para crear obligaciones mutuas entre los Estados contratantes como tradicionalmente se conoció en el derecho internacional. En la integración, los Estados transfieren parte de sus competencias a nuevos órganos o entes regionales denominados “supranacionales” o “supraestatales”, en el

sentido de que ellos pueden imponer sus decisiones sin previo consentimiento y aun contra la voluntad de cada Estado miembro. Este poder normativo sobre los Estados partes coexiste con las autoridades internas de cada uno de ellos. De esta forma, el acuerdo constituyente (denominado tratado marco o fundacional) conforma el nuevo ordenamiento jurídico por el cual cada Estado ha limitado en ciertas materias su soberanía (derecho primario); en tanto que las decisiones de los órganos supraestatales son aplicables inmediata y directamente en los derechos internos de los Estados miembros (derecho derivado o secundario), quienes no pueden vetarlas ni nulificarlas. Sin estas características no hay –en rigor– transferencia al órgano supraestatal.

7.2. El artículo 75, inciso 24, párrafo 1º CN aporta una pauta concreta para identificar a un tratado de integración: aquellos que “*deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales*” bajo ciertas condiciones que también se especifican.

7.2.1. Como se observa, no se autoriza la delegación de la soberanía nacional, sino solamente de “*competencias y jurisdicción*”, pues de lo contrario se hubiese permitido que las “*organizaciones supraestatales*” receptoras de aquélla pudiesen crear normas o regímenes que eventualmente entrasen en colisión con la Constitución. Sin embargo, no cabe duda de que se provoca una reformulación del concepto clásico de soberanía al perder el Estado el monopolio que otrora poseyera para la creación de normas jurídicas aplicables en su territorio y para sus habitantes aun por parte de los jueces nacionales. Con la aparición de estas nuevas organizaciones distintas a los Estados nacionales, aunque creadas por ellos, se trastruecan los tres elementos clásicos del Estado.

7.2.2. Las “*organizaciones supraestatales*” son sin duda de naturaleza internacional pero se distinguen de las “*organizaciones internacionales*” del artículo 75, inciso 22, párrafo 1º analizadas en el criterio *ratione personæ* de clasificación de tratados, pues no se trata de entes intergubernamentales, sino de órganos internacionales comunitarios con capacidad para tomar decisiones particulares o generales *erga omnes* que afectan al Estado, sin necesitar la participación de órganos internos para receptor sus decisiones. Es decir, que sus decisiones se incorporan directa e inmediatamente al ordenamiento jurídico

interno sin necesidad de cumplir ninguna etapa de recepción interna específica, a diferencia de lo que ocurre con otras normas de naturaleza internacional (ver el tema de incorporación de un tratado al derecho interno dentro de las atribuciones exclusivas del Estado federal).

7.2.2.1. Respecto a la elección del vocablo “*deleguen*” para referirse a la transferencia o cesión de facultades del Estado argentino a los órganos comunitarios, no parece la más adecuada en términos teóricos. La transitoriedad que caracteriza a esta técnica, el poder de control del delegante sobre el ejercicio de la delegación con la posibilidad de recobrar la competencia delegada, no se concilian con el fenómeno de la integración. A un lado este señalamiento, adviértase que la propia cláusula constitucional regula un mecanismo de denuncia de estos tratados (art. 75, inc. 24, párr. 3°).

7.2.2.2. Los órganos creados por la C. A. D. H. (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte) no constituyen órganos supraestatales que hayan recibido delegación de atribuciones en los términos del artículo 75, inciso 24 CN. Aunque en ambos casos sus decisiones son vinculantes (ver esta cuestión en interpretación constitucional), ello no surge de que haya existido una transferencia previa de competencias propias del Estado. Se trata de nuevas y distintas instancias de naturaleza internacional que si bien actúan por sobre los Estados Partes en el sistema de protección de los derechos humanos, no se confunden con esta cláusula cuando prevé la posibilidad de delegar “*jurisdicción a organizaciones supraestatales*”. Tomando el ejemplo europeo, sería tanto como confundir el Tribunal de Estrasburgo (órgano jurisdiccional de la Convención de Roma de 1950) con el Tribunal de Luxemburgo (órgano jurisdiccional de la Unión Europea).

7.2.3. Al no delegarse la soberanía, sino sólo una porción o parcela de la misma, tampoco se resigna la independencia del Estado como consecuencia de la mentada delegación. No se rompe el dualismo establecido por el artículo 27 CN, de modo que los tratados de integración son infraconstitucionales por aplicación de la regla general incluida en el artículo 75, inciso 22, párrafo 1° *in fine* CN, no obstante la omisión de la última parte del artículo 75, inciso 24, párrafo 1° CN que tan sólo se refiere a “*las normas dictadas en su consecuencia*”. En

suma, tanto el derecho primario como el secundario o derivado tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional.

7.2.4. Por lo dicho y siendo la Argentina un Estado federal, no se pueden trasladar por medio de un tratado de integración competencias provinciales por parte del gobierno federal a los entes comunitarios ya que la distribución constitucional de competencias, sin duda, forma parte de “*los principios de derecho público*” (art. 27 *in fine*, CN) a los que se debe ajustar la integración.

7.2.5. El texto constitucional agrega que la delegación se debe hacer “*en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos*”. El Congreso, a la hora de aprobar el tratado respectivo, debe ejercer su control rechazándolo hasta tanto los otros países no dieran garantías de reciprocidad e igualdad, o se introdujeran al tratado las modificaciones que fueren convenientes en función del respeto de esas pautas; si ello no ocurriera, el tratado podría ser impugnado en sede jurisdiccional. Estas cuatro “condiciones” constituyen un verdadero imperativo que debe reunir cualquier proyecto integracionista para que nuestro país pueda sumarse o continuar en él.

7.2.5.1. El primer aspecto (“*reciprocidad e igualdad*”) del marco constitucionalizado para la profundización de las interrelaciones con otros Estados debe ser de simetría (se fulmina, así, todo intento de institucionalizar por esta vía la dependencia o interdependencia asimétrica) y de ninguna manera implica cristalizar el retroceso de la función reguladora estatal sobre los operadores económicos en la medida en que deben ser los propios Estados (el nuestro a partir de las pautas constitucionales) y no los mercados quienes deben implementar y regular el proceso. Además, es claro que la integración es incompatible con el aumento del desempleo, la pobreza y la desigual distribución de la riqueza.

7.2.5.2. El segundo aspecto (“*orden democrático y los derechos humanos*”) implica la necesidad de políticas activas para su realización. La referencia a los derechos humanos está en concordancia con la jerarquía que esta materia ha adquirido a partir de la reforma de 1994. Claramente se rechaza el modelo neoliberal de cuño economicista que prioriza la integración económica por sobre lo político, social, cultural

y ambiental con base en la solidaridad y equidad, en la cual los órganos supraestatales deben respetar la dignidad humana y ser fieles representantes de la voluntad política de sus representados. Además, lo “*democrático*” es una referencia hacia la organización integracionista que debe incorporar la participación popular en los órganos decisorios.

7.3. El artículo 75, inciso 24, párrafo 2° CN distingue desde el punto de vista procedimental, para simplificar o dificultar la aprobación de los tratados de integración por parte del Congreso, según se trate de países latinoamericanos o no. Ésta es la peculiar fórmula argentina para priorizar y alentar la integración regional con países de pasado común: en lugar de proclamar el sueño bolivariano de integración latinoamericana, se implementa un mecanismo formal menos dificultoso que para la integración con otros Estados. Las razones de esta diferencia procedimental a favor de la integración latinoamericana son de dos tipos:

7.3.1. Por un lado, por considerar que en ese caso la delegación de competencias y jurisdicción será mucho más discutible por el mayor riesgo en relación con los beneficios que ella pueda producir. En efecto, en el caso de integración no latinoamericana, sobre todo con aquellos Estados pertenecientes al denominado Primer Mundo, su poderío económico bien puede convertirse en un sometimiento político y económico que al disminuir la capacidad de decisión nacional pueda afectar nuestras posibilidades de crecimiento (ej. la estrategia de regionalización hemisférica impulsada por los EE. UU. para extender el Nafta).

7.3.1.1. Asimismo, abona el tratamiento diferencial el hecho de que la integración latinoamericana es un mandato que nos viene desde el pasado, por la historia común que nos hermana. Si ello ha sido posible en Europa, no obstante sus más pronunciadas diferencias culturales, cómo no podrá serlo en nuestra América Latina, de común estirpe y semejantes padecimientos.

7.3.2. El párrafo 2° del inciso 24 regula con cierta precisión el procedimiento legislativo que es necesario cumplir para que sean aprobados estos tratados al establecer la anunciada diferencia adjetiva según que la integración se realice con Estados de Latinoamérica o ajenos al área. Este aspecto tiene validez para el futuro y no es aplicable a tratados aprobados con anterioridad que se rigieron por el derecho

vigente en ese momento (*tempus regis actio*), a contrario de lo relativo a las condiciones sustanciales ya reseñadas.

7.3.2.1. La aprobación congressional de la integración con países de Latinoamérica necesita solamente una votación en ambas Cámaras con una mayoría calificada que agrava la exigida para la aprobación de los tratados que no fueran de integración (mitad más uno de los presentes), exigiendo la mayoría absoluta del total de los miembros de cada Cámara.

7.3.2.2. En cambio, en el caso de integración no regional se requieren dos votaciones: la primera, como simple declaración “*de conveniencia de la aprobación del tratado*”, sin que la misma deba seguir el trámite de una ley, porque la Constitución no lo exige expresamente (algo similar a la declaración de necesidad de la reforma del art. 30, CN); la segunda votación se debe hacer dentro de los ciento veinte días del acto declarativo, tiempo intermedio que servirá para profundizar el debate sobre el contenido mismo del tratado. Obviamente que se trata de un mismo trámite que continúa su curso, de modo tal que recién cuando se produce la última votación de ambas Cámaras (que requiere la mayoría calificada que ya consideramos) habrá sanción definitiva de la aprobación, la cual deberá pasar al Ejecutivo para su ratificación y depósito en el lugar previsto por el tratado.

7.3.3. Otro aspecto procedimental previsto por la cláusula de integración (párr. 3º) es impedir que el Ejecutivo por sí solo realice el trámite de denuncia, pues se exige “*la previa aprobación*” del Congreso con una mayoría agravada (simétrica o paralela a la exigida para su aprobación). Como se observa, tampoco se impone que sea sólo el Ejecutivo quien deba iniciar el trámite parlamentario de denuncia, de modo tal que también lo podrán iniciar los miembros del Congreso.

7.4. El llamado Tratado de Asunción de 1991 (aprobado por Ley 23.981) es el acuerdo subregional latinoamericano (entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) por el cual se forma el denominado Mercado Común del Sur (Mercosur). Funciona como acuerdo parcial en el marco del Tratado de Montevideo de 1980 (aprobado por ley de facto 22.354) que sustituye la Alac por la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi).

7.4.1. Los propósitos instrumentados del Mercosur anuncian el

compromiso de formar una unión aduanera caracterizada por tres objetivos: libre circulación de bienes, servicios y factores de producción entre los Estados; arancel externo común frente a terceros países, y coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales. Empero, no hay verdadera transferencia de competencias a los órganos regionales, pues todo debe resolverse por consenso; tampoco crea verdaderos órganos supraestatales con facultades normativas o jurisdiccionales (el Cap. II fija una estructura orgánica de transición: el "Consejo" y el "Grupo", que podía modificarse en el futuro según su artículo 18, como se hizo en 1994 al completarse esa incipiente estructura institucional por el Protocolo de Ouro Preto, adicional al Tratado de Asunción, aprobado por Ley 24.560 de 1995); a su vez, otra deficiencia de esta "integración" es que ni siquiera se establece la aplicabilidad inmediata y directa sobre los ciudadanos de cada Estado de las decisiones adoptadas por sus órganos, ya que se adopta un especial sistema mediato de incorporación a los derechos internos (arts. 38 y 40, Protocolo de Ouro Preto). Por último, la ausencia de un organismo jurisdiccional comunitario explica la falta de mecanismos de solución de controversias entre los particulares y los Estados, ya que aquéllos no pueden acudir directamente para exigir a un Estado el cumplimiento del Tratado. Por ahora pueden solicitar el cumplimiento de una obligación del Tratado reclamando ante la sección nacional de la Comisión del Acuerdo. Además, la Ley 25.223 aprobó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y su semejante entre el Mercosur y Bolivia y Chile (ambos de 1998), que tienen por objeto regular el arbitraje como medio alternativo privado de solución de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado.

7.4.2. En suma, este prefacio integracionista (mecanismos propios de una unión aduanera con vistas a la transformación en un mercado común), que inicialmente se modula en clave economicista neoliberal, debe ajustarse al modelo trazado por la reforma de 1994 que exige respetar "*el orden democrático y los derechos humanos*". En la jurisprudencia de la Corte se ha invocado el Tratado de Asunción con finalidades diversas: antes de la reforma de 1994 (caso "Cocchia", voto mayoritario

y disidencias) y luego de ella (caso “Cafés La Virginia”, voto de Boggiano), ambos analizados en la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

8. El cumplimiento por parte de Argentina de las recomendaciones que le formule la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada por el Pacto de San José de Costa Rica:

8.1. Recordamos que el artículo 51.2 del Pacto de San José de Costa Rica dispone que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada por el Pacto tiene competencia para producir recomendaciones a sus Estados miembros, Argentina entre ellos, recordando que las normas del Pacto tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). El referido artículo 51.2 agrega que la Comisión “fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada”. Esto significa que, si la disposición dice que “el Estado debe”, se trata de una obligación internacional, que en nuestro caso forma parte de nuestro derecho interno con jerarquía internacional. Si nuestro país no cumple con la recomendación queda sujeto a la responsabilidad que pueda imputarle la Corte Interamericana en el caso de que tome intervención en el tema, por así disponerlo la Comisión.

8.2. La Corte Suprema de nuestro país, en el caso “Espósito” (sentencia del 23 de diciembre de 2004) resolvió dar cumplimiento a una recomendación de la Comisión Interamericana en el sentido de que la Justicia de nuestro país no debía considerar prescripto un delito por violación de los derechos humanos, en razón de que la dilación del trámite judicial se había debido a deficiencias en su tramitación. La Corte decidió en consecuencia con invocación del precedente “Bulacio vs. Argentina”, donde la Comisión también había declarado la responsabilidad internacional de nuestro país por la deficiente tramitación del expediente. Un caso típico de falta de gestión de calidad, es decir de burocratización de nuestra Justicia. Vergüenza internacional para nuestra querida patria.

8.3. El fallo de la Corte es una conjunción de votos con diferentes argumentaciones que llegan a una decisión común, porque de lo contrario no tendría una sentencia judicial de la Corte. Nos interesa hacer referencia al voto conjunto de Petracchi y Zaffaroni, quienes dicen que “solamente es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado

argentino restringiendo fuertemente el derecho de defensa y el derecho a un pronunciamiento en un plazo razonable, restricciones éstas dispuestas por el propio tribunal internacional”. Esto se dice porque la Comisión Interamericana reprocha a nuestro país la duración (extrema, por supuesto) del juicio, y nuestros jueces defienden esa dilación en aras del derecho de defensa. Nosotros tenemos claro que la dilación o tortuguismo de nuestra Justicia es la clave de nuestra burocracia judicial, una administración del proceso llena de tiempos muertos, ajena al sentido práctico del derecho anglosajón. No está en el espíritu de nuestros magistrados imponer la gestión de calidad para lograr una sentencia justa en tiempo real.

8.4. El voto de Fayt es más frontal y lo es en disidencia de la mayoría. Porque sostiene que la Argentina, es decir su Corte Suprema en el caso, no tiene “en modo alguno que asumir que los jueces nacionales se encuentren obligados a declarar la imprescriptibilidad en esa causa como derivación de lo resuelto en el caso «Bulacio»”, porque “tal solución implicaría asumir que la Corte Interamericana puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo concreto”. Señala “que ello no importa en modo alguno negar el carácter vinculante de lo decidido, pero destaca que dentro de las formas en las que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido se encuentra el denominado ‘deber de justicia penal’, que no es otra cosa que el reconocimiento del deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurren en violación de derechos humanos a fin de que su tutela no se vea erosionada por la impunidad”. Nosotros observamos que todo ello está muy bien, pero no que los juicios se desentiendan del tiempo, porque el tiempo es la vida de los derechos, como lo es de la vida humana. La eficiencia de la Justicia no es una cuestión de marketing empresarial sino de ética. Recientemente la Corte Suprema le concedió una actualización jubilaria a un hombre de 95 años, cuando hacía veintidós años que había iniciado el trámite respectivo. El recurso extraordinario tramitó seis años en la Corte. La retroactividad que le pagaron fue muy importante, pero hace seis meses que se ha muerto su esposa; no quiero seguir analizando el tema, saquen sus conclusiones los lectores (caso “José Lampugnani”, sentencia del 13 de marzo de 2008, de la cual dio noticia el diario *Clarín* en su edición del 29 de marzo de ese año).

CAPÍTULO SEGUNDO

SUBPRINCIPIO DE CONTROL

A) Nociones generales

1. La supremacía de la Constitución y los tratados que comparten ese rango sobre los demás tratados, leyes, decretos, sentencias y actos emanados de la autoridad o de los particulares tiene que ser garantizada mediante algún sistema de fiscalización dirigido a asegurar que las normas superiores prevalezcan en su aplicación sobre las normas o actos inferiores del ordenamiento jurídico. Si no hay control, la supremacía es un simple enunciado y la Constitución dejaría de ser rígida, pues podría ser modificada por los poderes ordinarios del Estado al dictar normas o actos que se opusieran a lo prescripto por el vértice del ordenamiento jurídico. De esta forma, el control hace a la noción misma de constitución rígida y suprema.

1.1. El derecho existe bajo la condición de que sus prescripciones se impongan, de forma tal que si existe violación de la supremacía constitucional, ésta sólo será resguardada si está previsto algún mecanismo o sistema de reparación en manos de alguno o algunos órganos independientes de aquellos que crearon las normas o actos infraconstitucionales, quienes deberán dejar de lado la violación y asegurar la efectiva vigencia de la norma suprema. Esto es lo que en derecho constitucional se denomina sistema de control de constitucionalidad *stricto sensu*.

1.2. En suma, quienes tengan la potestad estatal de contralor disponen de una poderosa herramienta política. De allí el peligro demo-

crático que siempre se señaló de que tal función permanezca en manos de pocos hombres sin legitimidad popular directa, como ocurre en todos los Estados de Derecho más allá de los diversos sistemas que implementen; es la denominada “dificultad contramayoritaria” (Nino y Gargarella).

2. No obstante, en todo sistema constitucional existen otros mecanismos destinados a limitaciones recíprocas entre los poderes del Estado que, en definitiva, también tienden a asegurar la supremacía. En sentido lato, éstos también funcionan como sistema de control como por ejemplo en Argentina cuando el Ejecutivo veta un proyecto de ley por reputarlo inconstitucional o cuando el Congreso suspende el estado de sitio declarado durante su receso por el Ejecutivo o cuando el gobierno federal interviene en una provincia para garantizar la forma republicana de gobierno subvertida.

3. En sentido estricto, el control de constitucionalidad consiste en cotejar la norma o acto impugnados con la norma suprema y, en caso de constatar su incompatibilidad formal (vicio en el procedimiento de creación) o sustancial (vicio en el contenido), desplazar a los primeros, a cuyo efecto se los declara inconstitucionales. En suma, siempre se ejerce control cuando se efectúa la mentada operación de comparación o confrontación normativa, ya sea que su resultado sea dejar de lado la norma impugnada por contradecir la Constitución del Estado como “ley” suprema o confirmar su armonía con ésta.

4. Este control, en nuestra opinión, puede llevarse a cabo a través de tres sistemas, a saber:

4.1. Control político: según el cual las normas inconstitucionales son invalidadas *erga omnes* (derogadas o nulificadas) por los órganos encargados de efectuar el control. De este modo, el órgano controlante se constituye en un poder político con facultad para desautorizar a los órganos políticos ordinarios, toda vez que éstos violen las normas constitucionales. Este sistema, por lo general, funciona a cargo de órganos especiales (diferentes de los órganos judiciales ordinarios), integrados por numerosos miembros designados por los órganos de gobierno (aunque en algunos casos también intervienen en la designación los órganos judiciales) por un período determinado.

4.1.1. Son los casos de la Corte Constitucional de Alemania (sus

18 miembros son nombrados por mitades por el *Bundestag* y por el *Bundesrat* por 12 años); del Tribunal Constitucional de España (12 miembros nombrados por el Rey por 9 años, a propuesta: del Congreso de los Diputados, 4; del Senado, 4; del Gobierno, 2, y del Consejo General del Poder Judicial, los 2 restantes); de la Corte Constitucional de Italia (15 miembros nombrados por 9 años de a tercios por el Parlamento, el presidente y la Magistratura), y del Consejo Constitucional de Francia (integrado por los ex presidentes de la República y por 9 miembros designados por 9 años por tercios por el presidente y los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional).

4.1.2. Según nuestra opinión, aunque los órganos de control fueran los tribunales judiciales permanentes, pertenecen al sistema político si el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es invalidar las normas contrarias a la Constitución (el control político no depende de su origen sino de su función).

4.1.3. Existen dos grandes formas de control político (con efectos *erga omnes* en todos los casos): a) *Reparador*: contra normas ya sancionadas (se hayan aplicado o no); en general, la declaración de inconstitucionalidad no produce efectos para el pasado; la legislación invalidada produce sus efectos hasta el momento de su derogación. b) *Preventivo*: contra proyectos de normas que están en trámite de sanción para evitar que esto último acontezca; por ejemplo en Francia, el Consejo Constitucional puede ser consultado por el presidente de la República, por el primer ministro, o por los presidentes de las Cámaras del Parlamento sobre la constitucionalidad de una ley en trámite.

4.2. Control judicial: en este caso los órganos de control (usualmente los órganos judiciales ordinarios, pero no necesariamente), cuando declaran la inconstitucionalidad de la norma o acto incompatibles, lo que hacen es que pierda eficacia en el caso (efecto *inter partes*), pero sin derogarla (la norma conserva su validez para el futuro), al determinar los hechos y el derecho aplicable en un caso concreto. Este sistema nace con la interpretación de la Constitución de los EE. UU. que hizo la Corte Suprema de ese país en 1803 (caso "Marbury vs. Madison"). Este sistema admite las modalidades siguientes:

4.2.1. Según los órganos que lo ejercen, el control puede ser: a) *Concentrado*: cuando sólo le corresponde a un órgano judicial especial

resolver acerca de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. b) *Difuso*: cuando lo puede efectuar cualquier juez del Estado, sin perjuicio de llegar por apelación hasta el Tribunal Supremo (como ocurre en la Argentina y en los EE. UU.).

4.2.2. Según la vía utilizada para ejercer el control, éste puede ser: a) *Por vía directa*: a través de una acción cuyo único objeto es cuestionar la constitucionalidad de una norma. La acción puede ser ejercida por parte interesada, incluido aquel que debe cumplir la norma, aunque en definitiva a él no lo afecte, o por los órganos públicos que de oficio promueven la acción ante los órganos judiciales competentes. b) *Por vía indirecta o incidental*: a través de excepciones opuestas en el trámite de un proceso (que no tiene por objeto principal resolver la cuestión de inconstitucionalidad), las que pueden ser promovidas por parte interesada o de oficio (por los propios jueces que tramitan el juicio donde surge la inconstitucionalidad), sea para resolver ellos o para elevarlo a un tribunal competente.

4.3. Control mixto: según el criterio clasificatorio utilizado (por los efectos de la declaración de inconstitucionalidad) es aquel donde el o los órganos encargados de controlar la constitucionalidad de las normas, según los casos, derogan (efecto *erga omnes*) o inaplican (efecto *inter partes*) la norma cuestionada por violar la supremacía constitucional. Es el caso argentino a partir de la reforma constitucional de 1994 al incluir la nulidad absoluta e insanable para las disposiciones legislativas tomadas por el presidente (art. 99, inc. 3º, párr. 2º, CN), que viene a complementar nuestro tradicional sistema de control de origen norteamericano.

B) Control judicial de constitucionalidad en Argentina

1. En nuestro país es realizado por el Poder Judicial a través de la declaración de inconstitucionalidad siguiendo el tradicional modelo norteamericano. Sobre esa matriz creemos que la reforma de 1994 ha introducido una sana variante al permitir –sólo en ciertos supuestos– que los jueces declaren la nulificación de una norma. Así, la Constitución reformada en 1994 ha organizado un sistema de control de la supremacía constitucional mixto, dirigido a lograr la efectiva vigencia

de todas las normas supremas, porque mayoritariamente sus efectos se reducen a las partes involucradas y, en otros, las exceden.

2. El primero tiene por efecto no invalidar la norma inconstitucional, sino hacerla ineficaz para el caso. En cambio, la segunda forma de control (la nulificación) surge del artículo 99, inciso 3º, párrafo 2º CN que prevé la sanción que acarrea la prohibición para el Ejecutivo de “emitir disposiciones de carácter legislativo” (decretos de necesidad y urgencia, delegados, y de promulgación parcial) fuera del marco constitucional; se extiende para los supuestos previstos en el artículo 36, párrafo 1º *in fine* CN (“insanablemente nulos”), con la histórica disposición del artículo 29, parte 2ª CN (“nulidad insanable”). Estas previsiones acerca de la “nulidad”, “absoluta” e “insanable”, como categorías constitucionales significan, a nuestro entender, haber institucionalizado en nuestro país la competencia de los jueces para que este tipo de inconstitucionalidades (en rigor, nulificación), con el específico efecto *erga omnes* de todas las nulidades absolutas, su carácter no retroactivo y su imposibilidad de convalidación ulterior, puedan declararse incluso de oficio.

2.1. De este modo, luego de la reforma de 1994, no toda declaración de inconstitucionalidad tendrá mero efecto *inter partes*, sino que en los casos en que el presidente disponga medidas legislativas al margen de la Constitución tendrá efectos *erga omnes*. Empero, este nuevo control de constitucionalidad no significa que los jueces sustituyan a los representantes del pueblo. Muy por el contrario, lo que hace es reafirmar la función legislativa del Congreso ante la intromisión no autorizada por la Constitución por parte del Ejecutivo (art. 99, inc. 3º, párr. 2º, CN), o la soberanía del pueblo conculcada por actos de fuerza (art. 36, párr. 1º, CN), o el otorgamiento de facultades extraordinarias (art. 29, CN). Los presupuestos y alcances de esta sanción constitucional se desarrollan, respectivamente, al estudiar los diversos temas implicados: decretos de necesidad y urgencia entre las atribuciones normativas del presidente; la interrupción de la observancia de la Constitución en el subprincipio de contingencia, y la prohibición de otorgar y ejercer facultades extraordinarias en el subprincipio de no concentración.

2.2. Una década antes de la reforma de 1994, la Corte federal in

extremis –días antes de recuperarse el Estado de Derecho en Argentina (diciembre '83)– curiosamente sienta un valioso y aislado precedente (caso “Cabrera”, F. 305:2150) declarando la “nulidad ab initio” de un tratado internacional por violar normas imperativas del derecho internacional (art. 53, Convención de Viena de 1969), que “por su carácter absoluto y dada la índole laboral del juicio debe ser declarado por el tribunal aun sin petición de parte (art. 1047, CC y doctrina de F. 301:294, con. 8) [...] La invalidez se retrotrae a la fecha misma del acto nulo como si éste nunca hubiera tenido lugar” (c. 11 de la minoría compartido por la mayoría). Una particularidad es que tal declaración se hizo prescindiendo de los artículos 27 y 31 CN, es decir, sin invocar la supremacía de la Constitución sino la del *ius cogens* (ver su análisis en delitos de lesa humanidad), aunque se apoya también en una norma civilista. Lo único que no llega a decir expresamente es que tal nulidad tenga efectos *erga omnes*, lo que hubiese sido su lógica consecuencia. Se trataba del Acuerdo de Base de 1977 (aprobado por ley de facto 21.756) entre Argentina y un organismo intergubernamental (Comisión Técnica Mixta de Salto Grande) que al otorgarle inmunidad absoluta negaba todo reclamo judicial a los particulares contra éste tanto en la Argentina como en cualquier Estado y aun en sede internacional y, por ende, constituía una hipótesis de privación de justicia y una negación del acceso a la jurisdicción.

3. La posibilidad de declarar inconstitucional el derecho infraconstitucional por parte de los jueces surge de varias cláusulas: a) Del artículo 116 CN cuando dispone que “*Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75*” (la Ley 27, que establece la obligación de los tribunales federales de “sostener la observancia de la Constitución Nacional”); b) de los artículos 5º; 27; 28; 31; 75, inciso 22; 99, inciso 2º CN, donde se consagran los distintos tipos de supremacía, según vimos, y c) del artículo 43, párrafo 1º *in fine* CN al decir que “*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*” cuando hace lugar a un amparo.

4. Procede sólo cuando la oposición entre una norma infraconsti-

tucional —o alguna de sus partes— y la Constitución (ya sea por vicios de procedimientos o de contenido de la norma o acto infraconstitucional) es clara e ineludible. Una monocrorde doctrina de la Corte federal coloca fuertes cortapisas al control al considerar que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico (F. 14:432; 242:73, y 247:121, entre tantos otros), y en sintonía con ello, que se debe presumir la constitucionalidad de los actos públicos (F. 200:128), lo cual obliga a quien sostiene la incompatibilidad con normas supremas a demostrarla acabadamente. En contra de esto último se pronuncia la disidencia de Petracchi-Bacqué en el caso “Repetto” de 1988 (c. 7), analizado en *status* de extranjeros y en subprincipio de razonabilidad.

5. Nacimiento del control judicial de constitucionalidad:

5.1. En los EE. UU. nace con el famoso caso “Marbury vs. Madison” de 1803:

Hechos: el presidente Adams se apresuró a cubrir cuarenta y dos vacantes de nuevos jueces pues su partido (el Federalista) había perdido las elecciones presidenciales ganadas por el candidato demócrata Jefferson, lo que también motivó la designación del hasta entonces secretario de Estado, John Marshall, como presidente de la Corte Suprema de Justicia. Dada la premura del procedimiento, Adams no alcanzó a comunicar todas las designaciones antes de que asumiera Jefferson y éste, luego de asumir, le ordenó al nuevo secretario de Estado, Madison, no efectuar las comunicaciones pendientes. En tal situación, cuatro de los afectados, encabezados por Marbury, solicitaron a la Corte Suprema que librara un mandamiento a Madison para que éste comunicara los nombramientos; se apoyaron en la Judiciary Act de 1789 (de organización de la justicia federal, fuente de nuestra Ley 48 de 1863) que, según ellos, le otorgaba a la Corte la facultad de emitir dicho mandamiento.

Sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU.: desestimó la pretensión de Marbury, pues sostuvo que la Judiciary Act era inconstitucional dado que ampliaba la competencia originaria de la Corte a un caso no previsto en la Constitución, que es donde está fijada esa competencia. Por ello, estando en conflicto una ley ordinaria con la

Constitución, es función de los jueces decidir cuál de las dos debe ser aplicada, debiendo optar por la Constitución y dejar de lado la ley, pues la Constitución es la ley suprema de la Nación y las leyes sólo son válidas si son dictadas en su consecuencia.

Comentario al fallo: es el origen del contralor de constitucionalidad judicial y, por ende, el primer antecedente para los países que han adoptado el mismo sistema de control, caso de Argentina, donde además nuestra Corte permanentemente invocará precedentes norteamericanos para resolver casos que se le sometan (ver el tema en interpretación constitucional). Lo curioso de este pionero fallo es que el presidente de la Corte norteamericana era el mismo Marshall. Allí se anuda la necesidad del control como deber ineludible de los jueces con la idea de la constitución escrita y rígida, de la cual se deriva la noción de supremacía constitucional.

5.2. *En Argentina:*

5.2.1. Desde 1863, año en que se instaló la Corte Suprema, hasta 1887, el Alto Tribunal no se pronunció sobre la inconstitucionalidad de leyes nacionales. No obstante, en ese período hubo algunas declaraciones sobre otras normas: en una temprana decisión (causa V) de 1863 (caso “Ríos”, F. 1:32) así lo hizo con un decreto del Poder Ejecutivo de la Confederación por arrogarse funciones legislativas; sin teorizar respecto de la facultad judicial de control de constitucionalidad, dijo brevemente que “no tiene ningún valor legal” con arreglo al “principio fundamental de nuestro sistema político” de división de poderes y por el artículo 31 CN. En 1865, también con cita del artículo 31 CN, declaró “contraria” a la CN y por tanto “nula y de ningún efecto en la presente causa” una ley impositiva local por considerar que establecía aduanas interiores (caso “Mendoza c/Prov. San Luis” –1865–, F. 3:131), y en 1871 volvió a hacerlo con un decreto local (caso “Sociedad de Beneficencia de Sras.”, F. 11:139).

5.2.2. El pionero caso “Ríos” nos revela, al menos, que nuestra Corte no tuvo necesidad de fundar y de argumentar como lo hizo Marshall en los EE. UU. la teoría del control jurisdiccional; no hay ni una palabra al respecto; “se lo daba como un hecho conocido, aceptado y consumado ya en esa época” (Vanossi, 3). Sin embargo, ya en 1864 (causa L), también en el primer tomo de la colección *Fallos*

(caso "Calvete", F. 1:340), sentó la doctrina del control que compete a los jueces a partir de la especial misión de la Corte. Con citas de jurisprudencia norteamericana dijo: "Este tribunal es el intérprete final de la Constitución; por cuya razón, siempre que se haya puesto en duda alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda [...] la sentencia está sujeta a la revisión de la Suprema Corte". Esta sencilla doctrina sentada en "Calvete" sigue citándose hasta nuestros días a pesar de las transformaciones habidas (disidencia de Petracchi-Moliné en el caso "Ekmekdjian" de 1992, F. 315:1492, y mayoría del caso "Serra" de 1993, F. 316:2454).

5.2.3. En el caso "Sojo" de 1887 (F. 32:120) se plantea por primera vez la presunta inconstitucionalidad de una ley, en el caso por ampliar aparentemente la competencia originaria de la Corte (contradicción entre el derogado art. 20, Ley 48 y el ex art. 101, CN). Por ello, en cierto modo es el equivalente del caso "Marbury" de los EE. UU. En "Sojo" se reafirma la facultad de control aunque la mayoría de la Corte desestima la acción al entender que no tenía competencia originaria en esa causa y que la norma invocada no la ampliaba: expresamente no se pronuncia sobre la presunta incompatibilidad de la Ley 48 con el ex artículo 101 (actual 117, CN), pero sí dijo que si aquella hubiera otorgado a la Corte esa facultad habría sido inconstitucional.

5.2.4. El caso "Municipalidad de la Capital c/Elortondo" de 1888 (F. 33:162) fue el primer fallo por el cual se declaró inconstitucional una ley del Congreso Nacional, para lo cual fija definitivamente las bases de nuestro sistema de control judicial:

Hechos: el P. L. declaró por ley la utilidad pública de una franja de 30 m destinada a abrir una avenida en la ciudad de Buenos Aires (la actual Avenida de Mayo) e hizo extensiva esa declaración a los terrenos adyacentes que la Municipalidad juzgara indispensables en función de una ventaja de orden general. La viuda de Elortondo (propietaria afectada) contestó a la demanda de expropiación iniciada por la Municipalidad sosteniendo la inconstitucionalidad de la declaración de utilidad pública de la franja adyacente no utilizada en la obra vial por violar su derecho de propiedad (art. 17, CN). La suerte del planteo parecía estar definida de antemano, pues ya había sido realizado tiempo atrás en un caso más claro aún que el presente (expropiación a favor

de una empresa ferrocarrilera de una legua de tierra a cada lado de la vía en toda su longitud), que la Corte había convalidado (caso “Hue” –1867–, F. 4:311). Sin embargo, aquí la Corte se aleja de ese precedente.

Sentencia de la Corte: la mayoría hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad por reputar afectado el derecho invocado. Respecto a la función de control de la Corte, ésta dijo para ser reiterado en precedentes posteriores: “es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella”. Respecto a la justiciabilidad de la declaración de utilidad pública, remitimos a la jurisprudencia suprema sobre cuestiones políticas.

6. Características del control de constitucionalidad argentino:

6.1. *Judicial:* está a cargo sólo de los jueces. La Corte Suprema ha declarado que no le corresponde al Poder Ejecutivo, pues dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial; lo contrario implicaría aceptar la concentración del poder en una sede (caso “San Martín del Tabacal” –1967–, F. 269:243). Esta dogmática posición debe ceder ante situaciones de grosera incompatibilidad normativa, en las cuales el Ejecutivo debe abstenerse de aplicar normas que contrarían la Constitución.

6.2. *Difuso:* a cargo de cualquier juez, sea nacional o provincial, de cualquier fuero o instancia, unipersonal o colegiado. Sin embargo, el control se concentra, en última instancia, cuando lo ejerce en forma exclusiva la Corte Suprema con motivo del recurso extraordinario federal.

6.3. *Reparador:* el control se ejerce sobre normas o actos vigentes y en la medida en que al momento de resolverse la cuestión los derechos constitucionales afectados por éstas sigan estándolo (por ej. si se derogó el decreto que restringe el ejercicio de una libertad, antes de producirse la decisión judicial, la cuestión es abstracta o inoficiosa y, por ende, aunque procede el control, no cabe pronunciamiento sobre el mismo).

6.4. *Concreto:* el control se ejerce en el trámite de “*causas*” judiciales (art. 116, CN), y nunca fuera de ellas (no procede por vía de

consulta). Sólo en casos, litigios o controversias en que una parte tenga un interés que defender. Frecuentemente, este aspecto ha sido utilizado por la Corte para autolimitar la función de control a partir de una estrecha visión de qué debe entenderse por caso concreto (ver caso "Baeza" -1984-, F. 306:1125), como se anticipó en acceso a la jurisdicción y se retoma en requisitos comunes del recurso extraordinario y acción meramente declarativa.

6.5. *No procede de oficio (en principio)*: es clásica jurisprudencia de la Corte destacar que los jueces no pueden declarar por propia iniciativa, de oficio, la inconstitucionalidad de ninguna norma o acto; sólo procede a pedido de parte afectada por la presunta inconstitucionalidad en un pleito; sin este "freno" el equilibrio de poderes "se habría roto" (a partir del caso "Ganadera Los Lagos SA" de 1941, F. 190:142; luego reiterada en F. 199:466; 204:671; 234:335; 242:112; 251:279; 254:201; 257:151; 289:177, entre otros).

6.5.1. Sin embargo, la propia Corte Suprema admitió el control *ex officio* en cuestiones que afectaban su propia competencia y excedían los límites fijados por la Constitución (F. 143:191; 185:140; 238:288), tal el caso de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que pretendieron ampliar la competencia originaria de la Corte (F. 242:112).

6.5.2. A partir de 1984, aceptándose las severas críticas que siempre mereció el tradicional criterio de la Corte, se produce una apertura tanto a nivel legislativo como por vía de algunos votos disidentes.

6.5.2.1. La Ley 23.098 admitió expresamente la declaración de inconstitucionalidad de oficio en el juicio de hábeas corpus (art. 6°).

6.5.2.2. Disidencia de Fayt-Belluscio en el caso "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario" de 1984 (F. 306:303): admiten que sin previo planteo de parte, un juez de grado (no sólo la Corte) invalide una ley que regía su jurisdicción y competencia. Agregan que lo que no pueden los jueces es actuar "en abstracto", es decir, fuera de una causa concreta, pero los jueces deben suplir el derecho que las partes no invocan o lo hacen erradamente (*iura novit curia*) para asegurar la supremacía de la Constitución. Este criterio es reiterado por los citados ministros en 1987 (F. 310:1090 y 1401).

6.5.2.3. Disidencia de Boggiano en el caso "Banco Buenos Aires

Building” –1998– (F. 321:993): revisa el criterio tradicional y sienta como regla (ya no como excepción) que los jueces (de cualquier grado) pueden –y deben– examinar la validez constitucional de las normas, aun sin petición de parte, sin limitación de temas (no sólo en normas que regulan la competencia del órgano judicial). En el caso, declara la inconstitucionalidad del artículo 1º, Ley 24.318 sobre atribuciones del Banco Central en quiebras de entidades financieras. Este criterio es reiterado en el caso “Ricci” (F. 321:1058) en el que hay que sumar la disidencia de Fayt. En este caso, la minoría invalida una resolución que fijaba un tope exiguo al salario mínimo.

6.5.3. Coincidimos con la postura que auspicia el contralor de oficio por parte de los jueces por ser la que más se compadece con el principio de supremacía y con nuestro sistema judicial de contralor. De ninguna forma implica avasallamiento del P. J. sobre los demás poderes, ya que esa tarea es de la esencia misma de la actividad de los jueces; no afecta la presunción de legitimidad de los actos estatales ya que ello es meramente provisional y cede ante la comprobación y declaración de invalidez de las normas efectuadas por los jueces, y tampoco viola la defensa en juicio, pues si así fuese debería descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada, sin perjuicio de que bien puede el juez otorgar traslado a las partes en forma previa a cualquier declaración de inconstitucionalidad no peticionada por éstas.

6.6. *Vía incidental o indirecta (en principio)*: el control se ejerce a través de la denominada “excepción de inconstitucionalidad” opuesta por una parte con interés jurídico en el asunto. El concepto de excepción en esta materia debe entenderse en su alcance amplio, en el sentido de que se procura excluir un caso determinado de lo que se dispone como regla general. Sin embargo, hay que tener en cuenta que también se pone en funcionamiento el sistema de control en forma directa por vía de amparo o de acción declarativa de constitucionalidad (ambos temas se estudian en procesos constitucionales).

6.7. *Efecto “inter partes” (en principio)*: usualmente el control le hace perder eficacia a la norma declarada inconstitucional que no se aplica sólo en la causa donde tramitó la inconstitucionalidad (la norma no pierde validez y puede ser aplicada en el futuro). Es constitutiva

en el sentido de que sus efectos para el caso recién se producen con la declaración misma de inconstitucionalidad. Como ya dijimos, luego de la reforma de 1994 se habilita el efecto *erga omnes* en los casos del artículo 99, inciso 3º, párrafo 2º CN.

6.8. *Incompleto*: ya que los jueces no pueden sustituir el criterio político de mérito, oportunidad o conveniencia de los poderes políticos; de lo contrario se violaría la división de los poderes. Además, hay que tener presente que en virtud de la extensa recepción por nuestra Corte federal de la doctrina de las denominadas cuestiones políticas hay materias que estarían exentas de control judicial como se estudia más adelante. En efecto, mientras la Corte sentaba tempranamente las bases teóricas del control en Argentina, en forma paralela admitió esta autolimitación ya en 1893 (caso "Cullen", F. 53:420). Un tema de especial significación es la discusión acerca de si este control puede extenderse también a una reforma constitucional (ver su estudio en subprincipio de rigidez en principio de estabilidad).

7. Inconstitucionalidad por omisión:

7.1. Usualmente, cuando los jueces declaran inconstitucional una norma o un acto de los poderes públicos, lo que hacen es impedir que dicho acto o norma se aplique al caso concreto. Asimismo, la violación constitucional puede producirse no por incompatibilidad de normas infraconstitucionales con la Constitución, sino por ausencia o falta de regulación, estando ésta prescripta por la propia Constitución. Aquí se plantea la problemática de la omisión inconstitucional que es necesario distinguirla del supuesto en que, declarada inconstitucional una norma, no haya regulación aplicable al caso puesto que la existente fue declarada incompatible con las normas supremas.

7.1.1. Ejemplo del último supuesto lo constituye el caso "Baker vs. Carr" de 1962, donde la Corte de los EE. UU. —modificando una inveterada jurisprudencia negatoria— luego de declarar inconstitucional el régimen electoral del Estado de Tennessee por considerarlo insuficientemente representativo, ordenó al tribunal de justicia interviniente que sustituyera la omisión de la Legislatura estatal de dictar un nuevo sistema electoral; es decir, que no sólo se impidió la aplicación de la ley inconstitucional, sino que se dispuso el régimen electoral a ser utilizado en los comicios (porque de lo contrario no podrían éstos

realizarse, ya que la Legislatura del Estado no se mostraba inclinada a modificar esa legislación por intereses políticos).

7.2. Quien ha efectuado brillante defensa de la pertinencia de la llamada declaración de inconstitucionalidad por omisión, en nuestra doctrina, ha sido Bidart Campos, que destaca que la fuerza normativa de la Constitución no se circunscribe a prohibir que se la transgreda afirmativa o positivamente por una actividad contraria a ella o a impedir, sino que también se proyecta a ordenar que no haya abstenciones o dilaciones que cohiban su aplicación efectiva. La trascendencia de esta variante del control de constitucionalidad radica en que por su intermedio se puede “romper” con la inercia legisferante que se cobija bajo los ropajes de las normas programáticas que históricamente le han restado fuerza normativa al texto constitucional.

7.3. La omisión inconstitucional se puede consumir por incumplimiento (demora, inacción, abstención) tanto del Poder Legislativo (omitir reglamentar una norma constitucional o de un tratado internacional, ambos programáticos) como del Poder Ejecutivo (omitir reglamentar una ley). En cualquiera de esas hipótesis, la omisión inconstitucional se puede reparar de dos formas por el juez: compeliendo al órgano remiso a dictar la reglamentación legal en el plazo que se fije o, directamente, procediendo a integrar la “laguna” al resolver el caso con efecto limitado al mismo. En ambos casos, la facultad judicial es supletoria (por la inactividad de los órganos políticos) para disponer (en mayor o menor medida) y no sólo para impedir.

7.4. Un importante aporte de la reforma constitucional de 1994 es la inclusión en el nuevo artículo 43, párrafo 1° *in fine* de la posibilidad de que –en el trámite del amparo– el juez declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto “*u omisión lesiva*”. De esta forma, la vía judicial por excelencia para poner en funcionamiento el control de la inconstitucionalidad por omisión en la Argentina es el amparo como género de tutela en cualquiera de sus especies (amparo propiamente dicho, hábeas data, hábeas corpus, acción declarativa de certeza, todos estudiados en contralor de constitucionalidad).

7.5. Como el presupuesto de la inconstitucionalidad por omisión es el incumplimiento de un órgano estatal, se hace necesario distinguir si la norma que se incumple fija un plazo para su reglamentación, que

es lo menos frecuente (ej. D. T. 3^a, 6^a, 13^a y 15^a) o, por el contrario, si guarda silencio como ocurre en la mayoría de los casos (ej. art. 14 bis; art. 75, inc. 23, párr. 2º; art. 24 *in fine*, entre tantos otros). En el primer supuesto, es obvio que la omisión inconstitucional se consuma una vez vencido el plazo. En cambio, en el segundo, la cuestión es más ardua: ante la falta de parámetro objetivo predeterminado, el intérprete deberá evaluar qué lapso debe aguardarse para que la demora o inacción se torne inconstitucional.

7.6. Todo lo dicho no resulta tan novedoso en el derecho argentino, pues antes de la reforma a la Constitución Nacional de 1994, ya la Constitución de Río Negro de 1988 consagraba expresamente una particular acción de inconstitucionalidad por omisión (art. 207.2.d) que la colocó en la vanguardia en este tema (Sagüés, 5). El Superior Tribunal de esa provincia admitió la procedencia de esta acción en el caso "Gómez" -1996- (L. L. 1997-D-59), incoada por un grupo de rionegrinos en instancia originaria y exclusiva luego de presentar un pedido a la Legislatura local sin resultado positivo para que operativizara la revocatoria popular de leyes prevista en su Constitución. El Alto Tribunal local estimó que la Legislatura estaba obligada a dictar la ley omitida por haber transcurrido un plazo razonable para sancionarla (8 años desde su inclusión en la Constitución local), y fijó un término para ello (el próximo período legislativo).

7.7. En el orden federal, entendemos que la Corte Suprema operó de manera similar en el caso "Ekmekdjian" de 1992 (F. 315:1492), estudiado en la evolución judicial del derecho de réplica. En ese caso, a falta de reglamentación legislativa de ese derecho receptado en el artículo 14.1 C. A. D. H., la Corte, luego de reconocer la existencia de un derecho constitucional afectado por la imposibilidad de replicar por la parte actora, dispuso que ésta lo hiciera de acuerdo a la regla según la cual tenía derecho a que, en la audición televisiva donde fue agraviada su creencia religiosa, se leyera una página de su autoría que plasmara su desagravio.

8. Doctrina de las cuestiones políticas:

8.1. Funciona como límite al control de constitucionalidad de los jueces al abstenerse éstos de entender en aquellas materias discrecionales, propias, privativas de los otros órganos constitucionales y que,

por ende, las declaran no justiciables. Para ello se sostiene que la plena justiciabilidad de todas las cuestiones (incluidas las políticas) implicaría la ruptura de la separación de los poderes y el establecimiento del gobierno de los jueces. Es decir, que funciona como una autolimitación (*self-restraint*) de los jueces a su facultad de contralor de la supremacía constitucional.

8.2. La doctrina sobre la no justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas es de origen jurisprudencial norteamericano y fue receptada tempranamente por nuestra Corte Suprema. Este origen y desarrollo pretoriano la hace esencialmente dinámica, cambiante y nunca definitivamente concluida en cuanto a los casos que abarca. En los últimos años, lo que se advierte, en ambas Cortes Supremas, es un paulatino acrecentamiento del control judicial sobre materias que antes se reputaban no justiciables.

8.3. Existe un debate acerca de la pertinencia de esta doctrina o si, en cambio, corresponde sostener la plena justiciabilidad de esas cuestiones, lo cual obliga a efectuar una indagación sobre qué se entiende, en rigor, por “cuestión política”, de acuerdo con los usos jurisprudenciales y con un análisis teórico del asunto.

8.4. La polémica entre los partidarios de la plena justiciabilidad y sus detractores se desenvuelve sobre las siguientes argumentaciones: si los jueces no intervienen en estos casos, ello equivale a una denegación de justicia; la división de los poderes no se altera, sino que se robustece, cuando el Poder Judicial controla los excesos de los poderes políticos; la discrecionalidad de los poderes políticos no implica arbitrariedad; el Poder Judicial es el moderador de los otros poderes. Frente a estos argumentos, los partidarios de la no justiciabilidad sostienen: los poderes políticos son los únicos competentes para decidir en este ámbito; lo contrario altera la forma republicana de gobierno, pues los jueces concentrarían poderes que le son ajenos; ello se traduce, en rigor, en el gobierno por parte de los jueces; si los poderes políticos cometen excesos en este ámbito, el control, en definitiva, lo debe ejercer el pueblo.

8.5. A nuestro entender esta antinomia no ha puesto en claro un presupuesto fundamental: distinguir correctamente, por un lado, el cam-

po de la “libertad” que debe tener toda decisión de gobierno, y, por otro, el control judicial de la decisión política en el marco constitucional.

8.5.1. Toda decisión política tiene un momento de “libertad” inexcusable que no puede ser interferido por los jueces; ese momento es el quid del acto de gobierno que decide sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de una medida, sobre la resolución de un conflicto de intereses no reglado o sobre la conveniencia de la elección de un medio para obtener un fin buscado. Dicho momento es necesariamente discrecional, aunque ocurra dentro de un marco normativo, porque el derecho no regula toda la conducta del gobernante, sino que le pone límites para evitar los excesos no queridos.

8.5.2. Todo acto de gobierno es susceptible de ser reglado por el derecho, lo cual no significa que quede aniquilada la esencia discrecional que, según vimos, contiene. No hay materias que en sí no puedan ser reguladas por el derecho (como se ha pretendido con la forma republicana de gobierno, con los sistemas electorales, con la declaración del estado de sitio) y que, por ende, puedan dar lugar a una cuestión política. La decisión política en su momento discrecional no puede ser interferida ni sustituida por los jueces por tratarse de una decisión sobre hechos o situaciones nuevas (no previstas en las normas), aunque la calificación jurídica de esos hechos o el procedimiento para tomar la decisión estén reglados por el derecho. Ello no significa que los jueces declinen conocer sobre las extralimitaciones del gobierno producidas al marco constitucional.

8.5.3. Ello implica que, si bien los jueces no pueden disponer sobre los hechos de gobierno, una vez que éstos están dispuestos por los gobernantes, aquéllos pueden efectuar la respectiva calificación jurídica de dichos hechos o verificar si la calificación hecha por el gobernante se adecua al marco constitucional (el político decide si hay o no conmoción interior para declarar el estado de sitio, el juez no puede aceptar que la conmoción invocada por el gobernante sea, por ej., la existencia de disidencia por parte de la oposición sobre la conveniencia de la política del gobierno).

8.5.4. Todo acto político producido por los órganos del Estado está fundado en normas de competencia que distribuyen el poder y lo organizan. Por virtud de dichas normas que se dan en diversos ámbitos

(personal, temporal, territorial y material), los actos políticos están limitados a no ser otra cosa que lo previsto en las normas (las normas de competencia suelen establecer también el procedimiento a seguir para realizar los actos). Si el órgano deforma la competencia que lo hace órgano, ya no es libre para comportarse como tal; él tiene poder en razón de su competencia (otorgada por la norma), que regula (establece) el ámbito dentro del cual es “libre”. Por lo tanto, el exceso (salirse de) en el ejercicio de la competencia por parte de los órganos políticos engendra una cuestión justiciable, esto es, puede ser juzgada a la luz de las normas de la Constitución. En cambio, no debe estar sujeta a control la decisión sobre la oportunidad, mérito o conveniencia.

8.6. Precisamente, el artículo 116 CN al referirse a “*todas las causas*” significa que es el Poder Judicial el encargado de dirimir las llamadas “causas políticas” y no otro, porque el texto no distingue y no atribuye a otro poder el ejercicio de este control. Sólo dentro de este contexto es correcto hablar de plena justiciabilidad (no en el sentido de que los jueces tomen decisiones políticas, sustituyendo a los órganos que realizan actos de ese tipo), y sólo en tal sentido es correcto sostener que la inadmisibilidad de la justiciabilidad de los excesos en el ejercicio de la competencia por parte de los órganos públicos equivale a negar el Estado de Derecho y establecer el gobierno basado en la sola voluntad de los hombres.

8.7. El punto de toque de la doctrina sobre las cuestiones políticas está en precisar cuándo el acto político excede su competencia. De tal manera, el acto es político no justiciable cuando consiste en:

8.7.1. Declarar la existencia de hechos supuestos en la Constitución (por ej. la acefalía, la conmoción interior, la utilidad pública, la subversión de la forma republicana de gobierno). La afirmación de que dichos sucesos ocurren efectivamente, en principio, no puede ser discutida por los jueces, ello no se demuestra como se prueban los hechos en una causa; los jueces deben tener por probado el suceso por el solo reconocimiento del órgano político (por eso el acto es discrecional). Pero si el órgano político le asigna a un hecho un carácter que implique contradecir a la Constitución, se viola la competencia material de esta última y cabe la revisión. Por ejemplo si el gobierno federal declara que se ha subvertido la forma republicana de gobierno porque las

autoridades locales no pertenecen a la misma orientación política que las federales, o si declara que hay conmoción interior por simple conveniencia del partido gobernante (este tema se retoma al estudiar estado de sitio y la procedencia del hábeas corpus en el principio de estabilidad).

8.7.2. Decidir acerca del medio apropiado para cumplir con el fin previsto en la competencia constitucional (por ej. fijar la cuantía del presupuesto nacional o establecer el régimen electoral). Dicha competencia sólo será controlable cuando el medio no sea razonable en relación con el fin previsto.

8.7.3. Regular una actividad que, en caso contrario, puede ser ejercida discrecionalmente (por ej. cuando el Congreso dicta la ley de acefalía, los jueces no pueden declararla inconstitucional, salvo que el medio empleado –técnica de sucesión– no permitiera cumplir con el fin buscado: llenar la vacancia de la presidencia de la Nación).

8.8. Como se ve, la denominada justiciabilidad de las cuestiones políticas, que en principio sólo versa sobre cuestiones de derecho y no de hecho, frecuentemente también exige a los jueces ocuparse de discernir cuándo los hechos vulneran al derecho y cuándo no. En esto hay, por lo común, cierto temor sobre la prudencia política de los jueces; se olvida que en todos los casos en que un juez declara inconstitucional una norma impide que la decisión política del legislador se cumpla. Esta facultad de impedir es política e intrínseca al sistema de control de justiciabilidad vigente en la Argentina.

8.9. Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la doctrina de las cuestiones políticas:

8.9.1. A través del tiempo ésta no ha sido totalmente uniforme, lo que obliga a estudiar diversas materias que tradicionalmente han sido consideradas cuestiones políticas, entre las cuales se advierten cambios a partir de las diversas composiciones del Alto Tribunal.

8.9.2. Procedimiento legislativo e intervención federal:

Caso “Cullen c/Llerena” –1893– (F. 53:420):

Hechos: el 30 de julio de 1893 se produce en Santa Fe un movimiento de fuerza que lleva al poder a M. Candiotti. Ese mismo día el Senado Nacional aprueba un proyecto de ley por el cual se inter-

vienen las Provincias de Buenos Aires y Santa Fe, se declara en las mismas el estado de sitio y se autoriza al Poder Ejecutivo a movilizar en ellas la Guardia Nacional. Dos días después, la Cámara de Diputados rechaza en general el proyecto de referencia y luego sanciona otro proyecto de ley que declara intervenidas las Provincias de Santa Fe y San Luis y autoriza al Poder Ejecutivo a movilizar la Guardia Nacional en ellas, proyecto convertido en ley por el Senado. En cumplimiento de esta ley de intervención, el presidente designa interventor en Santa Fe a Baldomero Llerena. Joaquín Cullen, en representación del gobernador Candiotti, se presenta en instancia originaria ante la Corte Suprema solicitando se deje sin efecto la intervención federal invocando la inconstitucionalidad de la ley de intervención por violar el procedimiento legislativo, en concreto, el entonces artículo 71 CN, según el cual “Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año” (precepto reiterado en el actual art. 81, CN).

Sentencia de la Corte: la mayoría no hace lugar a la acción, de acuerdo con los siguientes fundamentos: a) La Corte carece de jurisdicción en la causa por razón de la materia sobre la que versa; la intervención es del resorte de los poderes políticos y sus decisiones no pueden ser controvertidas en sede judicial; no pueden contestarse las facultades de los poderes políticos, tanto sobre el fondo como sobre la forma de las deliberaciones: “Es una regla elemental de nuestro derecho político que cada uno de los tres altos poderes aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella le confiere respectivamente”; b) no compete a ella examinar la aplicación que las Cámaras del Congreso han hecho del ex artículo 71; c) el demandante no trae a discusión una contienda entre partes, por derechos individuales de particulares o del Estado, vulnerados por una ley del Congreso y protegidos por la Constitución directamente (no produce un verdadero caso judicial).

Disidencia de Luis V. Varela: en un extenso voto declaró que la cuestión era justiciable, por los siguientes argumentos: a) Que si la Constitución le ha dado a los tribunales federales el conocimiento y decisión de “todas las causas” (ex art. 100, actual 116, CN), no puede racionalmente hacerse exclusión de algunas causas para declarar sobre

ellas la incompetencia de los tribunales. Esto no significa, sostuvo, que las funciones dadas por la Constitución exclusivamente a los poderes políticos sean justiciables por el Poder Judicial, siempre que la ley o el acto del Poder Ejecutivo no entren en conflicto con la Constitución, pues si ello ocurre, siempre surgirá un caso judicial; b) además, consideró incorrecto afirmar que la jurisprudencia de los EE. UU. haya sostenido que las leyes políticas escapan al juicio de los tribunales porque no hay ley que no pueda ser juzgada por los jueces de la Nación cuando ocurre un caso judicial; c) los tribunales no deben intervenir cuando se pretende que decidan sobre puntos donde no existen controversias de intereses o de derechos, es decir, en casos que se refieran a cuestiones de soberanía.

Comentario al fallo: la decisión de la mayoría es deficiente al realizar consideraciones erróneas sobre diversos temas: a) confunde la atribución de competencia con la justiciabilidad de la cuestión, es decir, con la consideración como política de la misma; b) da similar tratamiento a la cuestión de forma (única planteada por la demanda) como a la de fondo, pues sólo argumenta sobre el carácter político de la medida que decide la intervención federal (cuestión reconocida por la misma parte actora) y no funda debidamente por qué es política la aplicación por el Congreso de las normas que fijan el procedimiento para la formación de las leyes. Ello significa, entonces, que cuando la Constitución fija el procedimiento para hacer las leyes, puede no ser respetado, quedando a criterio de las Cámaras hacer las leyes por el procedimiento que mejor les parezca (por ej. exigiendo mayorías especiales cuando la Constitución no lo exige o a la inversa), con lo cual la Constitución en esa parte no sería derecho, pues las competencias se fijarían para ser cumplidas si el destinatario lo desea (las normas constitucionales serían consejos políticos o normas de conveniencia); c) de este fallo se desprende la dudosa doctrina según la cual sólo hay caso judicial cuando hay contienda entre partes por derechos individuales encontrados (sean de particulares o del Estado), pero no para dirimir las cuestiones de competencia entre los órganos del Estado. Esta tesis convierte en flexible a nuestra Constitución. Para nosotros, la conclusión de la sentencia debió haber sido la contraria por tratarse de la interpretación de una norma constitucional (el ex

art. 71) en oposición con la ley de intervención a Santa Fe, no negando su intervención en las cuestiones de procedimiento e interpretando que el proyecto convertido en ley no es el mismo que fuera rechazado anteriormente (y esto fue en rigor así, pues la ley sancionada no declaraba el estado de sitio ni intervenía la Provincia de Buenos Aires y sí la de San Luis, a diferencia del primer proyecto). De esta forma, la Corte no habría producido un precedente tan equívoco y tan negativo para los casos futuros, en los cuales se observa una paulatina moderación como vemos más adelante. Con relación al voto del juez Varela, entendemos que es en general correcto y bien fundado, aunque no logra precisar con acierto el concepto de cuestión política cuando la refiere sólo a la solución de conflictos vinculados a la soberanía nacional; parece excesivo que ello sea así.

8.9.3. *Procedimiento utilizado por la Convención Constituyente:*

Caso “Soria de Guerrero c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.” –1963– (F. 256:556): la Corte consideró cuestión política (no justificable) la referida al procedimiento utilizado por la Convención Reformadora de 1957 para aprobar el artículo 14 bis (se había objetado que, luego de sancionada la reforma, la Convención se quedó sin quorum y no pudo aprobar el acta respectiva). Si bien extendió su posición sobre el procedimiento legislativo sentada en el caso “Cullen”, la mitigó señalando una excepción a esa regla que, a fines del siglo XX, será invocada por la Corte para invalidar una cláusula introducida por la reforma de 1994 (caso “Fayt” –1999–, F. 321:1616). Esta espinosa temática se desarrolla al estudiar el problema de la inconstitucionalidad de una reforma al final del principio de estabilidad.

8.9.4. *Procedimiento legislativo (veto y promulgación parciales):*

Caso “Colella c/Fevre y Basset SA” –1967– (F. 268:352): la Corte Suprema declaró inconstitucional la promulgación parcial por parte del Poder Ejecutivo de sólo cuatro artículos de la ley 16.881 (sobre contrato de trabajo) que fuera –en ese mismo acto– vetada parcialmente en los cincuenta y nueve artículos restantes. El tema de fondo se analiza en el procedimiento legislativo dentro de las funciones del Congreso. Respecto a lo que aquí interesa, la Corte sostuvo que la doctrina sobre falta de jurisdicción respecto del examen del procedimiento de formación y sanción de las leyes no es aplicable cuando una de las partes

hace valer un derecho subjetivo (el de propiedad, en este caso) contra obligaciones impuestas por una ley que no llegó a ser tal por defecto en su promulgación, si se demuestra (como ocurrió en el caso) la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley. Este fallo implica una continuación de la doctrina del caso “Soria de Guerrero”.

8.9.5. *Poder constituyente de las provincias:*

Caso “Siganevich” –1937– (F. 177:390):

Hechos: Pablo Siganevich y otros son detenidos en la localidad de Gálvez, Provincia de Santa Fe, acusados de violar la ley de juegos provincial 2313; la defensa sostuvo, en lo que hace al tema en estudio, la invalidez de esa ley basándose en que la Constitución local de 1921 era inválida y, por tanto, también lo era la ley 2313, dictada a su amparo.

Sentencia de la Corte: rechazó la impugnación a la Constitución provincial porque no le incumbe discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma, conforme con el ex artículo 105 CN (actual 122). Si la Corte pudiera, agregó el tribunal, examinar la validez de la Constitución santafesina de 1921 y de las instituciones, poderes y autoridades creados a su amparo, se colocaría frente a los poderes políticos del Estado en el terreno político, desnaturalizando su carácter. Ello equivaldría a revivir el artículo 5º de la Constitución de 1853, pero transfiriendo a la Corte Suprema la facultad que aquel precepto atribuía al Congreso (de revisar las constituciones provinciales). En ninguno de los incisos del artículo 14 de la Ley 48 se puede apoyar semejante facultad, pues tanto de los antecedentes parlamentarios como de los de la ley de justicia federal se desprende un respeto celoso a las autonomías provinciales.

Comentario al fallo: la conclusión general de la Corte es correcta, pero con la debida aclaración de que cuando dice que “no le incumbe discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma”, lo que hace es declarar su incompetencia respecto al funcionamiento del poder constituyente provincial, el cual, al igual que el nacional, opera bajo el principio de efectividad, y por lo tanto escapa a la posibilidad judicial de cualquier tribunal. Sin embargo, ello no quiere decir que la Corte no pueda controlar la constitucionalidad del con-

tenido de las constituciones provinciales, pues si éstas por ejemplo establecieran aduanas interiores, o prerrogativas de sangre, u organizaran su gobierno sobre bases hereditarias, no cabría otra cosa que declarar su inconstitucionalidad por el artículo 31 CN que coloca a las constituciones locales por debajo de la Constitución Nacional. En el año 1990 en los casos “González Bergez” y “Gascon Cotti” (F. 313:588 y 594) los jueces de la Corte Levene y Oyhanarte citaron expresamente el caso “Siganevich” para rechazar la impugnación a la ley bonaerense 10.859 por la cual se había dispuesto reformar la Constitución local y convocar a un plebiscito sobre el tema por haber violado el trámite previsto en la propia Constitución de la Provincia de Buenos Aires. En cambio, la solitaria disidencia de Fayt se inclinó a favor de la revisión del acto preconstituyente local.

8.9.6. *Declaración y aplicación del estado de sitio*: el tema se desarrolla in extenso en el principio de estabilidad, cuando se analiza la evolución jurisprudencial sobre el control de razonabilidad durante esta emergencia. Mientras la declaración del estado de sitio continúa siendo considerada como de naturaleza política no justiciable, aunque con alguna apertura a partir de lo prescripto por la Ley 23.098 (art. 4.1), la esfera de control de los actos de aplicación del Ejecutivo fue ampliándose sostenidamente hasta llegar al pleno control cualquiera sea el derecho afectado.

8.9.7. *Calificación legislativa de utilidad pública en la expropiación*: desde antiguo la Corte federal ha declarado que esta calificación no puede ser impugnada de inconstitucional ante los tribunales, pues ese juicio está librado a la discreción exclusiva del Congreso (F. 4:311 y 6:67). Sin embargo, ha admitido excepciones cuando hubiera mediado gravedad o arbitrariedad extremas (caso “Celulosa Puerto Piray” de 1994, F. 317:221), tema que se desarrolla en el principio de limitación al estudiar la policía expropiatoria. Recuérdese que en el caso “Elorondo” (F. 33:162) –ya citado como primer caso en que la Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso– el control versó sobre una materia que con anterioridad había considerado no justiciable. Sin embargo, nosotros pensamos que no se revisó la declaración de utilidad pública efectuada por el Congreso, sino la aplicación de esa declaración por parte de la Municipalidad porteña cuando amplió la expropiación

a más de los treinta metros utilizados en la avenida, basándose en que la ley la facultaba a utilizar los terrenos que ella “juzgara indispensables en función de una ventaja de orden general”.

8.9.8. *Celebración de tratados internacionales*: la Corte, en 1988, en el caso “Zaratiegui” (F. 311:2580) ratifica su tradicional posición de que es una cuestión política el criterio del Ejecutivo y del Congreso para aprobar o ratificar un tratado. Sin embargo, señaló que la sola atribución del carácter político que se haga de un asunto no excluye de por sí la intervención judicial, incluso en cuestiones a las que tradicionalmente se ha excluido de la justiciabilidad como las relaciones exteriores de la Nación. En suma, destaca el Alto Tribunal que no existe una fórmula que, a partir de calificar una cuestión como política, autorice o excluya por sí la intervención judicial. A nuestro entender, esta posición negatoria del control encuentra una limitación fundamental emanada de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que al admitir que los Estados pueden desobligarse internacionalmente invocando algún vicio procedimental en tanto sea manifiesto (art. 46), estaría aceptando la posibilidad de su contralor jurisdiccional interno. En cambio, es plenamente justiciable el contenido de un tratado internacional cuya jerarquía sea infraconstitucional y supralegal (no aquellos que tienen rango constitucional), puesto que, como ya se dijo en principio de supremacía, están sujetos a control de constitucionalidad para corroborar su compatibilidad o no con las normas supremas del bloque de constitucionalidad.

8.9.9. *Legislación en situaciones de emergencia económico-social*: sin alterar el clásico criterio de la Corte de que no le corresponde a los jueces expedirse sobre cuestiones de política económica (tanto en tiempos de normalidad como de emergencia) por ser privativas de los otros poderes del Estado, en varios pronunciamientos abrió la justiciabilidad para controlar la existencia o no de la emergencia invocada por el legislador, pero sin pronunciarse sobre el mérito, oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas en su consecuencia. Un *leading case* sobre este tema es “Mango c/Traba” –1925– (F. 144:219), analizado al estudiar el poder de policía de emergencia que afecta el orden económico-social por escasez de viviendas, donde la Corte decidió sobre la no subsistencia de la crisis habitacional declarada por

el legislador años atrás. A nuestro entender éste es un criterio jurisprudencial ya consolidado por ser reiterado también en la década de los noventa a propósito del dictado de decretos de necesidad y urgencia, antes y después de que la reforma de 1994 los incluyera expresamente en el texto constitucional: respectivamente, caso “Peralta” de 1990 (F. 313:1513) y caso “Video Club Dreams” de 1995 (F. 318:1154); en el primero, el control se efectuó para decidir la existencia de la emergencia; en cambio en el segundo, para negarla (ver análisis en atribuciones normativas del presidente y en poder de policía de emergencia).

8.9.10. *Acefalia*: no le incumbe a la Corte pronunciarse acerca de las causas de la acefalía por falta del presidente y vice de la Nación (caso “Pitto” –1962–, F. 252:177). Recuérdese que el 29 de marzo de 1962 tras haber sido destituido por las Fuerzas Armadas el presidente Frondizi, había asumido el presidente provisional del Senado, J. M. Guido, invocando el ex artículo 75 CN (actual 88) y la ley de acefalía entonces vigente (252). Estos hechos y sus consecuencias constitucionales se estudian en el Libro Tercero en gobiernos de facto.

8.9.11. *Destitución de magistrados (judiciales y no judiciales) por enjuiciamiento político*: históricamente la Corte había considerado no justiciables estas cuestiones para evitar conflictos con los órganos encargados del enjuiciamiento tanto en el orden nacional como local y porque no se consideraba como “tribunales de justicia” a estos órganos (ej. Legislatura local que destituye al gobernador o Jurado de Enjuiciamiento respecto a los jueces) a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario. En 1986 comienza a aceptar la revisión de destituciones sospechadas de violar las garantías del artículo 18 CN. A su vez, un tercer momento se da a partir de la reforma constitucional de 1994 cuando, al crear el Jurado de Enjuiciamiento para magistrados de tribunales federales inferiores, establece que su fallo será “irrecusable” (art. 115, párr. 2º, CN), apartándose en apariencia del criterio favorable al control judicial iniciado una década atrás. Veamos los dos últimos momentos de esa evolución.

8.9.11.1. La nueva doctrina de la excepcionalidad de la revisión se establece a partir del caso “Graffigna Latino” de 1986 (F. 308:691) donde se mantiene el principio de la no justiciabilidad, pero se aceptan

importantes excepciones basadas en “patentes violaciones a aspectos esenciales” del debido proceso legal adjetivo (art. 18, CN). Este criterio ha sido continuado en diversos pronunciamientos: relativos a destitución de jueces locales (en 1986: caso “Magín Suárez”, F. 308:2609; en 1987: casos “Magín Suárez”, F. 310:2845; “Sueldo de Posleman”, F. 310:804; en 1988: “Llamosas”, F. 311:2031; en 1989: “Cantos”, F. 312:253; en 1992: “Caballero Vidal”, F. 315:761; “Maydana”, F. 315:781, y en 1996: “Nellar”, F. 319:705). Esta doctrina fue extendida a los supuestos de remoción de magistrados federales (caso “Nicosia” de 1993, F. 316:2940), donde además precisó los alcances de la justiciabilidad de la destitución al efectuar la siguiente distinción: son justiciables las materias regladas (competencia, formas y requisitos fijados por la Constitución), pero no es justiciable la decisión sobre el mérito de la causal del enjuiciamiento político (ej. mal desempeño). Esta doctrina también rige respecto de destitución de gobernadores por las Legislaturas locales (en 1991: casos “Del Val” y “Electores de Corrientes”, F. 314:1723 y 1915, y en 1994: caso “A. T. E. San Juan”, F. 317:874).

8.9.11.2. La no recurribilidad mentada en el artículo 115, párrafo 2º CN para los jueces federales de los tribunales inferiores, no obstante su categórica formulación, no impide que, ante una evidente violación del debido proceso legal adjetivo, la Corte pueda intervenir por vía extraordinaria para salvaguardar la supremacía constitucional. Pensamos, entonces, que la cláusula introducida en 1994 no innova respecto de la última jurisprudencia de la Corte pues no se trata de rever la actuación discrecional (irrecurrible) sino de verificar si el Jurado afectó o no las garantías esenciales del funcionario destituido. Esta cuestión específica, que se entronca con el genérico desarrollo que hacemos respecto del Jurado de Enjuiciamiento en el capítulo del Poder Judicial, ha recibido un dispar tratamiento en dos diversos votos individuales del citado caso “Nellar” de 1996: la disidencia de Petracchi, *obiter dictum*, afirma que el artículo 115 ha dejado sin efecto la aludida jurisprudencia de la Corte en el ámbito federal (c. 7); en tanto que el voto concurrente de Fayt sostuvo la inconstitucionalidad de la irrecorribilidad del artículo 115 CN por violar doblemente los límites impuestos por la ley que declaró necesaria la reforma de 1994 (arts. 2º

y 7º, Ley 24.309), que se comenta al estudiar el problema de la inconstitucionalidad de una reforma constitucional a través de la jurisprudencia suprema.

9. El problema del control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional: por razones metodológicas, esta especial y ardua temática se aborda sobre el final del estudio de la reforma constitucional en el principio de estabilidad, tanto desde el punto de vista teórico como a partir de ciertos fallos de la Corte donde se impugnaron algunas reformas constitucionales.

C) Procesos constitucionales

1. En Argentina, a fin de efectivizar el principio de supremacía, además de la vía de excepción o incidental del control de constitucionalidad judicial, como ya vimos, encontramos diversos y variados mecanismos, instrumentos, procedimientos, que tienden a ese mismo fin: amparo como género de tutela (acciones de amparo, hábeas data, hábeas corpus y meramente declarativa) y el recurso extraordinario. A través de todos ellos se procura asegurar la supremacía constitucional, con independencia del órgano judicial ante el cual se sustancian: el recurso extraordinario para acceder en última instancia ante la Corte Suprema, y todos los otros ante los jueces que correspondan.

2. Así como las materias infraconstitucionales tienen sus procesos específicos de protección, lo constitucional también tiene sus medios de tutela que por tal razón los denominamos “procesos constitucionales”, a pesar de que aún no existe un fuero especializado que los sustancie. *De lege ferenda*, sería conveniente la creación de órganos jurisdiccionales especializados para entender en este tipo de procesos. Seguidamente desarrollamos, en particular, cada uno de ellos.

I. Amparo como género de tutela

1. La reforma de 1994 ha constitucionalizado doblemente el amparo como género de tutela:

1.1. A través del artículo 43 CN que incluye expresamente varias

especies (en orden inverso de aparición en la cláusula): el hábeas corpus (para proteger la libertad física), el hábeas data (para proteger los datos registrados), y el amparo propiamente dicho (para proteger todos los demás derechos: individuales y colectivos). Las prescripciones generales contenidas en el primer párrafo del artículo 43 referidas al amparo de los derechos individuales también son aplicables a la subespecie del amparo de los derechos colectivos (párr. 2º), así como a las otras especies: hábeas data (párr. 3º), hábeas corpus (párr. 4º), e incluso a la acción declarativa (sin previsión constitucional expresa) como una implícita y particular especie de amparo genérico por la cual se pretende hacer cesar el estado de incertidumbre constitucional que afecta a cualquier derecho.

1.2. Por vía de la jerarquía constitucional otorgada a ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN), que complementan al artículo 43 CN, el cual se ve enriquecido y simplificado al conceder el derecho (en rigor, se trata de una garantía) a “Toda persona a”: “un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (art. 8º, D. U. D. H.); “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” (art. 25.1, C. A. D. H.), o “un recurso efectivo” contra violaciones a los derechos o libertades (art. 2.3, P. I. D. C. P.). Como se observa, en el derecho internacional de los derechos humanos receptado con la máxima jerarquía en nuestro ordenamiento no se hace distinción entre especie alguna; se opta por una formulación genérica y comprensiva de un recurso innominado, superador en su eficacia incluso al previsto en el propio artículo 43 CN ya que se habilita su ejercicio sin necesidad de que se satisfagan las prescripciones de éste.

1.3. De esta manera, se ha cubierto el histórico vacío constitucional en materia de garantías a estar con la posición que sólo admite ese nombre para la protección práctica e inmediata de un derecho (Sánchez Viamonte, I), visión coincidente con las denominadas garantías “en sentido estrictísimo” (Juan F. Linares).

2. Según el nuevo artículo 43 CN el amparo como género de tutela es una acción judicial sumarísima de contralor de constitucionalidad que pone en movimiento los respectivos juicios (de amparo, hábeas data, hábeas corpus, declarativo de certeza), por la cual se remueve el obstáculo que impide, de manera irregular y manifiesta, el ejercicio de un derecho o garantía.

2.1. Es una *acción judicial* (no un recurso): pone en movimiento el aparato judicial con el fin de restablecer el ejercicio de un derecho o garantía y no se interpone para revisar una resolución de un órgano inferior.

2.2. Es *sumarísima*: su trámite es de desarrollo rápido a efectos de otorgar protección eficaz al derecho vulnerado.

2.3. Es de *contralor de constitucionalidad*: tiene por objeto –mediata o inmediatamente– efectivizar la supremacía de la Constitución, pero de modo diferente a la excepción de inconstitucionalidad porque se dirige a remover el obstáculo que –ilegal o arbitrariamente– impide el ejercicio de un derecho por su titular a los efectos de que dicho derecho pueda ser ejercido. Sin embargo, por medio del amparo –en cualquiera de sus especies– también es posible plantear la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

2.4. *Pone en movimiento el respectivo juicio*: que siempre es contradictorio (son partes en el mismo el demandante y el autor de la restricción) y sujeto al trámite sumarísimo.

2.5. *Remueve el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho o garantía*: funciona como mandamiento judicial al autor de la medida restrictiva. De este modo, el amparo participa, en cuanto a sus efectos, de la naturaleza de los mandamientos judiciales del derecho anglosajón (*writs*). En tal sentido, el amparo se puede dar con las siguientes modalidades: como *mandamiento de ejecución* (*writ of mandamus*), para que quien restringió deje de hacerlo o para que se realice el acto debido que se omitió; como *mandamiento de prohibición* (*writ of injunction*), para que quien está por cometer en forma inminente la restricción ilegítima se abstenga de hacerlo, y como *mandamiento de certeza*, para despejar la incertidumbre originada por una norma que se considera inconstitucional que amenaza con producir un perjuicio.

3. A continuación se analiza cada una de las especies del género amparo, siguiendo el orden de aparición previsto por el constituyente en el artículo 43, para culminar con la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Acción de amparo

1. Su ubicación en nuestro derecho:

1.1. Nació en 1957 por reconocimiento pretoriano de la Corte Suprema a partir del caso "Siri" (F. 239:459) contra actos de autoridad pública, y en 1958 con el caso "Kot SRL" (F. 241:291) contra actos de particulares (ambos fallos se analizan al final del amparo individual). A partir de allí una nutrida jurisprudencia fue fijando las limitaciones y alcance de la protección hasta que en 1966 se dictó la ley de facto 16.986 que reglamentó el amparo sólo frente a la autoridad nacional. Al siguiente año se completa la regulación legal para lesiones provenientes de particulares (art. 321, CPCCN). Respecto a la primera reglamentación nacional, vale considerarla como una ley de desamparo, de cara a las múltiples restricciones contenidas en su texto, verdadera "involución de su perfil natal" (Morello, 3).

1.2. Incorporado el amparo al texto constitucional en 1994 (art. 43, párrs. 1º y 2º), hasta tanto el legislador no sancione un nuevo régimen legal, la jurisprudencia ha declarado que subsiste el anterior, en la medida en que sea compatible con la cláusula de la Constitución debido a su carácter supremo y a la mayor protección que brinda. Del tema nos ocupamos al analizar el amparo de los derechos individuales.

1.3. En las provincias, aunque se viole un derecho federal, siempre que el afectado o autor de la lesión no fuera autoridad nacional, se aplican las constituciones y la legislación procesal local sobre la materia. Pero si no estuviera regulada (o lo estuviera insuficientemente) la acción de amparo, los jueces locales no podrían desestimarla en virtud de la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31) y por aplicación analógica de lo resuelto expresamente en materia de hábeas corpus (art. 1º, Ley 23.098), como se estudia más adelante.

1.4. El artículo 43, párrafo 1º CN se ocupa del amparo individual

(1ª subespecie) por oposición al amparo de los derechos de incidencia colectiva (2ª subespecie) regulado en el 2º párrafo. No obstante, como ya dijimos, las previsiones del 1º párrafo también son aplicables tanto al amparo colectivo como a todas las demás especies de amparo genérico (hábeas data, hábeas corpus y acción declarativa). A continuación se analiza cada subespecie de amparo a partir del texto constitucional, conjugándolo –en su caso– con su regulación infraconstitucional.

2. Amparo individual (art. 43, párr. 1º, CN):

2.1. Características según el texto constitucional:

2.1.1. Es “*expedita*”: se está afirmando que la misma debe encontrarse abierta y sin obstáculo alguno en todos los momentos procesales:

2.1.1.1. En su apertura: imposibilidad de plantear excepciones previas (por ej. de litispendencia con fundamento en que hay otro juicio en trámite).

2.1.1.2. Durante su tramitación: no puede ser interrumpida en su trámite con incidentes de ninguna especie. En cambio, proceden las medidas cautelares (por ej. de no innovar) para que los actos violatorios no avancen, sobre todo en los de tracto sucesivo, como se desprende de la doctrina de la Corte en el caso “Compañía Argentina de Teléfonos” de 1961 (F. 250:154).

2.1.1.3. Después de la sentencia: para que mantenga su carácter expeditivo, la apelación concedida no puede suspender los efectos de la sentencia de amparo, como lo dispone el CPCCN para la lesión proveniente de particulares. Por ello, resulta incompatible con el texto constitucional el régimen recursivo previsto en la ley de facto 16.986 al disponer que la sentencia apelada no se ejecute hasta que se resuelva la apelación (efecto suspensivo).

2.1.1.4. En sentido análogo, la C. A. D. H. utiliza el adjetivo “*sen-cillo*” (art. 25.1) para referirse a esta misma cualidad.

2.1.2. Es “*rápida*”: implica la idea de que la acción debe tramitar en tiempo útil, sin pérdida de tiempo, en relación con el objetivo que tiene la tutela (el pleno ejercicio del derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado). Como el proceso de amparo es contradictorio entre partes, la rapidez se debe armonizar con el respeto a la defensa

en juicio (caso "Morano" -1961-, F. 250:844). En relación con este aspecto procesal, la ley de facto 16.986 omite establecer plazo cierto para la producción del pedido de informes a la autoridad que corresponda para su contestación; ello significa que dichos trámites deben sustanciarse de inmediato. Cuando la lesión proviene de particulares el plazo es de cinco días (art. 498.2, CPCCN). La C. A. D. H. utiliza el mismo término que nuestra Constitución (art. 25.1).

2.1.3. El amparo procederá solamente cuando "*no exista otro medio judicial más idóneo*". Esta regla constitucional es doblemente importante:

2.1.3.1. En primer lugar, recordemos que la ley de facto 16.986 establece que el amparo no procede cuando existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho (art. 2.a). Como bien se advierte, la Constitución no ha incluido como requisito de procedencia del amparo que no exista "otro medio administrativo más idóneo". Se ha limitado a restringir la improcedencia a la existencia de trámites judiciales, con lo cual se torna inconstitucional la exigencia citada de la ley que permitía que no se hiciera lugar al amparo si no se agotaba la vía administrativa previamente.

2.1.3.2. En segundo término, la expresión "*más idóneo*" implica sostener que el trámite procesal del amparo no corresponde cuando -en el caso- existe otro en la legislación adjetiva más apropiado, de acuerdo con la naturaleza de la pretensión interpuesta para la mejor tutela del derecho en juego. Es decir, que sólo procede el amparo cuando las otras vías judiciales no permitan obtener el mismo resultado o cuando se obtuviera pero con daño grave e irreparable, lo cual -obviamente- no es postulable en abstracto, sino que depende de la situación concreta de cada caso.

2.1.4. Del juego armónico de las expresiones constitucionales analizadas ("*acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*") y del alcance atribuido, a nuestro entender se perfila con meridiana claridad el sentido bifronte del nuevo amparo constitucional respecto a su admisibilidad: como vía directa y principal o como vía de excepción y subsidiaria (supletoria o residual), según la naturaleza de los derechos protegidos y la calidad de los sujetos intervinientes.

2.1.4.1. Como la Constitución obliga, para determinar la admisión o no del amparo, a efectuar el cotejo, en el caso concreto, entre esta vía y los otros medios judiciales para decidir cuál es la “más idónea” (más “*expedita y rápida*”), es indudable que en el derecho argentino queda excluida, en principio, la aplicación del amparo en los derechos exclusivamente patrimoniales si cuentan éstos con protección procesal suficiente. En estos casos, el remedio del amparo funciona en forma excepcional, de modo que para su admisión es de estricta aplicación la doctrina de la Corte que (sin aclarar ni distinguir casos ni situaciones) considera “indispensable que quien solicita la protección judicial demuestre, en debida forma, la inexistencia de otras vías legales idóneas para la protección del derecho lesionado, o que la remisión a ella produzca un gravamen insusceptible de reparación ulterior” (caso “Villar” –1995–, F. 318:178).

2.1.4.2. En cambio, en todas las otras clases de derechos (no patrimoniales o no exclusivamente patrimoniales), máxime cuando se trata de un “ser humano” como dice el artículo 2º de la C. A. D. H., ante la ostensible insuficiencia de vías procesales alternativas, el amparo siempre será la vía mejor, más apta, más “*expedita y rápida*”; en suma, la “más idónea” como reza la Constitución. Por ende, nada deberán probar acerca de esos extremos, puesto que el amparo funciona en esos casos como vía directa y principal, no siendo de aplicación la doctrina mencionada en el párrafo anterior.

2.1.4.3. Así, para nosotros el nuevo amparo no está sujeto a un único criterio valorativo (estrecho o amplio) como sostienen las enfrentadas corrientes doctrinarias nacionales, sino a un doble *standard* que toma como eje fundamental la sustancia del derecho a tutelar, y, como eje complementario, tanto la calidad y situación en que se encuentra el sujeto afectado como la calidad y potencialidad dañosa del sujeto agresor. Es evidente que merece consideración especial a la hora de su admisión el amparo en protección de una prestación alimentaria de una pensionada de avanzada edad sin medios económicos (caso “Flores de Flores” –1984–, F. 306:77), o el amparo por facturas exorbitantes que afectan el derecho de propiedad de una persona física (art. 17, CN) frente a una empresa monopólica prestadora de un servicio público. La Corte en 1989, con cita de la mayoría del

caso “Kot SRL”, recordó que allí se “tuvo especialmente en cuenta la necesidad de una protección rápida y eficaz de los individuos respecto del accionar de corporaciones de gran poder económico que suelen disponer, como ocurre en el caso, de un control monopólico sobre el mercado” (c. 4, caso “Rimondi” –1989–, F. 312:1367). Es obvio que el amparo no puede sustituir, por ejemplo, al juicio de desalojo ante un inquilino que se niega a pagar el precio pactado de la locación, aunque lesione en forma manifiesta el derecho de propiedad del locador, pues las normas procesales respectivas no son menos idóneas que el amparo. Mucho menos admisible deviene el amparo de una gran empresa excluida de un proceso licitatorio, por más manifiesta que sea la ilegalidad de la medida atento a las diversas alternativas procesales que le reserva el derecho adjetivo.

2.1.4.4. Es decir, que este criterio dual que ahora surge de la letra y espíritu del artículo 43, párrafo 1º se remonta a la etapa de primigenidad jurisprudencial del amparo en el caso “Kot SRL”, donde además de la consideración del sujeto pasivo en el voto mayoritario, a tenor del voto disidente se postuló el rechazo del amparo porque, se sostuvo, la naturaleza estrictamente patrimonial del derecho afectado del industrial ya tenía suficientes vías procesales de protección. En conclusión, la nueva acción de amparo exige una interpretación jurisprudencial, y eventualmente reglamentaria, que recepte el doble carácter (principal o excepcional) del amparo que lo transforme, sin desnaturalizarlo, en un auténtico instrumento de protección y promoción de los derechos humanos.

2.2. Sujetos de la acción de amparo:

2.2.1. *Sujeto activo*: “*Toda persona puede interponer acción*”. La fórmula empleada por el comienzo del artículo 43 CN (en lugar de perjudicada o afectada) denota una concepción amplia en materia de amparo como género de tutela, con aptitud suficiente para abarcar la totalidad de las situaciones jurídicas que comprenden los demás párrafos (ver legitimación en amparo colectivo, hábeas data y hábeas corpus). Se refiere tanto a las personas físicas como a las jurídicas. En lo relativo al amparo individual, la nueva fórmula constitucional de “*Toda persona*” debe entenderse en los términos de lo establecido por el artículo 5º de la hasta ahora vigente ley de facto 16.986, de

acuerdo con el cual “La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica [...] que se considere afectada”.

2.2.2. *Sujeto pasivo*: el amparo procede contra “*autoridades públicas*” o “*particulares*”. Al referirse a los autores de la violación del derecho (por acción u omisión) se recepta la ya tradicional distinción que surgió desde la creación pretoriana del amparo:

2.2.2.1. “*Autoridades públicas*”: comprende a todos los órganos del poder consagrados o no en el texto constitucional (ej. el P. E. N. como todos los órganos de la administración centralizada o descentralizada; el P. L. y el P. J. en sus diversos niveles). Respecto a los jueces, el texto constitucional habilita claramente el amparo contra sentencias judiciales cuando excepcionalmente los recursos ordinarios no fueran idóneos para salvaguardar en forma inmediata el ejercicio del derecho conculcado. De esta manera, a nuestro entender, deviene incompatible con el artículo 43 CN el artículo 2.b, ley de facto 16.986 que declara improcedente el amparo “cuando el acto lesivo emanara de un órgano del Poder Judicial” (en igual sentido, desde antes de la reforma: Sagüés, 1).

2.2.2.1.1. Lo expuesto alcanza a los tres niveles de la descentralización territorial del poder político (nacional, provincial y municipal). El amparo como garantía constitucional, al igual que los derechos consagrados en la Constitución, vale a favor de todos los habitantes del país sin importar la jurisdicción territorial en la que se encuentren por imperativo de los artículos 5º, 31 y 123 CN. En consecuencia, el Congreso Nacional tiene competencia para legislar sobre el amparo (también hábeas corpus, hábeas data y acción declarativa) sin violar por ello la reserva provincial de dictar los códigos de procedimiento (art. 75, inc. 12, parte 1ª, CN). La regulación protectora de los derechos y garantías constitucionales es una potestad concurrente de la Nación y las provincias, prevaleciendo siempre la que resulte más favorable a los titulares del respectivo derecho.

2.2.2.2. “*Particulares*”: comprende a la totalidad de actores privados como a las personas físicas, de existencia ideal (empresas, grupos económicos) y entes públicos no estatales (partidos políticos, sindicatos, colegios profesionales, etc.), que –como ya dijimos– están sometidos a un régimen procesal distinto (art. 321, CPCCN) al de la ley

de facto 16.986. En este sentido, ante el generalizado proceso privatizador producido en Argentina en la última década del siglo XX, se hace necesario dilucidar qué régimen procesal es aplicable contra las empresas privadas prestadoras de servicios públicos, problema que se evitaría si se adoptara una regulación uniforme. Mientras tanto, ante la ostensible desprotección que sufren los usuarios, pareciera más adecuado a la finalidad tuitiva del amparo que éste se canalice por la vía del artículo 321 CPCCN.

2.3. Objeto de protección del amparo:

2.3.1. “*Derechos*”: como ya dijimos, al ser aplicable el artículo 43, párrafo 1º CN a los restantes apartados, este vocablo es comprensivo de la totalidad de los derechos explícitos e implícitos, no sólo de los de afectación individual sino también de los denominados “*de incidencia colectiva*” cualquiera sea su fuente normativa (Constitución, tratado o ley). Claro está que respecto al amparo individual es preciso excluir los derechos protegidos por las otras especies de amparo (hábeas data y hábeas corpus) y tener presente el carácter excepcional o principal según sea el derecho a proteger.

2.3.2. “*Garantías*”: algún sector de la doctrina entiende que esta expresión es incorrecta con el argumento de que sería un absurdo que una garantía necesite ser garantizada. Sin embargo, nosotros, muy por el contrario, entendemos que la extensión de la protección a las garantías es inexcusable: baste recordar que este término es multívoco y que en las acepciones amplísima y amplia (Juan F. Linares) también necesita de una protección “*expedita y rápida*” como el amparo. Por otra parte, esta interpretación es la única manera de darle sentido jurídico a la expresión constitucional y coordinarla con la denominación dada por el constituyente de 1994 al nuevo Capítulo Segundo de la Primera Parte (*Nuevos derechos y garantías*) que, precisamente, termina con el artículo 43.

2.3.3. “*Reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*”: ésta es una de las más importantes novedades de la nueva tutela constitucional. Lo tradicional era sostener que los derechos y garantías protegidos eran los reconocidos por la Constitución, fueran ellos explícitos o implícitos. Ahora se ha ampliado el alcance de la protección a los derechos y garantías reconocidos también por los tratados y por

las leyes. Se trata de una protección amplia, tesis que ya venía sosteniendo parte de la doctrina nacional, pero que no había tenido un firme reconocimiento por parte de la jurisprudencia.

2.3.3.1. Respecto de los “*tratados*” como fuente de derechos protegidos por el amparo, la ausencia de toda adjetivación nos convence de que la Constitución no distingue y se refiere tanto a todo tipo de instrumento del derecho internacional como del derecho interjurisdiccional interno: no sólo los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, tengan o no rango constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º), son fuente a los efectos de la procedencia de la acción de amparo; también lo son los consagrados en los demás tratados internacionales, con jerarquía supralegal (art. 75, inc. 22, párr. 1º *in fine*, CN); asimismo, los tratados interprovinciales (art. 125, párr. 1º) como los convenios internacionales que celebren las provincias (art. 124, párr. 1º, CN).

2.3.3.2. Respecto a la “*ley*”, siguiendo la clásica regla interpretativa según la cual cuando la norma no distingue el intérprete no debe hacerlo, el carácter general que tiene el concepto de “*ley*” comprende no sólo a la ley formal dictada por el Congreso, sino también a la ley en sentido material (decretos, resoluciones, ordenanzas). Para advertir la importancia de esta novedad, debemos recordar que la manera más directa y actual que tiene el Estado de desconocer derechos es, precisamente, no cumpliendo la legislación. La “*ley*” es una fuente de derechos de múltiple factura, alcance y modalidad, que la vieja Constitución liberal no pudo tener en cuenta ni especificar, entre otras razones, porque en el siglo pasado la burocracia no era aún la dominación política prevaleciente (M. Weber) o, al menos, no era visualizada de tal forma por los constituyentes de aquellos tiempos.

2.4. Formas de afectación habilitantes del amparo:

2.4.1. La expresión constitucional “*todo acto u omisión [...] que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace...*” recepta la terminología del artículo 1º, ley de facto 16.986, que cubre en forma amplia toda la gama de actividades o conductas lesivas imaginables, tanto las positivas como las negativas. El vocablo “*todo*” confirma esta interpretación.

2.4.1.1. “Acto” alude a cualquier acción o comportamiento público o privado (hechos, actos propiamente dichos, todo tipo de decisiones).

2.4.1.2. Lo mismo vale para toda “omisión” (silencio, tardanza, todo tipo de inactividad lesiva). Tradicionalmente sólo se destacaba su importancia en relación a la inactividad de los órganos administrativos ante situaciones particulares y concretas (tardanza en resolver una cuestión planteada o no cumplir un deber). Empero, con la acepción amplia que dimos al concepto de “autoridad pública” y en relación con la posibilidad de declararse la inconstitucionalidad en el trámite del amparo (art. 43, párr. 1º *in fine*), el amparo contra una omisión estatal cobra una relevancia notable. Por su intermedio se puede obtener, en el caso, que se declare la inconstitucionalidad por omisión del Ejecutivo que no reglamenta una ley, o del Legislativo que no implementa una cláusula constitucional o un tratado, durante un lapso apreciable según las circunstancias. Es decir, que esta variante del amparo no se reduce al llamado amparo por mora de la administración, sino que tiene una significación mucho mayor, como se destacó al estudiar la inconstitucionalidad por omisión en el control judicial en Argentina y se dice más adelante al hacer el análisis del artículo 43, párrafo 1º *in fine* CN.

2.4.1.2.1. De esta forma, ha quedado superada la antigua doctrina de la Corte Suprema (luego abandonada por ella misma) que negaba la procedencia del amparo ante la omisión estatal de reglamentar las leyes que otorgan derechos a particulares: por ejemplo cuando no actualizaban los índices remuneratorios de los docentes, aunque el Estatuto del Docente fijaba al gobierno la obligación de hacerlo todos los años (caso “Ruiz” –1963–, F. 256:386), en el entendimiento de que no se lograba el reconocimiento concreto de un derecho a favor del accionante, sino una declaración genérica del mismo, y que en todo amparo debía haber una condenación concreta a favor del accionante no dependiente de otro acto de autoridad ya que, por ese entonces, no se aceptaba en el orden nacional la acción declarativa de inconstitucionalidad. Esta cuestión es tratada más adelante al estudiar esta especie del amparo genérico.

2.4.1.3. Se distinguen las formas básicas de afectación que determinan que el amparo funcione como remedio reparador (“*actual*”) o preventivo (“*inminente*”).

2.4.1.4. Lesión es un concepto lato y general, que incluye todo daño o perjuicio al derecho que se tutela. En principio, la lesión comprende la restricción o la alteración, pero podemos señalar que como genera perjuicio la lesión indica la violación o la afectación de carácter más intenso presupuesta por la regla constitucional para determinar la procedencia del amparo. Significa, entonces, privación total del ejercicio: se encuentra lesionado un derecho cuando el mismo no puede ser ejercido por su titular. Ejemplo típico es el no otorgar con arbitrariedad el pasaporte para salir del país.

2.4.1.5. Restricción es una reducción, disminución o limitación de la posibilidad de ejercicio del respectivo derecho. Es una privación parcial. Ejemplo típico es, en relación con el derecho de reunión o de manifestación, impedirle a los manifestantes que lo ejerzan a través de las rutas, calles o sectores de una ciudad donde la queja o reclamación pueda tener suficiente repercusión.

2.4.1.6. Alteración de un derecho implica un cambio o modificación en su propia naturaleza. Ejemplo típico es el cambio de un plazo fijo por títulos de la deuda pública como lo hizo el conocido “Plan Bonex” de 1990.

2.4.1.7. Amenaza es la “*inminente*” lesión, restricción o alteración de un derecho. Debe resultar cierta o grave. Bastará con la sospecha de que se van a tomar medidas restrictivas del ejercicio de un derecho para que proceda el amparo.

2.4.2. Los efectos de la lesión, restricción, alteración o amenaza deben subsistir al momento de dictarse la sentencia del amparo: éste no procede frente a cuestiones abstractas (caso “Federación Argentina de Trabajadores de la Imprenta” –1960–, F. 247:466). Es decir, que no procede el amparo cuando la afectación hubiera desaparecido, sin perjuicio de las responsabilidades que le pueden caber al autor de la misma, la que obviamente deberá dilucidarse en otra instancia judicial.

2.5. Modalidades de la afectación habilitantes del amparo:

2.5.1. El artículo 43, párrafo 1º CN exige para la admisibilidad del amparo la “*arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*”; con las mismas palabras que el artículo 1º, ley de facto 16.986 se consagra este recaudo esencial que informa y determina al amparo como vía de protección

especial (a veces principal y otras excepcional, como ya dijimos) que no procede ante cualquier violación de un derecho. Sin embargo, las modalidades de la afectación —que siempre deben ser manifiestas— no son sólo dos como parece surgir de la redacción constitucional (con arbitrariedad o ilegalidad), sino que en rigor las variantes son tres (con arbitrariedad, ilegalidad o inconstitucionalidad).

2.5.1.1. “*Manifiesta*” como cualidad de la afectación equivale a decir que la agresión al derecho o garantía debe ser patente, palmaria, evidente, ostensible, indubitable. Este recaudo constitucional es subrayado en la ley de facto 16.986 que lo declara inadmisibile cuando requiere “mayor amplitud de debate o de prueba” (art. 2.d).

2.5.1.2. La “*ilegalidad*” se refiere a la aplicación contraria al supuesto reglado en una norma. La “*arbitrariedad*” es una aplicación insostenible, caprichosa, irrazonable, de la discrecionalidad habilitada por una norma. En este punto resulta aplicable la elaboración de la Corte Suprema acerca del subprincipio de razonabilidad, y sólo en algunos supuestos la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia en materia de recurso extraordinario.

2.5.2. La trascendental previsión constitucional del final del artículo 43, párrafo 1º CN (“*el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*”) enseña que también procede el amparo cuando la acción u omisión, a pesar de ajustarse a un precepto infraconstitucional de modo que no puede calificarse en rigor ni de ilegal ni de arbitraria, se apoya en una norma inconstitucional. Aquí se destaca categóricamente el carácter de acción de contralor de constitucionalidad del amparo como género de tutela, y además acaba con la discusión que se suscitó en nuestro derecho a partir de lo establecido por el artículo 2.d, ley de facto 16.986. Como vemos más adelante, aun antes de la reforma constitucional de 1994 la Corte Suprema, desde el caso “Outon” de 1967 (F. 267:215), había morigerado la mencionada prohibición legal.

2.5.2.1. La propia Constitución está admitiendo implícitamente la posibilidad de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad en el trámite del amparo, como expresamente lo recepta el artículo 6º, Ley 23.098 en materia de hábeas corpus. De esta manera, la antigua Ley 27 de 1862 de Organización de la Justicia Nacional, en su artículo

2º, aún no derogado, que prohíbe la declaración de oficio, resulta claramente inconstitucional, al menos en materia de amparo.

2.5.2.2. No menos trascendente resulta la expresa inclusión constitucional de la declaración de inconstitucionalidad por omisión por la vía del amparo, que viene a dar satisfacción en el derecho positivo argentino a una añeja reclamación de parte de la doctrina nacional, como se destacó al explicar el subprincipio de control.

2.5.2.2.1. Así, la nueva norma constitucional impide que el Congreso y el Ejecutivo incumplan con su obligación de implementar las normas imperativas existentes en el texto constitucional o en las leyes. De no interpretarse de este modo el texto constitucional, nunca tendremos operatividad, no sólo de las normas programáticas de los derechos, sino que tampoco se podrá exigir el cumplimiento de las normas organizacionales de carácter imperativo que también necesitan de reglamentación. Sin embargo, no cualquier omisión legislativa o ejecutiva determina la procedencia del amparo. Solamente se puede considerar habilitada esta vía cuando la omisión o insuficiencia reglamentaria produjere daños concretos en perjuicio de un particular o resultaren afectados los derechos públicos de la sociedad, que el nuevo texto constitucional llama “*derechos de incidencia colectiva*” (art. 43, párr. 2º).

2.6. Procedencia del amparo durante la vigencia del estado de sitio:

2.6.1. Aunque no lo mencione expresamente el artículo 43, párrafo 1º CN (a diferencia del final del párr. 4º en relación al hábeas corpus que enfáticamente destaca que procede “*aun durante la vigencia del estado de sitio*”), no cabe duda de que el amparo subsiste plenamente durante esta contingencia (en este caso, lo previsto para la especie es aplicable al género), y sobre todo, si se interpreta el artículo 43 a la luz del artículo 27 C. A. D. H. (como lo ordena el artículo 75, inciso 22, párrafo 2º y se estudia en el principio de estabilidad).

2.7. Regulación infraconstitucional federal del amparo contra autoridad pública (*ley de facto* 16.986):

2.7.1. Sin perjuicio de la operatividad de la norma constitucional y hasta tanto el Congreso dicte una nueva legislación sobre el amparo, se discute si la ley de facto 16.986 se puede aplicar, en tanto en cuanto

no afecte el artículo 43 de la CN o, por el contrario, si se ha producido una derogación lisa y llana por incompatibilidad con la reforma constitucional de 1994. Atento a que la Corte Suprema continúa aplicando la ley de facto 16.986, se hace necesario analizar algunos aspectos de la misma, aún no comentados, en especial acerca de los extensos supuestos de inadmisibilidad previstos en el artículo 2° que al desnaturalizar el instituto la convirtieron en una auténtica “ley de desamparo”.

2.7.2. No es admisible cuando “Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate” (art. 2.a).

2.7.2.1. Esta importante cuestión ya fue aclarada: por un lado, resulta incompatible palmariamente con el artículo 43 de la CN la mención de las vías administrativas. Respecto a las vías judiciales y su mayor o menor idoneidad, es preciso recordar todo lo dicho acerca del carácter bifronte del nuevo amparo constitucionalizado, que funciona ora como vía directa y principal, ora como vía excepcional o subsidiaria.

2.7.3. No es admisible cuando “El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley 16.970” (art. 2.b).

2.7.3.1. Respecto a la primera cuestión, el concepto amplio de “autoridad pública” del artículo 43, párrafo 1° choca evidentemente con la previsión legal, como ya se dijo.

2.7.3.2. Respecto a la ley de facto citada (de Defensa Nacional) –hoy derogada por la Ley 23.554 de 1988–, siempre entendimos que si existía arbitrariedad manifiesta no había óbice para la procedencia del amparo, y que tal restricción era impropia de una reglamentación amparista.

2.7.4. No es admisible cuando “La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado” (art. 2.c).

2.7.4.1. Siempre sostuvimos que esta norma abría la posibilidad de excesos por parte de la autoridad que podía sentirse inclinada a sostener que las medidas restrictivas afectaban las actividades esen-

ciales del Estado, y que los jueces debían ser prudentes en esa valoración y no confundir la falsa invocación del interés público con los verdaderos supuestos en que dicho interés debía prevalecer. El artículo 43, párrafo 1º CN hace inaplicable este supuesto de la ley, en especial ante las poderosas empresas privadas que prestan dichos servicios públicos, como ya dijimos.

2.7.5. No es admisible cuando “La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba, o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas” (art. 2.d).

2.7.5.1. Respecto a la prohibición legal de discutir la constitucionalidad de normas y actos en el proceso de amparo, ya dejamos bien aclarado que esto es perfectamente factible a tenor de lo dispuesto expresamente por el artículo 43, párrafo 1º *in fine* CN. Sin embargo, es oportuno recordar cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema fue morigerando la restricción legal aun antes de la reforma constitucional de 1994:

2.7.5.1.1. Caso “Outon” –1967– (F. 267:215): la Bolsa de Trabajo Marítimo de San Fernando le denegó a un obrero portuario la inscripción en dicha Bolsa y la boleta de embarco, ambas necesarias para trabajar, en virtud de que para conceder dichos recaudos un decreto del Ejecutivo requería la afiliación al Sindicato Único Portuario que el actor no poseía. La Corte hizo lugar al amparo interpuesto por Outon, declaró inconstitucional ese decreto y dispuso que se inscribiera al actor en la Bolsa de Trabajo.

2.7.5.1.2. Caso “Mate Larangeira” –1967– (F. 269:393): se le prohibió a la actora la cosecha de yerba mate en virtud de que así lo disponía un decreto del Poder Ejecutivo; interpuesto el amparo, la Corte hizo lugar al mismo y ordenó que se le permitiera realizar la cosecha.

2.7.5.1.3. En estos casos, la Corte sostuvo que la prohibición legal no era absoluta; valía sólo en principio y no cuando la inconstitucionalidad era ineludible para la solución del caso. Si la incompatibilidad de la ley con la Constitución es manifiesta, no hay óbice para que proceda el amparo. No se trataba de una acción contra una norma inconstitucional, sino contra el acto que la aplicó. Sin embargo, en otros casos, la Corte desestimó el amparo cuando fue necesario para

ello declarar inconstitucional una disposición legal; en ellos afirmó que la acción directa declarativa de inconstitucionalidad no puede deducirse por vía de amparo, pues ello implicaría alterar las instituciones vigentes (ver esta etapa judicial al estudiar la acción declarativa).

2.7.5.1.4. Caso “Diario El Mundo” de 1974 (F. 289:177): la Corte dejó de lado en forma expresa la doctrina de los casos “Outon” y “Mate Larangeira”, sosteniendo que el artículo 2.d, de la ley de amparo es un impedimento expreso para que prospere un amparo que depende de una declaración de inconstitucionalidad normativa. En dicho caso, los decretos 811/74 y 812/74 habían dispuesto la prohibición de impresión, publicación y circulación del diario *El Mundo*, así como la clausura de sus oficinas.

2.7.5.1.5. Caso “Peralta” –1990– (F. 313:1513): se reitera explícitamente la doctrina de los casos “Outon” y “Mate Larangeira” en el voto mayoritario de la Corte y, por ello, entra al análisis del planteo de inconstitucionalidad del decreto 36/90 sobre la conversión de activos bancarios en bonos externos. En la disidencia de fundamentos Oyhanarte se enrola en la tesis restrictiva que niega la posibilidad de discutir por la vía del amparo la constitucionalidad de una norma.

2.7.5.2. Resta dilucidar ahora la primera cuestión que plantea el artículo 2.d, ley de facto 16.986, relativa a la “mayor amplitud de debate o de prueba”, recaudo que se vincula con el carácter manifiesto de la ilegalidad, arbitrariedad o inconstitucionalidad en el amparo. La norma exige, a pesar de la aparente disyunción, que se den ambos extremos (mayor debate y mayor prueba), y no basta con uno solo de ellos para desestimar el amparo. Además, ese recaudo legal no significa que el amparo sólo proceda en cuestiones de puro derecho, pues es posible que durante la sustanciación del proceso de amparo se produzcan pruebas compatibles con la rapidez que debe imprimirse a éste, incluso medidas para mejor proveer que satisfagan esa celeridad. A fin de la correcta aplicación de esta pauta, la guía orientadora debe ser, nuevamente, el carácter directo o excepcional que ostenta el amparo según la situación fáctica y axiológica implicada, ya que sin este entendimiento se desvirtuaría empleándolo para situaciones propias de un juicio ordinario. La Corte Suprema en el caso “Servotron” de 1996 (F. 319:2955) señaló que la demostración

de este requisito legal es imprescindible para la procedencia del amparo aun después de la sanción del nuevo artículo 43 CN.

2.7.6. No es admisible cuando “La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse” (art. 2.e).

2.7.6.1. Se diferencia de la regulación procesal del amparo contra particulares (art. 321, CPCCN), que no contiene limitación en este sentido. Este típico aspecto procesal no se compadece con el espíritu amplio del amparo cuando juega como vía directa o principal según el nuevo artículo 43, párrafo 1º CN. Ya había recibido merecida crítica de la doctrina mucho antes de la reforma constitucional: al castigar al agraviado por su inactividad en tan brevísimo lapso se purgaba una arbitrariedad o ilegalidad sin razón valedera (Fiorini). Por ello, a pesar del texto legal los jueces no deben desestimar los amparos extemporáneos contra autoridad pública. En todo caso, el comienzo del breve plazo legal deberá contarse a partir del momento en que el interesado pudo objetivamente conocer el acto de afectación (caso “Rúffolo” –1985–, F. 307:1054). Así dijo con toda precisión, luego de la reforma constitucional, la Cámara Nacional Civil, sala D, en 1995 en el caso “Seiler” (E. D. 165-214), que ante la duda acerca de si ha transcurrido o no el plazo del artículo 2.e, ley de facto 16.986, “se debe estar por la apertura del amparo; debiéndose adoptar idéntico temperamento cuando se carecen de datos acerca del momento en el cual se debe tener por iniciado dicho plazo”.

2.7.7. “Si la acción fuese manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones” (art. 3º, ley de facto 16.986).

2.7.7.1. Del juego de esta norma con las restricciones del artículo 2º se confirma, con toda evidencia, el carácter limitativo de la ley en estudio. Esta criticable situación desde su origen resulta aún más objetable a partir del nuevo artículo 43 CN, cuya amplitud tutelar para los derechos no exclusivamente patrimoniales o no patrimoniales impone que sólo en casos excepcionales un juez pueda rechazar liminarmente un amparo. Por ende, en estos casos, ante la duda sobre su admisibilidad debe estarse a favor de su procedencia por aplicación a fortiori del principio rector *in dubio pro actione* elaborado por la

Corte Suprema en torno a la acción contencioso administrativa (casos “Sacoar SA” –1988–, F. 311:2082; “Mackentor SA” y “Guerrero”, ambos de 1989, F. 312:1017 y 1306). En cambio, cuando el amparo juega como vía excepcional, la amplitud señalada no es, obviamente, aplicable.

2.7.8. “Será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto” (art. 4º, ley de facto 16.986).

2.7.8.1. Se fijan así las reglas de distribución de competencia: cuando la lesión la produce la autoridad nacional (en razón de la persona) debe intervenir el juez según la materia del litigio (civil, comercial, laboral, penal); en general, conoce el juez del lugar donde se produjo la lesión, pero si los efectos de ella se producen en lugar diferente, conoce el juez donde se produjeron tales efectos; cuando hay dudas sobre la competencia, conoce el juez donde ha sido radicado el juicio, porque la ley prohíbe el planteamiento de cuestiones de competencia; cuando hay varios titulares de derechos afectados, conoce el primer juez llamado a intervenir, y todas las acciones se acumulan en su juzgado. Esta disposición no impide que la Corte Suprema conozca en instancia originaria y exclusiva en los casos previstos en el artículo 117 CN. En los amparos por lesiones de autoridad no procede la recusación sin causa; sí en los interpuestos por lesiones de particulares.

2.8. Génesis jurisprudencial del amparo en Argentina:

2.8.1. Fallos anteriores a su creación pretoriana:

2.8.1.1. En 1933, en el caso “Bertotto” (F. 168:15), se presentó un hábeas corpus con el sentido de un amparo, que la Corte desestimó pues no se encontraba detenido ningún individuo, sino que se prohibía la circulación del periódico *Democracia* de Rosario, en razón de que el hábeas corpus no podía extenderse a libertades que no fueran la libertad física.

2.8.1.2. En 1950, en el caso “San Miguel” (F. 216:606), la Corte también desestimó el hábeas corpus interpuesto, pero la disidencia del juez Casares es un antecedente fundamental.

Hechos: una Comisión Bicameral del Congreso, encargada de in-

investigar actividades antiargentinas, dispuso clausurar el periódico *La República* de Rosario. Los propietarios interpusieron hábeas corpus como amparo de los derechos de trabajar, de prensa y de propiedad; se invocaba el artículo 29 de la Constitución de 1949 que protegía, en forma genérica, la libertad de la persona, sin especificar que se refiriese sólo a la libertad física, por lo que también podían estar protegidas las restantes libertades.

Sentencia de la Corte: no hace lugar al hábeas corpus. Sostuvo que el mencionado artículo 29 sólo protegía la libertad física y no las restantes libertades, que se encontraban protegidas de acuerdo con las leyes reglamentarias a las cuales habría que recurrir en el caso. La Corte indicó que primero había que agotar dichas vías ordinarias y luego, mediando sentencia definitiva, correspondía acudir a ella por la vía del recurso extraordinario.

Disidencia de Casares: votó a favor de la procedencia del hábeas corpus como amparo de derechos diversos a la libertad física. Sostuvo: a) que el amparo solicitado pretendía obtener el levantamiento de la restricción a esos derechos, en vista de la falta de competencia de la autoridad que la había dispuesto, y no aplicar una sanción ni reparar un daño; b) que las acciones ordinarias previstas en las leyes, tanto civiles como criminales, tienen un objetivo distinto, cual es obtener una reparación, y no asegurar de un modo efectivo, inmediato y actual el ejercicio del derecho restringido; c) que el artículo 36 de la Constitución de 1949 no podía entenderse como negación de garantías no enumeradas y que el artículo 29 tenía una mayor amplitud, por lo que correspondía un nuevo espíritu congruente con el predominio del sentido social sobre el político en la nueva Constitución.

2.8.1.3. En 1935, en el caso “Compañía Sudamericana de Servicios Públicos” (F. 174:178), la Corte admitió la procedencia del amparo sólo por la razón de que la demandada habría consentido dicha vía sumaria. Si por voluntad expresa de las partes, dijo el tribunal, se ha dado a la causa el trámite breve del recurso de amparo, no se encuentra en ello comprometido ningún principio de orden público.

2.8.1.4. En 1945, en el caso “Dana Montaña” (F. 201:245), de un juez federal trasladado sin su consentimiento, la Corte concedió el amparo interpuesto por dicho magistrado a fin de obtener garantía

para la estabilidad en su cargo. En rigor, éste fue el primer amparo concedido por la Corte, pero lo fue respecto de un órgano del Estado (no a favor de un particular) y sin desarrollar a fondo la doctrina de este instituto.

2.8.1.5. En 1957, en el caso “Casa de la Cultura Argentina” (F. 239:382), la Corte no hizo lugar al amparo, pero no por razones de la improcedencia de dicho remedio, sino porque consideró que en el momento que debía pronunciar su decisión no existía privación efectiva de derecho alguno (cuestión abstracta). De este modo, quedaba preparada la vía para la consagración jurisprudencial del amparo.

2.8.2. *Jurisprudencia consagratória del amparo:*

2.8.2.1. *Amparo contra actos de autoridad pública:*

Caso “Siri” –1957– (F. 239:459):

Hechos: Ángel Siri –director propietario del diario *Mercedes*, de la ciudad homónima de la Provincia de Buenos Aires– interpuso en sede penal provincial un recurso que fue caratulado como de hábeas corpus; sostuvo que desde el 21 de enero de 1956 su diario se encontraba clausurado con custodia policial, lo cual vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo (arts. 14, 17 y 18, CN). El juez interviniente pidió informes sobre los motivos de la medida: al comisario de Mercedes (quien contestó que la misma se tomó por orden de la Dirección de Seguridad de la Policía provincial, pero no especificó motivos) y luego al jefe de Policía provincial, a la Comisión Investigadora Nacional y al Ministerio de Gobierno de la Provincia (todos respondieron ignorar las causas de la clausura y la autoridad que la dispuso). El juez penal interviniente no hizo lugar al hábeas corpus debido a que este recurso sólo protege la libertad física o corporal de las personas, y en el caso dicha libertad no sufría restricción. La Cámara Penal de Mercedes confirma el fallo.

Sentencia de la Corte: luego de requerir nuevo informe sobre si continuaba la clausura del diario, lo cual fue ratificado por la policía, la mayoría de la Corte revoca la decisión apelada y ordena hacer cesar la restricción al diario clausurado; a tal fin utilizó los siguientes argumentos: a) Siri no interpuso un recurso de hábeas corpus pues solicitó protección para la libertad de imprenta y de trabajo, la que se hallaba

evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justificara dicha restricción; b) que no es necesario que el legislador haya reglamentado la protección de los derechos (es decir, que haya dictado la ley sobre amparo) para que los jueces restablezcan la garantía invocada; “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación” como dice el artículo 18 CN; c) con cita textual del *Manual de la Constitución argentina* de Joaquín V. González, la Corte dijo: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto”.

Comentario al fallo: este fallo luminoso fue posible gracias a la inspiración jurídica del entonces presidente de la Corte A. Orgaz, quien lo suscribe junto a Argañaraz, Galli y Villegas Basavilbaso; Herrera votó en disidencia manteniendo el viejo criterio. Se daban los tres requisitos básicos para la procedencia del amparo: restricción a un derecho constitucional, que la restricción sea ilegal (sin causa), por autoridad no competente para ello. La Corte declaró que los derechos individuales son operativos. El derecho constitucional a la propia conducta no puede ser restringido y el Estado le debe protección jurisdiccional sin necesidad de ley que lo disponga (la protección está dispuesta en la ley suprema). En cambio, la ley es necesaria para restringir el ejercicio del derecho, fijando su alcance. La cita de Joaquín V. González que utiliza la Corte anticipa la doctrina de la fuerza normativa de la Constitución que mencionáramos al estudiar las cláusulas operativas y programáticas.

2.8.2.2. *Amparo contra actos de particulares:*

Caso “Kot SRL” –1958– (F. 241:291):

Hechos: la firma Samuel Kot SRL (empresa textil de Villa Lynch, San Martín, Prov. de Buenos Aires) mantuvo un conflicto gremial con

sus obreros; dispuesta una huelga por el personal, la misma fue declarada ilegal por la autoridad administrativa local, pero luego anuló dicha ilegalidad e intimó a las partes a reanudar sus tareas. La empresa se negó a reincorporar a los obreros despedidos y el personal ocupó la fábrica. El mismo día de la ocupación Kot formuló denuncia por usurpación ante la comisaría local; intervino el juez penal en el asunto y sobreseyó a los obreros, pues la ocupación del inmueble se originó en el citado conflicto laboral y no tenía por objeto apropiarse de aquél. La Cámara Penal, primero, y la Corte, luego, desestimaron la apelación y el recurso extraordinario, respectivamente, en el expediente por usurpación. Pero antes de la sentencia de la Cámara Kot interpuso, ante ese tribunal, recurso de amparo a fin de obtener la desocupación del inmueble; invocó el precedente del caso "Siri" y que se estaban violando la libertad de trabajo (art. 14, CN), el derecho de propiedad (art. 17, CN) y la libre actividad (art. 19, CN). La Cámara desestimó el amparo. Sostuvo que el hábeas corpus sólo tiene por objeto la protección de la libertad personal y que los demás derechos debían ser protegidos por los procedimientos legales creados al efecto. Kot interpuso, contra esa sentencia, recurso extraordinario.

Sentencia de la Corte: la mayoría hizo lugar al amparo y ordenó al comisario de Villa Lynch que procediera a entregar a la firma Kot el establecimiento textil ocupado (previamente había oído a los obreros ocupantes). La Corte utilizó los siguientes fundamentos: a) sostuvo que Kot no había interpuesto hábeas corpus (argumento de la Cámara), sino un amparo, garantía distinta que procura una protección expeditiva y rápida para los demás derechos con base en el caso "Siri"; b) destacó que sólo en caso de legítima defensa o de estado de necesidad pueden los particulares satisfacer una pretensión por mano propia (acción directa) y que ningún precepto legal confería dicha facultad a los obreros; c) por ende, dijo la Corte, la ocupación del establecimiento es manifiesta e indudablemente ilegal, y nada autoriza a diferir los procedimientos ordinarios para la solución del conflicto gremial, pues aun en el caso de que los obreros tuvieran toda la razón, sería siempre verdad que la ocupación de la fábrica por ellos es ilegítima como vía de hecho no autorizada por nuestras leyes; d) señaló el Alto Tribunal que no era óbice a la procedencia del amparo la circunstancia de que la

restricción a los derechos (de trabajar y propiedad) proviniese de particulares y no de autoridad pública (como en el caso “Siri”) porque la garantía implícita del artículo 33 CN no excluye de protección a dichas restricciones, lo mismo que el artículo 8º D. U. D. H. que expresamente invoca; e) en tal sentido, agregó la Corte que si bien los constituyentes de 1853 tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos individuales contra excesos de la autoridad pública, ello fue porque en ese tiempo aquéllos no tenían otra amenaza que la del Estado, pero considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de los últimos años se observa que hay una nueva categoría de sujetos, con otra personalidad jurídica (los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas), que acumulan un enorme poder material o económico, a menudo opuesto al del Estado, y que representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos; f) en consecuencia, siempre que aparezca, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, corresponde que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo.

Disidencia de Oyhanarte-Aráoz de Lamadrid: rechaza el amparo interpuesto por Kot en un erudito y profundo estudio: a) el amparo, como garantía constitucional, sólo procede para proteger los derechos públicos subjetivos (es decir, los derechos del individuo frente al poder público) y no los derechos subjetivos privados (como era el caso de autos donde estaba restringido el derecho de dominio por un grupo de particulares); b) las restricciones de los derechos por particulares son actos ilícitos sujetos a las previsiones de la legislación ordinaria; c) en el caso no se puede hablar de inexistencia de remedio legal para reparar la restricción al derecho de Kot: para eso están los interdictos posesorios o la acción de desalojo; d) en rigor, no se puede decir que en el caso haya inexistencia de remedios, sino una supuesta ineficacia de los existentes utilizados por Kot (la justicia penal desestimó la acción por usurpación planteada).

Comentario al fallo: la mayoría de la Corte (Orgaz-Villegas Ba-

savilbaso-conjuez Béccar Varela) y la disidencia apuntada son una excelente demostración de la capacidad creadora de los jueces y de la necesidad de aplicar un método dinámico apropiado: a) la mayoría de la Corte reconoció la existencia de los grupos de presión, equiparándolos en su accionar a la actividad del Estado; b) el voto en disidencia, al afirmar que en el derecho argentino existen remedios suficientes para reparar la restricción del derecho que sufrió Kot, esboza la tesis que sostenemos acerca del carácter bifronte del amparo constitucionalizado (acción directa y principal o excepcional y subsidiaria).

3. Amparo colectivo (art. 43, párr. 2° CN):

3.1. Como ya señalamos, uno de los mayores avances de la reforma de 1994 es la cobertura del vacío normativo en torno a la protección de los derechos colectivos (ver su análisis dentro de los derechos constitucionales). Nunca antes desde la Constitución se había impulsado, a partir de la tutela jurisdiccional que provee el amparo, el participacionismo de la sociedad. La consagración de estos nuevos derechos (ej. arts. 41 y 42, CN) requería el establecimiento de nuevas garantías que asegurasen su tutela tanto en forma preventora como reparadora. Con esas miras, el constituyente de 1994 consagró el amparo colectivo, vía rápida y expedita para prevenir y/o reparar las lesiones a estos nuevos derechos en cabeza de plurales sujetos. Y a la inversa, al constitucionalizarse este amparo se les otorga reconocimiento a los impropiamente denominados "intereses difusos" que cada persona tiene en razón de pertenecer a un grupo, clase o categoría.

3.2. A esta nueva subespecie de la acción de amparo le es aplicable todo lo dicho en relación al párrafo 1° del artículo 43 CN, pero con importantes excepciones que le dan una nueva proyección y resonancia por las especificidades propias del amparo colectivo: lo relativo a los derechos protegidos, al sujeto activo con aptitud para presentarlo (legitimación procesal) y los efectos de la sentencia. Estos aspectos rompen con los moldes teóricos y procesales clásicos o tradicionales. La dimensión colectiva impacta, entonces, en la nueva garantía: tanto en la acción, en el proceso, en la sentencia y en el rol protagónico e innovador del propio juzgador.

3.3. Como en definitiva el amparo colectivo es una modalidad del amparo clásico individual, el carácter operativo consagrado pretoria-

namente en los casos “Siri” y “Kot” no puede ser negado al nuevo amparo consagrado en el artículo 43, párrafo 2º CN. Incluso, la Corte en 1992 en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (F. 315:1492) hizo nacer el amparo colectivo sin necesidad siquiera de norma constitucional expresa e independientemente de las leyes reglamentarias (c. 31, voto de la mayoría). En esta especie de amparo, resulta sin duda alguna inaplicable la ley de facto 16.986/66, ya que toda la discusión en torno a su vigencia luego de la reforma de 1994 debe reducirse a la especie clásica del amparo individual, mas no al colectivo, porque éste no fue regulado por dicha normativa.

3.4. Objeto de protección del amparo colectivo:

3.4.1. “*Derechos de incidencia colectiva en general*”: la expresión “*en general*” pone en claro que los supuestos mencionados anteriormente son especies particulares de los derechos de incidencia colectiva. Es decir, que se amplía la tutela al género mayor de situaciones pasibles de merecerla, sin restricción de ninguna naturaleza. Para el sentido y alcance de la expresión “*incidencia colectiva*” ver lo dicho en el capítulo de los derechos de ese nombre.

3.4.2. Derechos de incidencia colectiva en particular:

3.4.2.1. “*Contra cualquier forma de discriminación*”: es la primera tutela de los derechos públicos subjetivos o colectivos. Se trata de un derecho de sector y no solamente de casos de discriminación de sujetos individualizados, como queda claro debido a su ubicación en el párrafo 2º del artículo 43 CN. No será necesario que se discrimine a todo el sector para que opere la garantía. Bastará que un solo individuo, integrante de la categoría, sea discriminado en razón de su pertenencia a ella. Incluso cualquier individuo integrante del sector o clase, aún no afectado directamente, podrá interponer la acción, con lo que se evita que el eventual consentimiento del afectado directo implique la desprotección del grupo.

3.4.2.1.1. Al decir “*cualquier*” la Constitución expande las fronteras protectorias de esta subespecie de amparo: a) a todos los motivos de discriminación posibles receptados en varios de los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 2º), a partir de la fórmula consagrada por el artículo 2.1 D. U. D. H. (“*raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o*

de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”) reiterada por los artículos 1° y 24 C. A. D. H.; b) a todas las afectaciones específicas de discriminación, que por aplicación analógica refiere el artículo 1.1 de la C. I. E. T. F. D. R. (discriminación denota “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia [...] que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad...”).

3.4.2.2. “*Derechos que protegen al ambiente*”: se hace referencia a la totalidad de la temática consagrada en el artículo 41 CN, a cuyo análisis remitimos.

3.4.2.2.1. *Amparo ambiental*: la trascendencia y peculiaridad del bien jurídico tutelado (presupuesto vital para el ejercicio de otros derechos que alcanza, incluso, a las generaciones futuras), sumado al expreso deber de preservarlo, permite afirmar que la Constitución es favorable a un verdadero amparo ambiental con contornos propios, sumamente flexible en pos de proteger debidamente tan preciado bien (para evitar un daño ambiental; en el caso de que éste se haya producido o se esté produciendo, para hacerlo cesar, y eventualmente, para exigir el retorno al estado de cosas anterior). Además, si liminarmente se advierte la sospecha o mera posibilidad de daño al ambiente, deberán tomarse las medidas urgentes que sean menester (de no innovar para cesar el daño, o innovativa para ordenar hacer con el fin de evitar o recomponer el daño). Incluso somos partidarios de la llamada cautela “autosatisfactiva” o “tutela anticipada” (medida cautelar que coincide con el objeto del amparo colectivo).

3.4.2.3. “*Derechos que protegen [...] a la competencia, al usuario y al consumidor*”: remite a la regulación constitucional del artículo 42 CN ya considerada en el capítulo de derechos constitucionales.

3.5. Sujetos activos del amparo colectivo:

3.5.1. La gran novedad en materia de legitimación activa es la recepción constitucional de una pluralidad indistinta de sujetos habilitados, en todos los casos, para interponer el amparo colectivo: en forma expresa, el afectado, el Defensor del Pueblo y ciertas asociaciones (art. 43, párr. 2°, CN), e implícita, el Ministerio Público (art. 120, CN). Se ha procurado no establecer un único sujeto con aptitud

para iniciar el amparo (legitimado activo) sino una verdadera combinación de distintas alternativas conocidas en el derecho comparado o recomendadas por la doctrina. De esta manera, pensamos que el artículo 43, párrafo 2º CN reconoce implícitamente la regla *in dubio pro legitimationem*: flexibilización en la apreciación de las causales de admisibilidad de las acciones colectivas, las cuales sólo serán rechazadas en último extremo cuando el defecto fuera manifiestamente insubsanable, pues lo que interesa no es la perfección formal de quien actúa sino la reparación del daño público-colectivo que es preciso evitar o reparar.

3.5.2. El “*afectado*”: encontrándose dicha expresión en el contexto de la tutela de los derechos de incidencia colectiva, no cabe duda de que el afectado no lo es en su carácter de titular de un derecho personal o individual (concreto, exclusivo y particularizado), sino como miembro de una clase, sector o categoría afectada (cualquier persona involucrada directa o indirectamente en una situación compartida con otros). Claro que muchas veces la afectación es tan genérica (afecta a todos) que es imposible pretender encontrar un “*afectado*” *stricto sensu*, dándose el absurdo de que como a todos perjudica nadie puede reclamar en justicia. Por ello, pensamos que la expresión “*afectado*” en lugar de achicar, dilata y amplía la legitimación tradicional. En efecto, esa mención a secas, sin calificación alguna, no permite al intérprete realizar distinciones que la Constitución no efectúa y debe entenderse, entonces, como comprensiva tanto del “*afectado*” directo como del indirecto o implicado. Cualquiera de ellos se encuentra habilitado para acceder a la justicia por vía de amparo colectivo. En suma, al incluirse esta legitimación en el 2º párrafo debe entenderse que no se está reiterando el supuesto del 1º párrafo del artículo 43; por ello, sorprende la polémica generada por cierto sector de la doctrina que asume una incomprensible posición restrictiva: el afectado sería el titular del derecho subjetivo clásico, es decir, la persona que puede invocar un daño diferenciado. Por este conducto se elude toda dimensión colectiva y la mención del afectado del 2º párrafo sería redundante, pues ya estaría previsto en el 1º párrafo.

3.5.2.1. *Jurisprudencia anterior a la reforma de 1994*: ya señalamos (ver introducción de los derechos de incidencia colectiva) que a partir

de la década de los ochenta, especialmente en materia ambiental, fueron algunos jueces de instancias de grado los que comenzaron a admitir la legitimación para actuar en defensa de lo que la reforma de 1994 denomina "*derechos de incidencia colectiva*".

3.5.2.1.1. Caso "Kattan y otro" -1983- (L. L. 1983-D-568), conocido como "caso de las toninas overas", donde el juez de 1ª instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 2 de Capital (Garzón Funes) hizo lugar a una medida cautelar y luego al amparo interpuesto por el nombrado abogado y Schroder contra el permiso de pesca otorgado a un circo japonés por la Secretaría de Intereses Marítimos para capturar ejemplares de esos cetáceos en aguas territoriales argentinas. Virtualmente hizo lugar a una acción popular sobre la base del artículo 33 de la CN. Como el artículo 1º, Ley 22.421 impone a todos los habitantes el deber de preservar la fauna, consideró que existía una correlativa legitimación para su defensa. Este pionero y brillante precedente en la materia se amplifica por la época en que tuvo lugar.

3.5.2.1.2. Un año atrás, en 1982, la Corte Suprema, en el caso "Quesada" (F. 304:1614), había confirmado el rechazo de un amparo ambiental dirigido a impedir la poda de árboles de la plaza Grand Bourg en defensa del patrimonio histórico-cultural (aunque sin abrir juicio sobre la legitimación del actor ni sobre la existencia del derecho a preservar el patrimonio nacional). En 1986, en el caso "Christou" (F. 308:155), la Corte Suprema hizo lugar a un amparo de varios vecinos del Municipio bonaerense de Tres de Febrero que pedían la anulación de una ordenanza que autorizaba un área industrial, aunque no se pronunció sobre su legitimación. Recién en 1992, en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" (F. 315:1492), la Corte hace nacer en el derecho argentino el amparo colectivo sin norma constitucional expresa en relación al derecho de réplica al reconocer legitimación a un afectado en "una suerte de representación colectiva" (c. 24/25 del voto mayoritario), como se analiza en derecho a la información.

3.5.2.2. *Jurisprudencia posterior a la reforma de 1994:*

3.5.2.2.1. Al mes de sancionada la reforma de 1994, en el caso "Schroeder c/Estado Nacional" (E. D. 160-346), la Cámara Contencioso Administrativa Federal de Capital, sala III, dispuso la nulidad de la licitación de la construcción de una planta de tratamiento de

residuos peligrosos impugnada por vía de amparo por haberse omitido la realización previa de estudio de impacto ambiental y con invocación del artículo 43. Consideró que el carácter de vecino de los actores encuadra en la expresión “*el afectado*” contenida en la norma, sin necesidad de que exista afectación de un derecho subjetivo personal. Buena interpretación jurisprudencial de la nueva cláusula constitucional que debe mantenerse y extenderse también a la defensa de otros derechos de incidencia colectiva. Así lo hizo el Superior Tribunal de Entre Ríos en el caso “Moro” –1995– (E. D. 167-65), al incluir en la noción de ambiente al patrimonio histórico y cultural; también invocado el artículo 43, párrafo 2º CN ante el planteo de un vecino-afectado por su mera proximidad a un espacio verde donde se proyectaba construir un polideportivo.

3.5.3. “*El Defensor del Pueblo*”: su inclusión en el artículo 43, párrafo 2º CN se corresponde con la “legitimación procesal” que le reconoce el artículo 86, párrafo 2º CN. Sin embargo, la Corte se la ha denegado en varias oportunidades en amparos indiscutiblemente colectivos, desvirtuando la letra y el espíritu de la novedad constitucional, como se analiza en el capítulo de órganos extrapoder.

3.5.4. “*Las asociaciones*”: la legitimación procesal de las asociaciones que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva se corresponde con el carácter colectivo de los derechos tutelados. La exigencia constitucional acerca de la ley reglamentaria (“*que determinará los requisitos y formas de su organización*”) no puede convertirse en un obstáculo que frustre su acceso a la justicia. A más de una década de la reforma sin que el Congreso haya cumplido con este imperativo constitucional, los jueces deberán reconocer legitimación para estar en juicio a favor de entidades que, gozando de personería jurídica, justifiquen su compromiso en relación a la defensa de los derechos de los sectores afectados o simplemente tengan en su finalidad institucional reconocida esa misión. Lo contrario importaría negar la supremacía de la Constitución por la simple omisión del legislador. Respecto a las asociaciones de consumidores y usuarios, éstas ya están previstas en la Ley de Defensa del Consumidor (art. 55, Ley 24.240).

3.5.4.1. La cláusula constitucional no exige una forma asociativa en particular, sólo que se encuentre definida su finalidad institucional

en sus estatutos. También incluye a las asociaciones profesionales (sindicatos) y de profesionales (colegios), partidos políticos, etcétera. Es decir, que este verdadero pluralismo asociativo impide que la reglamentación legal establezca de manera taxativa qué asociaciones pueden iniciar acciones en representación de cada sector, clase o categoría. En cambio, aparece como razonable que no se conceda legitimación a las asociaciones que tengan fin de lucro, pues desvirtuaría la esencia de los derechos de incidencia colectiva.

3.5.4.2. Obviamente que los integrantes del sector o clase no están obligados a afiliarse a la asociación legitimada para actuar en su nombre, ni tampoco a prestar expreso consentimiento a la actuación judicial de ésta, la que no necesariamente debe actuar en defensa de los intereses de todos o algunos de sus asociados. De esta forma, el amparo colectivo también beneficia a los miembros del grupo o categoría aunque no estén asociados o no hayan adherido a la acción. Por ello, no es necesario que los miembros de estas asociaciones coincidan totalmente con los miembros del grupo afectado. Ello no es óbice a que cada afectado de la categoría o clase pueda hacerse parte en un amparo colectivo iniciado por una asociación.

3.5.4.3. No obstante la claridad del texto constitucional comentado, la mayoría de la Corte Suprema viene asumiendo una postura contradictoria respecto a la legitimación de las asociaciones: mientras en 1997 hizo lugar a una acción colectiva interpuesta por una asociación de grandes usuarios de electricidad (caso "Aguera c/Prov. Buenos Aires", F. 320:690, comentado en acción declarativa), al año siguiente negó legitimación en concreto a sendas asociaciones de pequeños consumidores a las cuales se sumó el Defensor del Pueblo cuando cuestionaron al Poder Ejecutivo por un aumento tarifario en el servicio telefónico (caso "Prodelco", F. 321:1252) y su intervención a la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones (caso "Consumidores Libres", F. 321:1352). Este criterio negatorio del Alto Tribunal implicó un réquiem al amparo colectivo y un desconocimiento de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios telefónicos (ver su comentario en derechos de los consumidores y usuarios), absolutamente inadmisibles cuando la misma Corte lo creó pretorianamente con anterioridad a la reforma constitucional en el caso "Ekmekdjian c/Sof-

vich” de 1992. Empero, el 1-6-2000 la totalidad de miembros de la Corte en el resonante caso “Asociación Benghalensis” (ver su glosa en derecho a la vida) recibió un amparo deducido por seis instituciones intermedias a quienes se reconoció legitimación en tanto asociaciones representativas de todos los afectados por el virus del sida (en la medida en que sus estatutos tenían por objeto la protección de quienes padecen ese mal), sin que ello signifique negar capacidad procesal a cada uno de los enfermos y a pesar de no haberse dictado aún ley alguna que reglamente lo atinente a las asociaciones mencionadas en el artículo 43, párrafo 2º, CN. En esa misma línea se inscribe la decisión de la Cámara Nacional Electoral del 10-10-2000 en el caso “Mignone” que reconoció legitimación al CELS para entablar un amparo colectivo en favor de todos los procesados privados de la libertad y del derecho a sufragar (para el fondo de la cuestión ver su comentario en derechos políticos).

3.5.5. *Legitimación del Ministerio Público*: aunque el artículo 43, párrafo 2º CN no lo mencione, pensamos que se encuentra habilitado para interponer amparos colectivos por aplicación del artículo 120, párrafo 1º CN cuando establece que le corresponde a este órgano extrapoderar “*promover la actuación de la justicia en defensa [...] de los intereses generales de la sociedad...*” Así lo ha interpretado la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1998 (24.946):

3.5.5.1. Respecto al Defensor General de la Nación, éste deberá “realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional” (art. 51.d).

3.5.5.2. Además, en cualquier fuero podrán “los Fiscales ante la justicia de Primera Instancia [...] hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales [...] para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan” (art. 41.a).

3.5.6. *Legitimación de los legisladores*: se viene discutiendo en los estrados judiciales si los legisladores están habilitados para interponer acciones judiciales –amparos, especialmente– no en procura de asegurar derechos individuales, sino para proteger intereses colecti-

vos. Así, por ejemplo, en contra del contenido de una ley, en defensa del procedimiento de formación de la ley o en defensa de una competencia propia frente a una interferencia inconstitucional de otro órgano.

3.5.6.1. Sin perjuicio de los distintos criterios sentados en instancias de grado, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido reticente en esta materia: caso “Dromi” –1990– (F. 313:863), analizado en *per saltum* dentro de recurso extraordinario; caso “Polino” –1994– (F. 317:335), comentado en reforma constitucional, y caso “Jorge Rodríguez” –1997– (F. 320:2851), cuyo análisis se efectúa dentro de las atribuciones normativas del P. E. N.

3.5.6.2. No estamos de acuerdo con esta doctrina negatoria que retea legitimación a los legisladores accionantes con el repetido argumento de que éstos sólo pueden ejercer el control en el ámbito del Congreso si no demuestran un perjuicio directo, real y concreto. Desde siempre hemos sostenido que los derechos del pueblo, implícitos en la soberanía a que hace referencia el artículo 33 CN, son el fundamento para reconocerle derechos a la sociedad como “ente moral o colectivo”. Negar la legitimación activa a los representantes del pueblo no hace más que obstaculizar el funcionamiento del Estado de Derecho. Los casos citados son contradictorios con “Ekmekdjian c/Sofovich” de 1992, pues se les niega a los parlamentarios lo que se le reconoció a un ciudadano.

3.6. Efectos de la sentencia en el amparo colectivo:

3.6.1. Tan importante y novedoso como determinar la amplitud de la legitimación en el amparo colectivo es discernir el alcance de la sentencia dictada en este tipo de procesos en los cuales la esencia misma del derecho involucrado hace necesaria su proyección más allá de las partes del juicio. Lo que procura el amparo colectivo es defender a todos los miembros del grupo, categoría o clase afectada. Es propio del amparo colectivo la modificación del tradicional concepto de la cosa juzgada en el sentido de que ella alcanza al no interviniente sólo *in bona parte*, pero no cuando la resolución sea contraria al derecho colectivo. Esto se justifica porque la defensa del interés público-colectivo no debe caducar ni prescribir nunca; no está gobernado por el postulado de la disponibilidad del interés privado. Entonces, es impe-

rioso distinguir según que la sentencia desestime o haga lugar a la pretensión colectiva impetrada.

3.6.1.1. En caso de que la sentencia rechace el amparo colectivo, no existe cosa juzgada y, por ende, no se podrá impedir el replanteo de la cuestión por otro u otros en el futuro en un nuevo juicio. Se evita, de este modo, la sospecha de colusión entre el accionante y quien produjo el daño al interés colectivo para lograr paralizar nuevas acciones que bien articuladas pudieran prosperar; así como que una defectuosa, negligente o errónea presentación de un amparo colectivo interpuesto por una fracción o parte indivisa de la totalidad de los afectados perjudique a todos ellos, ausentes en el proceso, causándoles un gravamen de imposible reparación ulterior.

3.6.1.2. En cambio, si el amparo colectivo es aceptado por la sentencia, la cosa juzgada se expande a favor de todos los afectados, actuales o potenciales. En estos supuestos el efecto *erga omnes* encuentra fundamento en que se evita el riesgo de pronunciamientos judiciales contradictorios y la proliferación de litis sucesivas con perjuicio de la economía procesal. En este sentido, en el caso “Ekmekdjian” de 1992 –no obstante las particularidades del derecho en cuestión– la mayoría de la Corte sostuvo que el “efecto reparador” de la sentencia “alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio [...] a efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables” (c. 25).

Acción de hábeas data

1. Su ubicación en nuestro derecho:

1.1. Como novedad absoluta dentro de las garantías constitucionales introducidas por la reforma de 1994 se encuentra esta especie del amparo innominado por el constituyente (que la doctrina ha bautizado como “hábeas data” siguiendo a la Constitución de Brasil de 1988). En efecto, el artículo 43, párrafo 3º CN constitucionaliza por vez primera en el ámbito federal la temática del hábeas data. Aunque sin usar ese *nomen iuris*, queda claro que se trata de un amparo especializado cuando dicha cláusula comienza diciendo “esta acción”, en re-

ferencia al amparo contenido en el primer párrafo. Así, el hábeas data es un novísimo desprendimiento del tronco del amparo genérico, una especificación del mismo en razón de la materia, motivo por el cual también se lo ha denominado amparo informativo o informático. Por ende, le corresponden todas las consideraciones efectuadas al estudiar el amparo como género de tutela, claro está que con las peculiaridades que aquí se analizan.

1.2. Su denominación latina no oculta su reciente aparición no sólo en nuestro texto supremo sino en el mundo jurídico contemporáneo, ya que forma parte de la última y nueva edad de las garantías como respuesta o reacción al impacto informático en la sociedad ocurrido a partir de los acelerados avances técnico-científicos que permiten el almacenamiento, procesamiento y transmisión de datos como nunca antes había ocurrido y que afectan los derechos más próximos de las personas. Sin embargo, ese contexto tecnológico que justifica y explica su alumbramiento no acota sus fronteras de tutela. En este sentido, la breve norma constitucional que lo recepciona da un marco suficientemente amplio que permite ajustes y desarrollos.

1.3. El Congreso Nacional sancionó a fines de 1996 el proyecto de la Ley 24.745 sobre hábeas data, que fue vetada totalmente por el Ejecutivo (Dec. 1666/96). Recién en 2000 se dicta la Ley 25.326, esta vez sólo vetada parcialmente en dos disposiciones (Dec. 995/2000), denominada de "Protección de los Datos Personales" que ella misma equipara a la acción judicial también llamada de "hábeas data", re-ceptando legislativamente la nominación doctrinaria.

1.4. Su rostro específico está dado por cuatro temas concatenados: qué derecho tutela, cómo lo hace, quiénes son los sujetos intervinientes, y su procedimiento. Veamos estos aspectos al sesgo de la norma constitucional sin descuidar su reglamentación legislativa.

2. Objeto de protección del hábeas data:

2.1. El artículo 43, párrafo 3º CN no dice expresamente cuál es el derecho tutelado por esta acción. Para nosotros esa omisión no constituye un déficit normativo, sino que por el contrario allí parece radicar su principal virtud al hacer del hábeas data federal una acción flexible, elástica, *in fieri*, susceptible de evolucionar sobre sí misma y abarcar nuevos campos de derechos originariamente, quizá, no tenidos en cuenta.

2.2. Generalmente la doctrina señala que sólo se protege la intimidad o privacidad (más allá de la distinción que hicimos al estudiar los derechos personalísimos) consagrada en el texto histórico del artículo 19 CN en los términos definidos por la Corte Suprema al decir que ella configura el “derecho a decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal” (caso “Ponzetti de Balbín” –1984–, F. 306:1892), o con más precisión, que “protege un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad” (c. 7, caso “DGI c/Colegio Público de Abogados” –1996–, F. 319:71). Esta postura parece confirmarse en el propio texto constitucional en tanto menciona “*los datos a ella* [a la persona que acciona] *referidos*”. Para nosotros, entonces, al procurar el acceso, control y disposición de los datos personales, sin duda se intenta proteger, primeramente, la intimidad-privacidad.

2.2.1. En este sentido el hábeas data tiene por finalidad impedir que en bancos o en registros de datos se recopile y/o disponga de los denominados datos “sensibles”: información relativa a aspectos propios de la personalidad estrechamente vinculados con la intimidad y privacidad de las personas (conductas o hábitos de vida personal o familiar, filiación política, creencias religiosas, militancia gremial, desempeño en el ámbito laboral o académico, entre otros). Se presume, sin admitir prueba en contrario, que ostentan carácter discriminatorio y, por ende, o es ilícito su almacenamiento o, siendo legítimo, debe mantenerse reservado. La Ley 25.326 recepta esta noción de “datos sensibles” en su artículo 2º, vedando la obligación de proporcionarlos (art. 7.1), salvo excepción legal (arts. 7.2, 7.3, 7.4 y 8º).

2.3. Pero a poco andar se observa que frecuentemente se extiende el objeto de protección al “pleno ejercicio de otros derechos” (por ej., art. 20, Const. de Buenos Aires), o simplemente a “algún derecho” lesionado o restringido (por ej., art. 16, Const. porteña). De este modo,

a pesar de la literalidad del artículo 43, párrafo 3º, aparece un plexo de derechos y no sólo el par intimidad-privacidad como objeto de tutela del hábeas data. Por ello, parte de la doctrina, incluso algún ministro de la Corte federal en el caso “Urteaga” de 1998 que vemos más adelante, prefiere hablar de la autodeterminación informativa, como nuevo derecho humano abarcativo de los conocidos derechos en nuevas proyecciones (por supuesto, la intimidad-privacidad) y nuevas prerrogativas (derecho a acceder, controlar o disponer sobre el uso o transmisión de datos). Este criterio es el adoptado por la Ley 25.326 al incluir como objeto de garantía “el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre” (art. 1º).

2.4. *Hábeas data colectivo*: además de la dimensión individual del hábeas data recibida en el artículo 43, párrafo 3º CN y en la Ley 25.326, su ámbito de protección se proyecta a una faceta colectiva por aplicación del artículo 43, párrafo 2º CN en tanto el derecho tutelado sea “*de incidencia colectiva*”, lo que se refuerza con el artículo 33 CN. A su vez y en especial, procede para acceder, controlar o disponer de los datos registrados relativos a los derechos al ambiente (art. 41, párr. 2º, CN), de consumidores y usuarios (art. 42, párr. 1º, CN), ambos ya analizados en derechos de incidencia colectiva, específicamente el bautizado como “hábeas data ambiental” (ver en derechos ambientales el caso peruano allí citado); así como contra toda forma de discriminación (ver amparo colectivo).

2.4.1. En última instancia el hábeas data colectivo también permite hacer efectivo el postulado republicano de la publicidad de los actos de gobierno al posibilitar a los ciudadanos el acceso a la información pública con base en el artículo 1º CN. En forma expresa lo reconoce la Constitución porteña (arts. 105.1 y 132, reglamentados en 1998 por la Ley 104 de Acceso a la Información) y la Ley 12.465 de 2000 de la Provincia de Buenos Aires.

3. **Especies de hábeas data:**

3.1. La mera lectura del artículo 43, párrafo 3º CN muestra que la finalidad del hábeas data (en cualquiera de sus modalidades: individual, colectiva o pública) no es única, sino que puede ser múltiple y variada: “*tomar conocimiento de los datos*” y “*de su finalidad*”, o

exigir su “supresión”, o su “rectificación”, o su “confidencialidad”, o su “actualización”. A su vez, esas seis pretensiones textuales pueden acumularse en dos fases sucesivas si no se conoce previamente el dato: una primera (para conocer los datos) preparatoria de la segunda (con sus distintas finalidades), o consistir en un solo pedimento que se concentra en una sola fase procesal: o sólo conocer o –si ya se conoce– directamente para suprimir, rectificar, actualizar o hacer confidencial algún dato.

3.2. Esta acción puede ser clasificada en diferentes especies no taxativas a partir del útil criterio expuesto por Sagüés (2):

3.2.1. *Hábeas data informativo* (“para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad”): esta especie procura el acceso a la información. Aquí el juez ordena mostrar y/o manifestar. Reconoce tres variables según su finalidad:

3.2.1.1. *Hábeas data exhibitorio*: busca sólo tomar conocimiento de los datos registrados (previstos en el art. 14, Ley 25.326).

3.2.1.2. *Hábeas data finalista*: pretende saber para qué y para quién se registran los datos; resulta indispensable para los casos en que se invoca discriminación (receptado en el art. 13, Ley 25.326).

3.2.1.3. *Hábeas data autoral*: intenta saber de quién o quiénes se obtuvieron los datos. Sin base constitucional expresa, es una derivación razonable y directa de las pretensiones constitucionalizadas (lo prevé el art. 13, Ley 25.326).

3.2.2. *Hábeas data modificador*: esta especie procura cambiar la información almacenada. Es claro que para modificar algo es necesario conocerlo, de modo que aquí se deberá previamente tomar conocimiento del contenido y/o finalidad del registro para luego precisar la pretensión modificatoria que el juez deberá ordenar. Admite tres subespecies, de menor a mayor alcance (todas ellas previstas en el art. 16, Ley 25.326):

3.2.2.1. *Hábeas data aditivo* (“para exigir la actualización”): procura agregar datos faltantes o no incluidos en el registro, ya que no hacerlo es una forma de falsedad por insuficiencia (ej. procesado luego sobreseído; casada luego divorciada).

3.2.2.2. *Hábeas data rectificador* (“para exigir la rectificación”): pretende corregir información errónea o incorrecta.

3.2.2.3. *Hábeas data cancelatorio* (“para exigir la supresión”): pretende eliminar datos falsos o que siendo verdaderos puedan provocar discriminación. Es decir, que se procura la supresión de datos sensibles o no. En el primer caso no importa que sean verdaderos o falsos (datos ilegítimos); en el segundo, es preciso acreditar su falsedad. Pensamos que la antítesis del *hábeas data cancelatorio* sería el *hábeas data conservador*: para evitar el deterioro, destrucción o pérdida de datos (ej. constancia de pago de servicios públicos), recibido en el artículo 9º, Ley 25.326.

3.2.2.3.1. Aquí se plantea el tema de si procede la cancelación de un dato que fue verdadero y legítimo pero que se ha convertido en caduco u obsoleto. Mientras parte de la doctrina lo acepta como un auténtico “derecho al olvido” transcurrido cierto tiempo (Palazzi), algún precedente judicial lo ha desestimado (CNCiv., sala G, “Falcionelli c/Org. Veraz SA” –1996–, J. A. 1997-I-26). Nos parece que todo depende de los intereses en juego, por lo que resulta imposible dar una respuesta a priori y válida para todos los casos. Por su parte la Ley 25.326 prevé esta cuestión vinculada a los “servicios de información crediticia” (art. 26.4).

3.2.3. *Hábeas data reservador* (“para exigir la confidencialidad”): esta especie busca la no divulgación de datos lícitamente registrados amparados por el secreto (ej. fiscal, bancario o médico). Aquí no hay modificación alguna (se presupone que el dato es verdadero y legítimo), pues lo que se persigue es la prohibición al responsable del registro de que los haga públicos o los dé a conocer a terceros. En esta modalidad se pueden incluir ciertos datos sensibles cuyo registro es legítimo pero al que sólo se permite su acceso a las personas expresamente autorizadas. La Ley 25.326 lo prevé en los artículos 10 y 16.1.

3.3. *Hábeas data investigativo*: sin base constitucional expresa, esta especie procura averiguar la existencia misma del registro de datos público o privado (contemplado en el art. 13, Ley 25.326). Se asemeja al exhibitorio pero es más específico pues procura la búsqueda o averiguación. En una variante extrema, esta especie permite obtener datos no contenidos en registro alguno. De alguna manera, es reconocido

en el voto de algunos ministros de la Corte federal en el caso “Urteaga” de 1998, que se analiza al final del acápite.

4. Sujetos de la acción de hábeas data:

4.1. **Sujeto activo** (*titulares de la acción*): en el comienzo del párrafo 3º, artículo 43 CN se reitera la fórmula utilizada en el párrafo 1º (“*Toda persona*”). Ello significa que están legitimados para interponer un hábeas data todos los habitantes (nacionales y extranjeros), tanto las personas físicas como las jurídicas. Respecto a estas últimas vale aclarar que no en todos los casos podrán presentar la acción (obviamente no para proteger los “datos sensibles”). Además, si se acotara el derecho protegido a la intimidad humana, las personas de existencia ideal estarían inhibidas; tal el caso de la Ley 5/1992 de España (LOR-TAD). De esta cuestión se ocupa la Ley 25.326 admitiéndola para las personas de existencia ideal en ciertos casos tanto como titulares de datos (art. 1º, párr. 2º) como de la acción (art. 34, párr. 2º).

4.1.1. La generosa amplitud de la expresión inicial parece restringirse cuando la norma constitucional habla de “*datos a ella referidos*”, lo que habilitaría sólo al afectado directo o representante convencional (mandatario) o legal (padre, tutor o curador); esto –en principio– implica que no podrá tomar conocimiento de datos de terceros aunque tuvieran directa vinculación con el registro de datos personales, materia de la acción. Pero ya vimos que esa legitimación debe ser ampliada: la Corte la extendió para supuestos especiales al hermano (caso “Urteaga” de 1998), a la hija (caso “Santucho” de 1999) y a la esposa (caso “Engel” de 1999); por nuestra parte, también incluimos, por reenvío al artículo 43, párrafo 2º CN en protección de derechos de incidencia colectiva: al afectado indirecto y reflejo, al Defensor del Pueblo (la Ley 22.284, art. 24.a, se refiere a una especie de hábeas data exhibitorio) y a ciertas asociaciones. En suma, son sujetos activos toda persona, física o jurídica, interesada a quien se afecte en sus derechos, cualquiera sea la naturaleza de éstos. A pesar de que la Ley 25.326 se ocupa solamente del hábeas data individual adoptando una postura amplia en materia de legitimación activa (incluye a ciertos familiares), de todas formas admite la intervención “en forma coadyuvante” del Defensor del Pueblo (art. 34).

4.2. **Sujeto pasivo**: como surge de la cláusula constitucional, **esta**

acción procede contra el titular, gestor o administrador de los registros o bancos de datos, tanto públicos (sin especificación) como privados (con una aparente limitante). Es claro que los registros controlables pueden ser manuales, mecanografiados, digitales, electrónicos, magnéticos, ópticos. La Ley 25.326 luego de definir qué se entiende por “archivo, registro, base o banco de datos”, “responsable” y “titular de los datos” y “usuario de datos” (art. 2º), reconoce legitimación pasiva a los citados “responsables” y “usuarios” (art. 35).

4.2.1. **Registros públicos:** el adjetivo no es por oposición a secreto, sino sinónimo de todo órgano (administrativo, legislativo, judicial, de contralor, etc.) o dependencia estatal en todos los niveles (nacional, provincial o municipal) y en todas sus órbitas (centralizada o descentralizada, tanto de naturaleza civil, militar o de seguridad). Dicha amplitud se basa en que el artículo 43, párrafo 3º CN no distingue (a diferencia de los registros privados donde lo hizo expresamente) y en la transparencia y publicidad inherentes a la forma republicana de gobierno (art. 1º, CN). Por ello, su alcance es irrestricto y tampoco debe excluirse por cuestiones de defensa o seguridad. En sentido contrario, la Ley 25.326 permite “mediante decisión fundada” que el responsable o usuario del registro deniegue el hábeas data (art. 17, párr. 1º), mientras acepta su existencia (art. 23). Esta postura legal coincide con la sostenida por la mayoría de los ministros de la Corte en su actual composición en el caso “Ganora” de 1999 que más abajo se analiza. La postura más amplia y protectoria es defendida por el voto de Fayt y especialmente los de Petracchi y Bossert. Por su parte el artículo 18 de la ley citada otorga a “Comisiones legislativas” específicas acceso a archivos o bancos de datos referidos a esta materia.

4.2.2. **Registros privados:** por oposición a los estatales, razón que nos permite incluir aquí a los entes públicos no estatales. En estos casos la norma constitucional los limita a aquellos destinados a proveer informes. Para nosotros, a pesar de la pura literalidad, lo que se quiso evitar es el hábeas data contra los registros personales o individuales (los papeles privados del art. 18, CN), cualquiera fuera su carácter (científico, periodístico u otro), pues de esa forma se afectaría, paradójicamente, lo que se pretende proteger. Además, seguramente se

pensó en el caso paradigmático de las empresas que brindan datos de solvencia para diversos fines (comerciales, laborales o financieros).

4.2.2.1. Por ello, en rigor y más allá de la voluntad del constituyente, cualquiera sea la finalidad del registro de datos, si éstos han sido incorporados a aquél es para ser utilizados en algún momento, y si su utilización causa algún perjuicio, a pesar de que esos registros no procuren el suministro informativo como fin principal, para nosotros siempre existe por parte del interesado el derecho a acceder, controlar y disponer de los datos. De todas formas, cabe aclarar que la eventual no procedencia del hábeas data no impide que, en caso de verse afectado un derecho o garantía, los propios jueces –de oficio– transformen la acción inicial en la que corresponda por aplicación del aforismo *iura novit curia* como enseña la doctrina de la Corte federal. Así lo hizo la Cámara Nacional Civil, sala F, en el caso “Bianchi de Sáenz” de 1995 (J. A. 1996-II-397), ante la solicitud de la historia clínica de un paciente contra un sanatorio privado. De lo contrario, se dejarían carentes de protección innumerables situaciones lesivas para las personas (ej. el caso de los nuevos sistemas de comercialización que necesitan de la recopilación y clasificación de informaciones sobre hábitos de consumo y preferencias por parte de entes privados que, sin estar destinados a proveer informes, utilizan aquella información en beneficio propio, o la información que acumulan los colegios profesionales, escuelas, sanatorios o bancos privados). Por ello no compartimos la jurisprudencia de instancias inferiores que ha rechazado el hábeas data contra entidades financieras por no prestar servicios al público como informantes, como ocurrió en sendas oportunidades contra el Banco de la Provincia de Santiago del Estero en 1996 por la Cámara Nacional Comercial, salas A y D respectivamente, en los casos “Automotores Santa María” y “Figuroa Hnos.” (J. A. 1997-I-44 y 48). La Ley 25.326 coincide con nuestra postura al incluir a todos los archivos, registros o bancos de datos privados sin distinción, con la excepción de aquellos que “sean para un uso exclusivamente personal” (art. 24); y regula especialmente aquellos que prestan “servicios de información crediticia” (art. 26), “con fines de publicidad” (art. 27) y “relativos a encuestas” (art. 28), además de los “relativos a la salud” (art. 8°).

5. Limitación para las fuentes periodísticas:

5.1. El artículo 43, párrafo 3º *in fine* CN prohíbe la procedencia del hábeas data que cuestione “*el secreto de las fuentes de información periodística*”. Como esta cláusula, a pesar de su ubicación normativa, excede el tema en estudio y se entronca con la libertad de prensa (arts. 14 y 32, CN), remitimos a su análisis en derecho a la información dentro de los derechos civiles. Sin perjuicio de ello, para mantenernos en el acotado marco de esta acción, aclaramos que esta limitación no excluye a los medios periodísticos como sujetos pasivos, en la medida en que no se trate de un hábeas data autoral que procure avanzar sobre la fuente de información periodística. Cabe agregar que la Ley 25.326 reitera esta cláusula constitucional (art. 1º *in fine*) y exime la prohibición de alegar confidencialidad cuando “se afecten las fuentes de información periodística” (art. 40.1).

6. Reglamentación infraconstitucional del hábeas data (Ley 25.326):

6.1. No hay duda de que esta garantía es plenamente operativa, como se dijo expresamente en el caso “Urteaga” de 1998 siguiendo la línea pretoriana trazada para el amparo individual (caso “Siri”) y el colectivo (caso “Ekmekdjian” de 1992). Esta operatividad implica, por un lado, su procedencia en sede judicial aun sin ley reglamentaria; pero también, que todo titular de registro de datos, público o privado, deba abstenerse de incluir en ellos y utilizar cualquier información vedada, así como proceder a su supresión inmediata.

6.2. Como ya se dijo, luego del fallido intento legislativo de 1996, en 2000 el Congreso Nacional dicta una ley reglamentaria del hábeas data (25.326) bajo la denominación legal de “Protección de los Datos Personales”:

6.2.1. Una vez más se opta por hacerlo por separado de las otras especies de amparo.

6.2.2. Asimismo, sólo atiende al interés personal. De esta manera queda excluido el régimen colectivo o público del instituto, que hasta que tenga una regulación legal específica, a fin de afirmar el carácter operativo de esta modalidad constitucional, bien podrá aplicarse analógicamente la ley en examen.

6.2.3. A su vez, no se trata sólo de una reglamentación procesal sobre la acción de hábeas data personal, sino que su articulado es más abarcativo al establecer un marco regulatorio de los bancos o registros de datos, públicos y privados. Se aparta así de las pioneras regulaciones locales que exclusivamente se refieren al régimen procesal (Chaco: Ley 4360; Chubut: Ley 4244; Neuquén: Ley 2307).

6.2.4. La ley está dividida en siete capítulos. Los cuatro primeros en cuanto normas federales (arts. 1º al 28) y el artículo 32 (incorporación de varios tipos delictivos al Cód. Pen.) en cuanto norma de derecho común son aplicables a todo el territorio nacional (art. 44, párr. 1º). El resto del articulado, en lo referente al órgano de control (Cap. V), sanciones administrativas (Cap. VI, art. 31) y régimen procesal de la acción de protección de los datos personales o de hábeas data (Cap. VII), son por su contenido sólo aplicables al ámbito federal y no en los locales, salvo que las provincias adhieran a las normas de esta ley (art. 44, párr. 2º).

6.3. La ley comienza delimitando el objeto de la misma (art. 1º), el que, como se dijo, se acota a la faceta personal del hábeas data. Introduce definiciones legales sobre conceptos clave (art. 2º) que servirán como criterio de interpretación a la hora de su aplicación. Regula la organización y funcionamiento de los archivos; ellos deben estar registrados, los datos archivados deben ser veraces, adecuados y pertinentes; no pueden ser recolectados por medios desleales; se debe respetar la finalidad para la cual fueron almacenados (arts. 3º y 4º). Se ocupa de la necesidad del consentimiento como condición de licitud del tratamiento de datos (art. 5º); de la recolección de los datos sensibles (arts. 7º y 8º); de los deberes de informar al titular del dato (art. 6º); de la seguridad (art. 9º), y de la confidencialidad (art. 10). Como ya se señaló, se diferencian diversas especies de hábeas data aplicables a todo el territorio (arts. 13/16), regidas todas por el principio de gratuidad (art. 19). Se recepta el instituto del olvido o caducidad del almacenamiento con fines policiales cuando cese el motivo que justificó su almacenamiento (art. 23.3) y de los datos económico-financieros al fijar un plazo (art. 26.4), llegando incluso a disponer el blanqueo de morosos que hubieran cancelado sus deudas al momento de entrada en vigencia de la ley (art. 47 y último, vetado por el Dec. 995/2000).

invocando la protección de los dadores de créditos). Asimismo se crea un órgano de control con atribuciones específicas (art. 29.1), cuya autonomía funcional (art. 29.2) y nombramiento de su director con acuerdo del Senado (art. 29.3) fueron también observados por el citado decreto presidencial con el solitario argumento de no incrementar erogaciones presupuestarias.

6.4. Mientras no hubo regulación específica, se planteaba la cuestión del procedimiento a seguir en esta acción (competencia, requisitos, plazos, recursos, etc.): o el régimen procesal del amparo o el del hábeas corpus, en tanto otra variante postulaba que, según la complejidad y urgencia de cada caso, lo resolviese el propio juez como lo dispuso en el ámbito local la Suprema Corte de Mendoza en el caso "Costa Esquivel" de 1997 (E. D. 176-350). Como se anticipó, la Ley 25.326 en su Capítulo VII se refiere al régimen adjetivo de la acción de hábeas data ante la jurisdicción federal estableciendo pautas específicas sobre procedencia, legitimación activa y pasiva, competencia (arts. 33/36); requisito de la demanda, trámite (arts. 38 y 39); contestación del informe, ampliación de demanda y sentencia (arts. 41/43).

6.4.1. Además de estas disposiciones procedimentales especiales, el artículo 37 señala que esta acción también tramitará "por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común" y "supletoriamente" por el CPCCN "en lo atinente al juicio sumarísimo". A pesar de la mala técnica legislativa, es claro que se refiere a la ley de facto 16.986 cuando la acción se interponga contra registros públicos y al artículo 321.2 CPCCN cuando se enderece contra registros privados. Claro está que respecto de la primera norma citada deben tenerse en cuenta las incompatibilidades con el nuevo texto constitucional del artículo 43 ya señaladas al estudiar el amparo individual. En el mismo sentido, deviene inconstitucional que la Ley 25.326 exija como requisito de proponibilidad de la acción el reclamo previo negativo ante el responsable del registro público o privado (arts. 14.2 y 41), pues al tratarse el hábeas data de una especie del amparo, no puede contrariar lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 43 CN, en especial el postulado de "expedita y rápida".

6.4.2. Por otra parte, es absurdo que el artículo 38.2 de la Ley 25.326 exija al titular de los datos como requisito para interponer la

acción que deba alegar las “razones” por las cuales entiende que en el archivo denunciado obra información referida a su persona y los “motivos” por los cuales considera que esa información es discriminatoria, falsa o inexacta. Se invierte así el sentido tuitivo primigenio de esta acción, lo cual no se salva con la postulada amplitud en la apreciación judicial (art. 38.5).

7. Jurisprudencia de la Corte Suprema:

7.1. Al año de la inclusión del hábeas data en la Constitución, sin pronunciarse sobre esta nueva garantía, la Corte resuelve una cuestión de competencia negativa (entre la justicia local y federal de Salta) en un hábeas data planteado por un particular contra Cablevisión SA con el fin de conocer los datos personales y antecedentes que dicha entidad poseía, a fin de defender su honor y privacidad, a raíz de un documental emitido por la demandada (caso “Steifensand” –1995–, F. 318:2592).

7.2. Recién en 1998, la Corte federal se aboca al conocimiento y decisión de la nueva cláusula constitucional en dos casos con resultados dispares a pesar de su semejanza fáctica. En el primero (caso “Suárez Mason”) rechazando el pedido al asignarle un sentido restrictivo a la acción; en cambio, en el segundo (caso “Urteaga”) hace lugar al hábeas data, dotándolo de nuevos perfiles que, como ya anunciamos, superan el clásico ámbito de esta acción.

7.2.1. Caso “Suárez Mason” –1998– (F. 321:2031): en agosto la Corte (por mayoría estricta) negó a una madre, Carmen Aguiar de Lapacó, el derecho a conocer el paradero de su hija, Alejandra, desaparecida en 1976, al confirmar el rechazo de medidas probatorias tendientes a ese fin, lo que encontraba analogía con el objeto de la acción de hábeas data a pesar de introducirse dentro de la causa penal seguida contra Suárez Mason por graves violaciones a los derechos humanos. Para así decidir, la mayoría (Nazareno-Moliné-Belluscio-López-Vázquez) sostuvo que por haberse solicitado las medidas dentro de un proceso penal en el que no existe sujeto pasivo contra el cual pudieran hacerse valer en virtud de las leyes de Punto Final de 1986 y Obediencia Debida de 1987, aquel pedido “carecería de toda virtualidad”. En cambio, los cuatro votos disidentes anticipan el criterio por venir. Aunque sin invocar la cláusula sobre el hábeas data, los votos de Petracchi-Bossert y Fayt, luego de recordar que aquí está en

juego el “derecho a la verdad” reconocido en la C. A. D. H. según la propia Corte Interamericana en el caso contencioso “Velásquez Rodríguez” (ver su explicación en derechos personalísimos), hacen lugar al pedido de Aguiar de Lapacó por considerar arbitraria la sentencia del a quo. Por su parte, se destaca la disidencia de Boggiano que subsume el pedido probatorio dentro del hábeas data con cita del propio artículo 43, párrafo 3° CN por aplicación de la regla *iuria curia novit* (c. 7), y a su vez, invoca la jerarquía constitucional de la C. I. D. F. P. dispuesta en 1997 por Ley 24.820 para reforzar el acogimiento del pedido (c. 16).

7.2.1.1. Al mes siguiente de la decisión de la Corte, ésta rechaza el recurso presentado por el Defensor General de la Nación, Romero, pero aclarando que ello no clausuraba eventuales acciones judiciales y administrativas para acceder a esas pruebas. Sin embargo, Aguiar de Lapacó denuncia al Estado argentino ante la Comisión Interamericana a raíz del fallo citado, básicamente por violación al “derecho a la verdad” garantizado por la C. A. D. H.; en dicha instancia, a mediados de 1999, el gobierno argentino acepta firmar un acuerdo por el cual se compromete a enviar al Congreso un proyecto de ley para investigar las desapariciones.

7.2.2. Caso “Facundo Urteaga” –1998– (F. 321:2767):

Hechos: según informaciones periodísticas de la época (julio de 1976), los dirigentes máximos del PRT-ERP (Mario Roberto Santucho y Benito Urteaga) habrían muerto en un enfrentamiento con fuerzas de seguridad ocurrido en Villa Martelli, Partido de Vicente López, desconociéndose desde entonces el destino real dado a los cuerpos. Luego de dos décadas, Facundo Urteaga interpone un “amparo de hábeas data” contra ocho organismos de inteligencia e informaciones del Estado nacional y bonaerense con el objeto de obtener la información que exista en aquéllos acerca de su hermano. Rechazado *in limine* en las instancias de grado por falta de legitimación e improcedencia de la vía elegida, se deduce recurso extraordinario.

Sentencia de la Corte: por unanimidad, aunque con fundamentos diferentes, se concede lo peticionado y se ordena a los organismos requeridos que den cuenta de si en sus registros obran constancias del fallecimiento de Benito Urteaga y, en su caso, la localización de sus

restos. El fallo se estructura a través de siete votos concurrentes, cinco de los cuales aceptan la vía del hábeas data:

Voto de Nazareno-Moliné: destaca el carácter operativo del artículo 43, párrafo 3º de la CN (c. 9) y que a falta de reglamentación le corresponde a la Corte delinear sus alcances “con razonable flexibilidad” (c. 12); agrega que más allá de la literalidad del texto constitucional corresponde el hábeas data puesto que un excesivo rigor formal dejaría sin protección al derecho invocado y asimismo acepta la legitimación del hermano “de quien se supone fallecido” (c. 13).

Voto de Belluscio-López: en principio, considera que el planteo del actor no guarda relación con el hábeas data; pero más allá del *nomen iuris*, por la regla *iuria novit curia* (c. 6) entiende que corresponde aplicar las normas del amparo “en general” (c. 7), y que no es óbice que el artículo 43, párrafo 4º CN contemple el hábeas corpus por desaparición forzada de personas, puesto que –por el tiempo transcurrido sin noticia sobre el hecho– no es razonable imponer al actor la interposición de esa acción (c. 11).

Voto de Fayt: también considera que hay diferencia entre el hábeas data constitucionalizado y el planteo de autos pues aquí se reclama el derecho a la información de los artículos 14 y 32 CN sobre un desaparecido en los términos del artículo II C. I. D. F. P.; así, aunque carezca de legitimación para el hábeas data, sí la tiene para interponer un amparo (c. 11) y nuevamente en virtud del *iuria novit curia* reconduce el proceso por la vía del amparo genérico (c. 12).

Voto de Petracchi: reafirma la operatividad del artículo 43, párrafo 3º CN (c. 6); sostiene que siendo el objeto de la acción intentada la obtención de datos, el hábeas data resulta la vía correcta (c. 7); que aunque se apliquen las normas procesales del amparo, la presente acción no se transforma en la consagrada en el artículo 43, párrafo 1º CN ni tampoco en la del artículo 43, párrafo 4º CN porque no es para hacer cesar una restricción actual e ilegítima de la libertad ambulatoria y además el hábeas data no sustituye al hábeas corpus, cuya función sigue siendo defender la libertad física (c. 8); por ello concluye que la única acción posible es el hábeas data (c. 9), cuyo ámbito predominante de protección en nuestra Constitución es la “autodeterminación informativa” que va más allá de la mera afectación a la intimidad

(c. 10), y que aunque no se trate de datos referidos a su persona, el actor tiene interés legítimo en conocer lo relativo a la “muerte de un familiar cercano” y por ello no se puede negar su legitimación activa (c. 16).

Voto de Boggiano: brevemente inscribe la presente acción bajo el ropaje del hábeas data y remite a su disidencia en el caso “Suárez Mason” por considerar ambas cuestiones sustancialmente análogas.

Voto de Bossert: hace hincapié en el deber internacional del Estado de contar con “registros oficiales actualizados sobre sus detenidos” y brindar esa información a “familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades” previsto en el artículo XI, párrafo 2° C. I. D. F. P. con jerarquía constitucional (c. 10); consecuentemente, afirma que los familiares tienen derecho a conocer esos datos (c. 11); que el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU (informe de 1996) recomendó al Estado argentino continuar con las investigaciones sobre el destino de las personas desaparecidas (c. 16); que los vínculos familiares integran la identidad de una persona (c. 18) como derecho esencial receptado en el artículo 33 CN (c. 19), que ha sido violado por el Estado al omitir dar información acerca del paradero de un hermano (c. 20), y respecto a la acción reitera lo dicho por Belluscio y López en el con. 11 (c. 22/24).

Voto de Vázquez: vuelve a destacar la operatividad del hábeas data (c. 5), su flexibilidad (c. 6) y, por ende, su amplia legitimación (c. 8) para el grupo familiar directo en el caso de personas fallecidas (c. 9).

Comentario al fallo: se trata de un trascendente *leading case* por las diversas y valiosas líneas argumentales en torno al artículo 43, párrafo 3° CN tanto desde el punto de vista procesal constitucional como desde el fondo de la grave cuestión implicada. En ambos cuadrantes luce una amplia interpretación constitucional que abre el camino judicial para establecer el destino final de los desaparecidos en la Argentina (aunque algún voto hable incorrectamente de “fallecido”). Aquí, la recepción de la acción intentada excede el estrecho marco de los datos registrados y por ello no es de extrañar que —vuelta la causa a las instancias de grado— prontamente se repotencie en lo que nosotros denominamos hábeas data investigativo puesto que, ante informes negativos de los titulares de los registros requeridos, la justicia

por vía de medidas cautelares innovativas avanza sobre la búsqueda de los datos solicitados en servicio del “derecho a la verdad” (ver su comentario en derechos personalísimos). Similar acción fue intentada por la hija de Santucho, la cual también llega a la Corte pero por una cuestión de competencia (caso “Santucho” –1999–, F. 322:2023). Queda claro así el carácter permeable y flexible del hábeas data constitucionalizado en 1994.

7.3. En 1999, en el caso “Engel” (F. 322:1468), la Corte federal rechaza su competencia originaria ante una acción de hábeas data contra la Embajada de Alemania en Argentina y el propio Estado alemán con el objeto de acceder a información relativa a dos desaparecidos de ese origen que estaría en su poder según versiones periodísticas. Sin resolver el fondo de la cuestión, pensamos que en forma tácita se reconoció legitimación procesal a la hija y esposa demandantes.

7.4. En el caso “Ganora” –1999– (F. 322:2139) dos letrados, invocando una situación de eventual amenaza por motivos profesionales, interponen hábeas data con el objeto de conocer los datos existentes en registros policiales o de fuerzas de seguridad y organismos de inteligencia y, en su caso, suprimirlos, rectificarlos o actualizarlos. Llegada la causa a la Corte, por unanimidad declara que esta acción ampara la información personal contenida en este tipo de registros; empero, se advierten dos disímiles tendencias a través de sus votos, de alguna manera ya esbozadas en el caso “Urteaga” al que todos remiten. La posición restrictiva (Nazareno-Moliné-Belluscio-López con la coincidencia de Boggiano y Vázquez) admite “que el suministro de esa información pueda, eventualmente, afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal, cuestión que en cada caso deberá ser invocada por el titular de la respectiva institución” (c. 13 del voto mayoritario). En cambio, los votos de Fayt, Petracchi y Bossert no aceptan cortapisa alguna para esta acción por razones de seguridad por cuanto excluir de la protección reconocida por el artículo 43, párrafo 3º CN a aquellos datos que organismos del Estado mantienen fuera del acceso de los particulares “comporta la absurda consecuencia de ofrecer una acción judicial sólo en los casos en que no es necesaria, y vedarla en aquellos en que el

particular no puede sino recurrir, ineludiblemente, a la tutela judicial para ejercer su derecho” (c. 6 de Petracchi y c. 6 de Bossert).

7.5. *Jurisprudencia de la Corte Suprema con su nueva integración:* En el caso “Martínez c/Veraz” (sentencia del 5 de abril de 2005) la Corte se expide en el sentido de que no es necesario, para la procedencia del hábeas data, que se demuestre la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta por parte del registro de datos personales, bastando que el registro se haya efectuado en forma incompleta, porque dicha omisión implica falsedad de la información (se cumple la exigencia del art. 43 CN).

Por otra parte, en un *obiter dictum* sostiene “...que no es suficiente con que la información haya sido registrada y transmitida sin arbitrariedad manifiesta”, es decir que si no es suficiente ello significa que la información debe ser “veraz”.

7.6. En el caso “Organización Veraz SA” (sentencia del 6 de marzo de 2007), donde la actora impugnó la constitucionalidad del artículo 53 de la Ley de Tarjetas de Crédito 25.065, que prohíbe informar datos de morosidad en relación con las tarjetas de crédito en forma directa a la base de datos de antecedentes financieros, sin que antes intervenga el Banco Central, la Corte Suprema resolvió que el referido artículo 53 de la LTC se encuentra plenamente vigente y no se contradice, ni es derogado, por el artículo 26 de la Ley de Protección de Datos Personales, entendiendo que ambas normas resultan complementarias. Es decir que el Alto Tribunal rechazó la impugnación y consideró constitucional el artículo 53 de la Ley de Tarjetas de Crédito.

Acción de hábeas corpus

1. Su ubicación en nuestro derecho:

1.1. Antes de la reforma constitucional de 1994 que incorpora expresamente la acción de hábeas corpus (art. 43, párr. 4º, CN), ésta surgía de la norma operativa según la cual “*Nadie puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*” (art. 18, CN), que hoy se mantiene intangible. En la Constitución de 1949 se previó un amplio “recurso de hábeas corpus” (art. 29).

1.2. Desde aquella lejana época se sostenía que si no estaba reglamentado por la ley, el hábeas corpus procedía no obstante, pues la omisión del legislador no podía implicar la desprotección de un derecho operativo. De todas formas, esta garantía fue tempranamente reglamentada a nivel federal por normas procesales: en 1863 (Ley 48, art. 20), en 1888 por el ex CPMP (arts. 617/645), hasta que en 1984 se instaura un novedoso régimen (Ley 23.098) que las deroga (art. 28).

1.3. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional refuerzan la protección constitucional: artículo XXV D. A. D. H., artículo 9º D. U. D. H., artículo 7.1 a 7.6 C. A. D. H. y artículo 9.1 a 9.4 P. I. D. C. P., glosados en prohibición de arresto arbitrario en el capítulo de garantías.

1.4. La reforma de 1994 ha introducido una regla específica sobre “*la acción de hábeas corpus*” (art. 43, párr. 4º y último), que amplía notablemente su radio de acción original e histórica al introducir diversas especies. En parte se receptan los postulados básicos de la Ley 23.098 sobre la materia. A tenor tanto de la ubicación como de la redacción inicial de la norma específica, y a pesar del clásico *nomen iuris* asignado, queda claro que se trata de una especie de amparo (protector de diversos aspectos de la libertad física cuando ésta es afectada en forma ilegal, arbitraria o inconstitucional). Por ende, también le son aplicables todas las consideraciones realizadas al estudiar el párrafo 1º del artículo 43 CN; claro está, con las notas propias derivadas del derecho que aquí se protege.

2. Peculiaridades de la acción del hábeas corpus:

2.1. Sujetos de la acción:

2.1.1. *Sujeto activo* (“*Podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor*”): se consagra la tradicional legitimación procesal amplia en la materia, que funciona como auténtica acción popular, ya que además del afectado lo puede hacer cualquier persona (Ministerio Público, parientes, amigos o todo aquel conocedor de la afectación) sin necesidad de tener poder para ello y ni siquiera acreditar interés alguno en el asunto. Todo esto se torna inevitable y obvio en el caso del hábeas corpus por desaparición forzada.

2.1.1.1. El término constitucional de “*afectado*” es más preciso

que el utilizado por el artículo 5º, Ley 23.098 que dice “por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas en los artículos 3º y 4º [de la ley]”.

2.1.1.2. La amplia legitimación para interponer la acción de hábeas corpus no obsta a que los jueces, de oficio, puedan intervenir sin pedido de parte. Así lo recepta la Ley 23.098 cuando tengan conocimiento, en virtud de alguna prueba satisfactoria, de que una persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento, por funcionarios de su dependencia o inferior administrativo, político o militar, y pueda temerse que será transportada fuera de la jurisdicción del juez, o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus (art. 11).

2.1.2. *Sujeto pasivo*: el silencio del último párrafo del artículo 43 CN sobre este punto nos convence, sin lugar a dudas, de que el hábeas corpus procede “*contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares*”, por aplicación, como lo venimos diciendo, de lo dispuesto en el artículo 43, párrafo 1º. De modo que procede esta acción cualquiera fuera el sujeto que realice la afectación (funcionario público e incluso los particulares). De esta manera, la nueva norma constitucional habilita una protección amplia, que mejora todas las reglamentaciones infraconstitucionales efectuadas, incluso lo dispuesto por la Ley 23.098 que lo limita a la “autoridad pública” (art. 3º).

2.1.2.1. Siempre se consideró viable el hábeas corpus (más allá de su procedencia final o no) contra un arresto dispuesto por alguna Cámara del Congreso en ejercicio de sus poderes implícitos disciplinarios respecto de terceros por violar los denominados privilegios parlamentarios colectivos desde el caso “Lino de la Torre” (F. 19:231) hasta el caso “Peláez” (F. 318:1967). Asimismo, contra restricciones a la libertad por autoridades hospitalarias como ocurrió en el caso “Moracich” de 1923 (F. 139:154), donde la Corte hizo lugar a un hábeas corpus en contra de la decisión del director de un hospital de alienados de mantener recluida a una mujer no declarada judicialmente como demente.

2.1.2.2. También es viable el hábeas corpus cuando la detención de una persona fuere dispuesta por un particular (por ej. directivos de establecimientos de salud mental o de enseñanza) cuando no fuera

posible recuperar la libertad hasta no contar con una orden judicial. En el caso “Selim Yedid” de 1954 (F. 230:328), bajo la vigencia de la Constitución de 1949, la Corte dispuso la libertad de una persona internada en una clínica privada contra su voluntad invocando su demencia sin haber sido iniciado el proceso de insania correspondiente. En estos casos, se debe aplicar el mismo criterio que prevalece en el amparo: si la vía judicial ordinaria (por ej. denuncia penal por delito de privación ilegítima de la libertad) no garantiza una protección a la libertad tan eficaz como la que otorga el hábeas corpus, éste procederá.

2.2. Actuación del juez del hábeas corpus:

2.2.1. Es una especificidad respecto al amparo genérico que sólo se define como acción “*expedita y rápida*” (art. 43, párr. 1º, CN); en materia de hábeas corpus, el final de ese artículo agrega que “el juez resolverá de inmediato”, al elevar a nivel supremo el criterio procesal del artículo 11, Ley 23.098 que prescribe que “el juez ordenará inmediatamente” a la autoridad requerida que presente al detenido, ya que la finalidad del instituto exige una urgente respuesta jurisdiccional.

2.2.2. Esto también se advierte, aunque a medias, en el régimen recursivo regulado por la Ley 23.098 que tiene “efecto suspensivo”, salvo en lo que respecta a la libertad de las personas, que obtendrán de inmediato su libertad si la decisión les resulta favorable (art. 19, párr. 3º). Es decir, que la apelación contra una sentencia de hábeas corpus se “concederá con efecto devolutivo [léase no suspensivo] cuando sea absolutorio”, como decía el hoy derogado artículo 639 ex CPMP.

2.2.2.1. Muy distinta fue la situación durante el último gobierno militar que, como veremos al estudiar el estado de sitio, agregó al mencionado artículo 639 que para los arrestos dispuestos por el P. E. N. en virtud del artículo 23 de la CN la apelación se concedía “siempre en ambos efectos” para que fuese siempre la Corte Suprema de ese momento la que se pronunciase en última instancia mientras el afectado continuaba privado de la libertad (ley de facto 21.312/76 que ratificó el art. 2º del decreto de necesidad y urgencia 642/76; régimen recién derogado en 1984 por Ley 23.050). Obviamente, esa reforma procesal desnaturalizaba el carácter expedito y rápido del hábeas corpus, pues aunque el juez resolviera de inmediato el hábeas

corpus, su decisión favorable a la libertad personal no se podía cumplir hasta agotarse todas las instancias.

3. Especies del hábeas corpus:

3.1. La norma utiliza la expresión “*libertad física*” como objeto de tutela. Sin embargo, el ámbito de protección de esta acción excede este marco estricto, a juzgar por las distintas especies que se regulan expresamente según sea el objetivo inmediato de cada una de ellas a través del mandamiento o auto de hábeas corpus (*writ of habeas corpus*: requerimiento de oficio al autor de la lesión y, llegado el caso, conminación a presentar al detenido) y la respectiva sentencia dirigida al sujeto pasivo para que cese en la afectación. A continuación se analizan las tres especies de hábeas corpus (clásico, correctivo y por desaparición forzada de personas) a partir del texto constitucional, conjugándolo —en su caso— con la regulación infraconstitucional del instituto.

3.2. *Hábeas corpus clásico*:

3.2.1. Esta especie se identifica con el tradicional objeto de esta acción: la “*libertad física*”, como dice la Constitución, o la “libertad ambulatoria” como lo hace la Ley 23.098. Aquí la cláusula constitucional prevé todas las formas de afectación ya mencionadas por el artículo 43, párrafo 1° para el amparo genérico: “lesión, restricción, alteración o amenaza”. Valen en consecuencia los comentarios que al respecto ya se han efectuado. No obstante que el artículo 43, párrafo 4° CN no califique a las afectaciones a la libertad física, es obvio que sólo procede cuando se está en presencia de una ilegalidad o arbitrariedad (art. 43, párr. 1°): el arresto debe ser dispuesto por autoridad sin competencia para ello de una forma ilegal (sin fundamento legal) o arbitrariamente (con fundamento en la ley, pero violando sus propósitos, aplicándola sin razonabilidad o violando la igualdad ante la ley). También en caso de inconstitucionalidad de una ley invocada como fundamento para el arresto. Esta especie de hábeas corpus admite tres distintas variantes.

3.2.1.1. *Hábeas corpus reparador* (art. 3.1, Ley 23.098): cuando se limita totalmente la libertad; su objetivo es restablecer la libertad del detenido o, si tuviera fundamento el arresto, ponerlo a disposición del juez competente (que no es el del hábeas corpus). Para el estudio

de estas cuestiones remitimos a la prohibición de arresto arbitrario dentro de debido proceso legal adjetivo.

3.2.1.2. *Hábeas corpus limitado* (art. 3.1, Ley 23.098): cuando se limita parcialmente la libertad. También llamado “restringido, accesorio o secundario” (Sagüés, 1) pues con esta modalidad no se protege la libertad física plena, sino diversos aspectos de la libertad de desplazamiento.

3.2.1.3. *Hábeas corpus preventivo* (art. 3.1, Ley 23.098): ante la amenaza actual de privación de la libertad. En el caso “Caffasi” –1988– (F. 311:308) se consideró amenaza suficiente para viabilizar esta especie un interrogatorio al encargado del edificio donde vivía el accionante por parte de personas que dijeron ser policías en procura de investigar un ilícito supuestamente cometido por aquél. A su vez, en el caso “Peláez” –1995– (F. 318:1967) se hizo lugar a la acción interpuesta por un periodista antes de que se concretara la orden de arresto en su contra por el Senado de Neuquén por haber firmado solicitudes que se consideraron agraviantes al cuerpo.

3.3. *Hábeas corpus corrector*:

3.3.1. Procede “*en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención*” (art. 43, párr. 4º, CN). Esta fórmula es similar a la utilizada por la Ley 23.098 (art. 3.2), que lo extiende al caso de los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, quienes no podrán alojarse en establecimientos destinados a la ejecución de penas (art. 4.3). Aquí lo ilegítimo no es la privación de la libertad –que, por el contrario, es legal– sino “*la forma o condiciones*” que agravan la detención legal. De este modo, se operativiza la cláusula final del artículo 18 CN (ver su estudio en debido proceso legal adjetivo en el capítulo de garantías). Ha venido a cobrar gran importancia ante lo que se ha dado en llamar creciente prisionización que transgrede el mandato constitucional.

3.3.2. En esta especie, determinar cuándo existe “*agravamiento ilegítimo*” es una típica cuestión de hecho y prueba, sometida al juicio de razonabilidad pertinente. Hay agravamiento o agravación ilegítimos por las condiciones carcelarias (ej. deficiente estado de las celdas, insuficiencia de alimentación o recreación) o por decisión de la autoridad penitenciaria por razones disciplinarias (ej. aislamientos, re-

quisas) o de otra índole (ej. impedimento para contraer matrimonio, para mantener relaciones sexuales).

3.3.3. *Evolución de la jurisprudencia de la Corte:*

3.3.3.1. Un antecedente de esta modalidad de hábeas corpus, sin base normativa expresa, fueron los interpuestos contra arrestos durante la vigencia del estado de sitio en momentos en que no se admitía el control de razonabilidad de esas medidas (ver su estudio en principio de estabilidad) para demostrar que constituían verdaderas “*penas*” prohibidas por el artículo 23 CN en razón de las condiciones de la detención (casos “Iscaro” –1956–, F. 236:632; “Tieffemberg” –1971–, F. 279:9; “Pujadas” –1973–, F. 285:267). Esta experiencia durante los prolongados estados de excepción padecidos por la Argentina no tardó en trasladarse también para presos “comunes” y en épocas de normalidad, tendencia que termina receptándose normativamente (en 1984 en la ley, y en 1994 en la Constitución). Sin embargo, todavía la Corte Suprema demoraría un tiempo en dar su palabra sobre el tema.

3.3.3.2. En el caso “Rodríguez Soca” –1989– (F. 312:579), la Corte declara abstracto el hábeas corpus interpuesto contra la autoridad penitenciaria, pues luego de su promoción ésta proveyó al interno de los elementos necesarios para rasurarse, cuya falta de entrega el detenido denunciaba que operaba como pretexto para hostigarlo por no afeitarse.

3.3.3.3. Por vía de amparo y no por esta modalidad de hábeas corpus (por no invocarse afectación directa de los derechos del detenido, sino de la intimidad de sus familiares), en el caso “Arena” –1989– (F. 312:2218) la Cámara había hecho lugar a esta acción y ordenado al Servicio Penitenciario que cesaran las inspecciones intrusivas respecto de su hija y la madre de ésta como requisito previo a la visita del detenido. Sin embargo, la mayoría de la Corte (Petracchi-Bacqué y Belluscio) revocó esa decisión al considerar que no constituía una medida manifiestamente arbitraria: a pesar de que dice no desconocer “la fuerte intrusión que provoca en el derecho a la intimidad de la actora”, aplica al caso “la doctrina según la cual son legítimas las medidas fuertemente limitativas de la libertad individual cuando aquéllas tienden a preservar un interés estatal vital como es la preservación de la integridad física de los internos y no parecen existir vías alter-

nativas menos restrictivas para satisfacer dicho interés estatal”. El único límite que pone la Corte a esa facultad de las autoridades carcelarias es que la accionante decida “libremente, en ocasión de efectuar la correspondiente visita, no tener contacto físico directo con el interno”. En cambio, la disidencia de Fayt consideró irrazonable la medida impugnada basándose en dos argumentos complementarios: uno jurídico, por el cual ninguna razón de seguridad carcelaria admite “una claudicación de las instituciones y un aferrarse a métodos de innecesaria agresividad para las personas”, y otro fáctico: es de “público y notorio” que en la actualidad existen “medios de detección más eficaces que los tactos vaginales y la inspección ocular” como los que se utilizan “en salas vip de aeropuertos”. Sienta así la correcta doctrina: “no puede negarse la aplicación de ese progreso en un sector tan conflictivo de la vida de la sociedad, cuando se lo emplea en otros ámbitos, sin que tal postergación constituya una falta de equidad”. De algún modo, esta disidencia anticipa la buena doctrina del voto mayoritario de la nueva Corte en el caso “Dessy”.

3.3.3.4. En el caso “Nasso” –1994– (F. 317:282) la mayoría de la Corte vuelve a rechazar un hábeas corpus correctivo, esta vez interpuesto por un interno de la cárcel de Ezeiza, por el traslado a una unidad del Chaco por su supuesta peligrosidad, no obstante ser portador de HIV, por lo que exigía cuidados especiales que no se le podían suministrar en el nuevo destino (argumento desechado por la Corte). En cambio, la disidencia de Fayt hace lugar a la acción: considera irrazonable el traslado por cuanto la peligrosidad esgrimida por la autoridad carcelaria era, precisamente, consecuencia de la enfermedad.

3.3.3.5. Esta tendencia negatoria de la Corte es revertida totalmente en el caso “Dessy” –1995– (F. 318:1894), donde un interno condenado interpone hábeas corpus correctivo en su favor ante la constatación de que la autoridad carcelaria le ha abierto una carta a él dirigida, sin su presencia, y, además, se le obliga a entregar abierta la correspondencia por él emitida, todo ello realizado en forma habitual con base en disposiciones administrativas. Desechada la acción en las instancias de grado, João Dessy recurre a la Corte por entender que se violan los artículos 18 y 19 CN y el artículo 5.2.d, C. A. D. H. La mayoría de la Corte hace lugar al hábeas corpus y declara inconstitucionales

las disposiciones reglamentarias. Para así decidir el voto de Moliné-López señala que corresponde asegurar la comunicación del interno con el mundo exterior hasta el límite en que pueda hacerlo sin violentar las normas sobre el cumplimiento de la pena, y señala que carecen de racionalidad (c. 9) las circunstancias invocadas por la autoridad carcelaria para fundar el cercenamiento de la correspondencia (lenguaje supuestamente obsceno, referencias al régimen y personal carcelarios, etc.), que contravienen “el propósito de readaptación social del penado” (c. 10). Por su parte, el voto particular de Fayt-Petracchi-Boggiano destaca en el con. 9 la base internacional del reclamo (art. 5.2, C. A. D. H.); que el cercenamiento a la intimidad del recluso no puede extenderse más allá de lo indispensable para obtener el fin buscado, y con cita de jurisprudencia norteamericana señala que es “inadmisibles una amplia restricción cuando el fin puede ser alcanzado con medios más estrechos” (c. 15), para terminar descalificando los sistemas carcelarios en “los que anida una permanente fuerza que tiende a hacer del recluso un sujeto transparente a los ojos del administrador. Fuerza escudriñadora incluso de los aspectos más profundos, más reservados del preso” (c. 22), siguiendo expresamente el pensamiento de M. Foucault en su célebre obra intitulada *Vigilar y castigar* (c. 23). En cambio, el voto minoritario de Nazareno-Belluscio-Levene, continuando la línea del voto mayoritario del caso “Arena” sobre la prevalencia del interés estatal, considera con sustento legal suficiente el control del contenido de las misivas (que salen y que entran) de los internos, y concluye que la restricción a la correspondencia de ningún modo puede considerarse como penalidad, pues hace a la “buena marcha del establecimiento y no excede de lo que lógicamente deben soportar quienes se hallan privados de su libertad”.

3.4. *Hábeas corpus por desaparición forzada:*

3.4.1. Al prever el artículo 43, párrafo 4° CN la procedencia de esta acción también en caso de “*desaparición forzada de personas*” se ha tenido en cuenta la trágica historia vivida en nuestro país y en el resto del continente en las últimas décadas. La Ley 23.098 de 1984 no se había ocupado de esta especie de hábeas corpus, empero ello no es óbice para la operatividad inmediata de la regla constitucional.

3.4.2. Además, esta especie ha venido a ser reglamentada por vía

de la C. I. D. F. P. (desde 1997 con jerarquía constitucional, como ya vimos en derechos personalísimos como derecho a la integridad, y en delitos de lesa humanidad en el capítulo de garantías). Luego de definir qué se entiende por “desaparición forzada” (art. II), esa Convención dispone que “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales [...] como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva” (art. X, párr. 1º).

3.4.2.1. Queda definida así con toda claridad, a través de esta norma de naturaleza internacional, el amplio objeto de esta especie de hábeas corpus que parece diferenciarse de la cercana figura del hábeas data investigativo al que se hizo lugar en el ya analizado caso “Urteaga” de 1998, distinción que se aprecia en los votos de Belluscio-López y Petracchi. Asimismo, la Convención especifica las amplias facultades judiciales en la materia al señalar que “tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a las personas desaparecidas, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar” (art. X, párr. 2º).

3.4.3. *Evolución de la jurisprudencia de nuestra Corte federal:*

3.4.3.1. Antes de la recepción constitucional de esta especie de hábeas corpus, fue la jurisprudencia suprema la que comenzó a concebirla como un desprendimiento de la acción de hábeas corpus clásica: ante los informes negativos de las autoridades acerca de la detención de personas, se comienza a exigir que dentro del acotado marco del proceso de hábeas corpus se agoten las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto, cual es el de restablecer la libertad personal afectada por una medida ilegítima de la autoridad. Así, se empezó a admitir que el hábeas corpus también averiguara el paradero de la persona, tendencia que se hizo impostergable a partir del generalizado fenómeno de la desaparición de miles de personas desde 1976.

3.4.3.2. Tempranamente, en febrero de 1976, en el caso “De Negri” (F. 294:179), la Corte de ese entonces dijo que había que agotar, con

la premura exigible, la investigación tendiente a establecer la situación de una persona que, por indicios, se encontraba detenida en dependencias policiales, a pesar de que los informes requeridos daban resultado negativo.

3.4.3.3. Luego del golpe de Estado de 1976, ante las masivas desapariciones de personas y correlativos rechazos de hábeas corpus basados en los informes estatales negativos, la nueva integración de la Corte Suprema sienta una tímida pero novedosa postura al respecto a partir del caso "Pérez de Smith" –1977– (F. 297:338). Familiares y abogados de más de 400 personas desaparecidas respecto de las cuales se habían iniciado hábeas corpus donde invariablemente las autoridades contestaban que aquéllas no se encontraban registradas como detenidas denuncian esta situación directamente ante la Corte. Si bien ésta declara su incompetencia, "en ejercicio de los poderes implícitos" cree "oportuno dirigirse al P. E. N. a fin de encargarle intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentran registradas como detenidas, a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se intenten ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual y sobre las eventuales responsabilidades en caso de delito".

3.4.3.4. Sin embargo, un año después de ese precedente la situación denunciada seguía igual o peor. Ello motiva nuevos y similares pedidos en los mismos autos, frente a los cuales el Alto Tribunal (F. 300:832 y 1282) aclaró que aquel pronunciamiento de F. 297:338 "no importaba pedido de informe ni ordenaba diligencia alguna con relación a personas determinadas", y no obstante reiterar que no puede entrar a conocer de las situaciones particulares que se le proponen, vuelve a exhortar al P. E. N. ante la situación de privación de justicia denunciada. A su vez, en 1980, en un cuarto pronunciamiento recaído en la causa "Pérez de Smith" (F. 302:1680), se limita a decir que por lo dicho en los anteriores casos respecto a su incompetencia no hace lugar a lo solicitado. La tendencia inicialmente aperturista parece cerrarse.

3.4.3.5. Mientras tanto, como la genérica doctrina sentada en los sucesivos casos "Pérez de Smith" no impedía que continuara el rechazo

de los hábeas corpus ante la pertinaz negativa oficial de admitir la desaparición de personas (claro está, sin que se determinara el paradero ni se produjese la liberación de los afectados), aquella posición de la Corte se particularizó en innumerables fallos: en 1978, caso “Inés Ollero” (F. 300:457); en 1979, casos “Osvaldo Giorgi” (F. 301:143) y “Roberto Grunbaum” (F. 301:1047); en 1980, “Celia Machado” (F. 302:772), “Hernán Nuguer” (F. 302:864), “Cristina Diez” (F. 302:967), “Emilio Ogando” (F. 302:967), “Simerman de Herrera” (F. 302:1097); en 1982, casos “Hidalgo Solá” (F. 304:359) y “Bonafini” (F. 304:523), entre otros.

3.4.3.6. Restablecido el Estado de Derecho a fines de 1983, la Corte en su nueva composición mantiene la línea del período anterior en los casos “Edmundo D. Szapiro” (F. 306:448) y “Ricardo R. Haider” (F. 306:551), ambos de 1984, en el sentido de que el hábeas corpus cabe hacer lugar a las diligencias probatorias para hacer efectiva la finalidad del instituto. En cambio, en el caso “Laura Noemí Creature” de 1985 (F. 307:93), con firma de Carrió-Caballero y Belluscio, paradójicamente el tribunal reitera esa doctrina pero invoca el restablecimiento democrático para dar “credibilidad” a los informes dados por el Ministerio del Interior a partir de ese momento. En el caso, todos los organismos estatales habían negado la detención acaecida en el período anterior, y los familiares habían solicitado diversas pruebas para lograr la averiguación del paradero de la desaparecida. La Corte consideró que esas pruebas no eran útiles, por cuanto el 10 de diciembre de 1983 “han cesado por completo las detenciones ilegítimas del régimen anterior” (c. 7). A pesar de esa tajante consideración, correctamente la reforma de 1994 constitucionaliza, sin cortapisa alguna, esta especie de hábeas corpus.

3.4.3.7. En el caso “Verbitzky” (sentencia citada en *Debates de Actualidad*, N° 197, p. 123) la Corte Suprema legitima la interposición de un hábeas corpus correctivo y colectivo por parte del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) donde se solicita el cambio de la situación penitenciaria de numerosos detenidos en establecimientos penales y comisarías superpobladas, y no en centros especializados, como correspondería. Se sostiene que los detenidos se encuentran en situación deplorable.

La Corte Suprema hace lugar a la acción disponiendo: a) que la ONG que la interpone está legitimada para hacerlo. A nuestro juicio es obvio porque si el artículo 43 CN establece legitimación activa a favor de asociaciones que propendan a esos fines, está todo dicho, más allá de exigencias burocráticas impropias de ser exigidas por el Alto Tribunal; b) se establecen pautas mínimas, previstas en la Ley 24.660, a las que debe adecuarse toda detención. Es decir que lo que hace el Alto Tribunal es ordenarle a los establecimientos de detención que cumplan con la ley; c) instruye al Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de los jueces respectivos, haga cesar la detención de menores y enfermos en comisarias (nos preguntamos ¿y otros establecimiento no?), así como los tratos crueles, inhumanos o degradantes que en ellas se cometan y que comprometan la responsabilidad internacional asumida por nuestro país, otorgando un plazo de sesenta días para hacerlo. Desconocemos si esto se ha cumplido, pero si se probara que no se cumplió, la Corte debiera impulsar el juicio político respectivo; d) ordena al Poder Ejecutivo de Buenos Aires que realice un informe bimensual sobre las medidas adoptadas y exhorta a la provincia a adecuar su legislación procesal penal a los principios constitucionales e internacionales en la materia. No se le ocurre a la Corte que no se trata de cambio legal, sino de gestión de calidad: no cejaremos en nuestra obligación de toma de conciencia permanente en la materia.

4. Regulación infraconstitucional federal del hábeas corpus (Ley 23.098):

4.1. Esta ley tiene por un lado un contenido procesal constitucional (Cap. 1, arts. 1º/7º), y, por otro, un contenido meramente procedimental (Caps. 2 y 3). De esta forma los primeros siete artículos son normas mínimas de carácter federal y no invaden las potestades procesales propias de las provincias (art. 75, inc. 12, CN). Sin embargo, si las disposiciones procesales locales mejoran el régimen de la ley federal, ellas prevalecerán en subsidio de aquélla (art. 1º, Ley 23.098); pero si hay incompatibilidad normativa prevalece la ley federal (art. 31, CN). Por su parte, las normas de los Capítulos 2 y 3 se aplican sólo al fuero federal; en las provincias será de aplicación la legislación local respectiva.

4.2. El artículo 2º introduce una regla de distribución de competencias de los jueces en el hábeas corpus: si la lesión proviene de autoridad nacional entenderán los jueces nacionales; si proviene de autoridad provincial entenderán los jueces locales, y si se desconoce de quién emana la afectación la competencia se determina por el criterio territorial hasta que se esclarezca dicho extremo y pueda, entonces, determinarse finalmente el órgano judicial de aplicación.

4.3. El artículo 3º fija los distintos casos en que procede el hábeas corpus, los que dan lugar a las especies de esta acción que ya se analizaron, con la notoria y ya apuntada omisión legal del hábeas corpus por desaparición forzada de personas. Al no prever esta situación, la laguna legal debe suplirse por los jueces a la luz del artículo 43, párrafo 4º CN y C. I. D. F. P. ya aludida.

4.4. El artículo 4º vino a especificar la relevante temática del hábeas corpus durante el estado de sitio, cuestión hoy resuelta categóricamente en el artículo 43 *in fine* (el hábeas corpus tiene plena efectividad “*aun durante la vigencia del estado de sitio*”). De todo ello nos ocupamos al desarrollar este instituto dentro del principio de estabilidad.

4.5. El artículo 6º dispone que “Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional”. Esta plausible habilitación a favor de los jueces para que ellos puedan declarar una inconstitucionalidad de oficio introduce una trascendente excepción a la tradicional prohibición que en tal sentido establece el viejo artículo 2º, Ley 27 de 1862 (ver análisis de las características de nuestro sistema de control). Permite que el juez soslaye “la omisión del litigante de extender el planteo de invalidez de la orden de arresto a la norma en que se fundamenta” (c. 11, voto de Boggiano en el caso “*Viaña*” –1995–, F. 318:2348). A fortiori, la norma sepulta cualquier objeción sobre la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad a pedido de parte, lo cual se venía realizando desde hacía largo tiempo por la propia Corte (ej. caso “*Transporte Chaco*” –1932–, F. 164:344, donde se discutió la constitucionalidad de la ley 4144).

4.6. El Capítulo 1 de la Ley 23.098 concluye con el artículo 7º que se ocupa de un aspecto del recurso extraordinario federal (allí denomi-

nado “recurso de inconstitucionalidad”): aclara correctamente una antigua discusión en torno al carácter definitivo de las sentencias de los tribunales superiores en el hábeas corpus. La Corte federal aclaró que sólo se asimilan a sentencia definitiva las decisiones que se pronuncien en los casos del artículo 3° de la misma ley; de modo que su mera invocación no basta para subsanar la falta de definitividad de otras resoluciones (caso “Pacheco Santamarina” –1988–, F. 311:1833).

Acción declarativa de inconstitucionalidad

1. Si bien esta acción era conocida en el derecho público provincial ya desde el siglo XIX (ej. constitución bonaerense de 1873), en el orden federal recién nace en 1985 por reconocimiento pretoriano de la Corte Suprema a partir del caso “Provincia de Santiago del Estero” (F. 307:1379), que se analiza más adelante. A partir de allí una nutrida jurisprudencia fue fijando las limitaciones y alcances de la protección. A pesar de la ausencia de base constitucional explícita –se sostenía que junto con el amparo era una acción que nacía directamente del artículo 33 CN (Vanossi, 5)–, la Corte invocó el artículo 322 del CPCCN que prevé la acción meramente declarativa de certeza, una de cuyas variantes la constituye la aquí analizada. Dicha norma procesal procura “hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

2. Es una acción judicial preventiva y sumarísima de contralor de constitucionalidad que pone en movimiento el juicio por el cual se remueve el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho o garantía. En este caso, el obstáculo es la falta actual de certeza originada por una norma que se considera inconstitucional que acarrea la posibilidad de un perjuicio que no es actual sino futuro. Ello significa que la actualidad radica en la incertidumbre y no en la afectación del derecho. Evita, entonces, que el control de constitucionalidad sea tardío al no funcionar a posteriori de la aplicación de la norma presuntamente inconstitucional y una vez producido el daño, sino anticipándose a ambas circunstancias.

3. Es una verdadera acción directa de inconstitucionalidad pues su fin exclusivo es obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma u omisión normativa, empero no en forma genérica o abstracta (no se persigue un pronunciamiento consultivo o hipotético), sino concreta y particular. Es decir, que se plantea para resolver una causa particular y por lo tanto no contraría el artículo 116 CN en cuanto se refiere a “*causas*” ni el antiguo artículo 2º, Ley 27 que limita la jurisdicción de los tribunales federales a “casos contenciosos”. No se trata de obtener un pronunciamiento teórico, pues aquí existe una concreta discrepancia o conflicto sobre una pretensión de certeza. Es por ello que la ubicamos como uno de los procesos constitucionales, claramente bilateral, cuyo fin no es condenatorio sino declarativo en torno de una incertidumbre jurídica que se reputa inconstitucional.

4. Los tres requisitos exigidos para su procedencia son (Morello, 1): a) incertidumbre concreta y actual, sobre la existencia o inexistencia del derecho (no de la situación fáctica); b) interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido de que la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor; c) falta de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

5. Siempre se percibió a esta acción en estrecha relación con el amparo. Así, como la Corte Suprema hasta 1985 negaba la existencia de la acción declarativa en el orden federal, también desestimaba las acciones de amparo cuando ellas requerían un pronunciamiento de inconstitucionalidad, tendencia negatoria que se reforzó cuando la ley de facto 16.986 prohibió expresamente esa posibilidad (art. 2.d). Sin embargo, las excepciones aperturistas de la propia Corte para salvar ese escollo legal en materia de amparo (ver su evolución en amparo individual) facilitaron el alumbramiento pretoriano de la acción declarativa en 1985. En esa oportunidad, el mismo Alto Tribunal reconoce la analogía existente entre ambas acciones, más allá de su *nomen iuris*. Esta similitud es ratificada por la reforma de 1994 cuando habilita expresamente que también por vía de amparo se “*podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*” (art. 43, párr. 1º *in fine*, CN).

6. De esta forma, las notas típicas del amparo como género de tutela con base en el artículo 43 de la CN son aplicables a esta acción:

6.1. Al ser “expedita y rápida”, el juez debe imprimirle el trámite del proceso sumarísimo.

6.2. No requiere reclamo administrativo previo para incoarla.

6.3. Procede también en caso de inconstitucionalidad por omisión: no ya para declarar incompatible una norma, sino precisamente ante la falta de ella, en virtud del deber incumplido por el órgano competente para hacerlo.

6.4. Se puede interponer para proteger tanto derechos individuales como de incidencia colectiva. En ese sentido, están legitimados no sólo el afectado sino también el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, como se reconoció en el caso “Aguera c/Prov. Buenos Aires” de 1997 (F. 320:690), donde se hizo lugar a una acción declarativa de una asociación de defensa de grandes usuarios de electricidad con base en el artículo 43, párrafo 2º CN, reiterando la analogía existente entre la acción del artículo 322 CPCCN y la de amparo (c. 5).

7. Antecedentes de su creación pretoriana:

7.1. La postura tradicional de la Corte por más de un siglo fue negar la posibilidad, en el orden federal, de una pretensión directa de inconstitucionalidad con el único argumento de que el sistema argentino de control, al igual que el modelo norteamericano, sólo aceptaba la vía incidental o de excepción planteada en el trámite de una “*causa*” (ex art. 100, CN) que se consideraba que no la había ante planteos meramente declarativos (F. 243:176; 245:552; 249:221; 252:167; 256:386; 263:351; 265:225). Por tanto, para esta superada doctrina se admitía el proceso declarativo pero no el control constitucional por su vía, pues se consideraba que aquél no concluía en una sentencia de condena y por ello no había “*causa*”; es decir, que reducía el artículo 322 del CPCCN al derecho común sin advertir que la falta de certeza también puede afectar relaciones de derecho público.

7.2. Esta postura es rebatida, en los estrados de la Corte, por el pionero dictamen del procurador Marquardt en caso “Hidronor c/Prov. de Neuquén” –1973– (L. L. 154-515) que postula –por vez primera–

la procedencia de la acción declarativa en el derecho público federal. Ante la pretensión impositiva de la provincia, la empresa estatal inicia contra ella la acción prevista en el artículo 322 CPCCN, en forma originaria ante la Corte federal, para que se establezca la invalidez constitucional de los impuestos reclamados. Más allá de las razones de fondo invocadas para ello (falta de competencia), aquí importa si la acción declarativa servía como medio para poner en funcionamiento el control de constitucionalidad. El procurador se ocupa de demostrar la verdadera existencia de un litigio, causa, juicio o proceso en este tipo de acciones que procuran una declaración de certeza para asegurar la supremacía federal de la Constitución.

8. *Jurisprudencia consagratoria:*

8.1. La Corte Suprema recepciona esta acción como vía apta de control de constitucionalidad a partir del trascendente caso “Prov. de Santiago del Estero c/Gob. Nac.” –1985– (F. 307:1379):

Hechos: ante una situación de urgencia planteada por la amenaza de YPF de imponer sanciones económicas si se aplicaba una ley local (5464) que creaba una tasa, la provincia interpone un amparo, en competencia originaria de la Corte, contra la empresa estatal para impedir que se consuma tal situación.

Sentencia de la Corte: considera que esta acción preventiva no tiene carácter simplemente consultivo; responde a un caso al buscar “precaver los efectos de un acto en ciernes” (c. 4) y aunque descarta la procedencia del amparo (c. 6), no rechaza la acción, sino que –prescindiendo del *nomen juris* dado a la misma– ordena de oficio su reconducción (otorgando un plazo de 10 días para ello) en la acción del artículo 322 del CPCCN para preservar la tutela impetrada por la actora (c. 8).

8.2. En numerosos pronunciamientos posteriores se consolida definitivamente esta doctrina: en 1986, casos “Klein” y “Fábrica Argentina de Calderas c/Prov. de Santa Fe” (F. 308:1489 y 2569); en 1987, casos “Newland c/Prov. de Santiago del Estero” y “Asociación Civil Escuela Escocesa San Andrés c/Prov. Buenos Aires” (F. 310:606 y 977); en 1988, caso “Repetto c/Prov. Buenos Aires” (F. 311:2272); en 1989, caso “Conarpesa Continental” (F. 312:1003); en 1991, caso “Foetra c/Gob. Nac.” (F. 314:210); en 1992, caso “Leiva c/Prov. de Entre

Ríos" (F. 315:1013); en 1995, caso "Athuel Electrónica SA c/Prov. de Tierra del Fuego" (J. A. 1995-IV-410). Incluso en su trámite se han admitido excepcionalmente medidas cautelares aunque la acción se dirija contra actos legislativos que ostentan presunción de validez (casos "Harengus SA c/Prov. Chubut" y "Encotel c/Prov. Río Negro", ambos de 1991, F. 314:547 y 1312; caso "Iribarren c/Prov. de Santa Fe" -1992-, F. 315:2956).

8.3. Tan vertiginoso desarrollo de esta vía procesal también tuvo su paroxismo: en 1999 por su intermedio se llegó a cuestionar la validez de una cláusula constitucional introducida por la reforma constitucional de 1994 (ver análisis del caso "Fayt" en principio de estabilidad, sub-principio de rigidez).

II. Recurso extraordinario federal

1. Su ubicación en nuestro derecho:

1.1. Es una apelación excepcional que tiene por objeto y fin el mantenimiento de la supremacía constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de las sentencias definitivas producidas por todos los tribunales de justicia del país —cámaras federales y superiores tribunales de provincia—. Atento a su finalidad, el recurso extraordinario conforma un típico proceso constitucional (junto al amparo como género de tutela) con la peculiaridad de que permite el acceso a la Corte federal para que ésta ejerza —en última instancia— el control de constitucionalidad.

1.2. Pone en funcionamiento la competencia apelada extraordinaria de la Corte federal (art. 117, parte 1ª, CN) que debe diferenciarse claramente de sus otras competencias (originaria y por apelación ordinaria) cuyo estudio se efectúa en el Poder Judicial, a cuyo capítulo remitimos en lo pertinente. La principal característica de esta competencia de excepción es que si bien la Corte se convierte en intérprete final y definitivo de la Constitución Nacional, su intervención no constituye una tercera instancia de todos los pleitos (F. 97:285; 151:48 y 179:5) ya que el objetivo del recurso extraordinario federal es mantener la supremacía constitucional y no rectificar cualquier injusticia o error que pueda existir en un fallo (F. 172:149 y 186:497).

1.3. Es una apelación excepcional, lo cual significa que no es una impugnación ordinaria o común sino restrictiva, con rigurosos requisitos de forma y fondo donde sólo se discuten cuestiones federales: por regla, aquellas cuestiones de derecho federal que excluyen toda discusión sobre aspectos de hecho y derecho nacional común, local o procesal, y sólo en ciertos casos especiales comprende cuestiones de hecho y de derecho no federal en los supuestos de arbitrariedad de sentencia.

2. Regulación legal del recurso extraordinario:

2.1. La legislación es dispersa e incompleta atento a la manera peculiar con que el Congreso ejerció, a lo largo del tiempo, la potestad consagrada en el actual artículo 117, parte 1ª CN que le ordena regular la competencia apelada de la Corte federal:

2.1.1. *Dispersa*: no está regulado por una ley única, integral y sistemática sino que, por el contrario, se conforma de varias leyes. Luego de sancionada la ley “madre” en la materia, la Ley 48 del 14 de setiembre de 1863 (arts. 14, 15 y 16) aún vigente, a lo largo del siglo XX (desde 1902 hasta 1990) el Congreso fue dictando diferentes leyes que sucesivamente complementaron y modificaron el rostro normativo original del recurso extraordinario: en 1902, la Ley 4055 (art. 6º); en 1967, el CPCCN, modificado en 1981 por la ley de facto 22.434 (arts. 256/258; 280/281, y 285/287), y por último, en 1990, la Ley 23.774 (art. 2º que modifica los arts. 280 y 285 del CPCCN) que introduce el *writ of certiorari* argentino.

2.1.2. *Incompleta*: la adjetivamos de este modo puesto que, a pesar de la plural regulación normativa, ésta no alcanza para confeccionar un “identikit” completo del recurso en estudio, ya que existen varios requisitos creados pretorianamente por la Corte (sin base legal) como la llamada doctrina de la arbitrariedad de sentencia que suma una nueva especie de cuestión federal a las clásicas de los tres incisos del artículo 14, Ley 48; ciertos requisitos formales (introducción o reserva de la cuestión federal), y los denominados “requisitos comunes” a todos los recursos.

3. Requisitos del recurso extraordinario federal:

3.1. A fin de ordenar por su naturaleza la gran cantidad de recaudos

exigidos (tanto legislativa como pretorianamente), utilizamos la tradicional clasificación tripartita que los sistematiza en *comunes* a todos los recursos de apelación, *propios* o peculiares del recurso extraordinario y *formales* (Imaz y Rey).

3.2. Requisitos comunes del recurso extraordinario: las notas universalmente admitidas para cualquier recurso procesal (medio de impugnación mediante el cual una parte en un proceso judicial pide que un tribunal subsane los vicios que lo perjudican cometidos por una resolución dictada por otro tribunal) se reiteran en este especial recurso, claro está, con las modalidades específicas del mismo:

3.2.1. *Que haya intervenido un tribunal de justicia:* se entienden como tal los órganos permanentes que integran el Poder Judicial nacional o provincial, y sólo contra sus sentencias procede el recurso extraordinario (F. 247:674). Veamos algunos supuestos especiales:

3.2.1.1. Tribunales arbitrales o de amigables componedores: contra cuyas decisiones no procede por no ser órganos judiciales (F. 76:310 y 237:392). En 1997, en el caso “Ghiorzo c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (F. 320:435) también se negó al Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande el carácter de “tribunal de justicia” o equiparable, y, por ende, se declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto contra una decisión de ese órgano creado por un tratado internacional pues debió primero someterse el caso constitucional al conocimiento y debate ante un órgano judicial competente en el ámbito interno para dejar expedita, eventualmente, la instancia extraordinaria.

3.2.1.2. Organismos administrativos que ejerzan facultades jurisdiccionales: como desde el caso “Fernández Arias” –1960– (F. 247:646) se entendió que el recurso extraordinario no satisface la doctrina de la adecuada revisión judicial, dicho recurso no procede directamente contra sus resoluciones sino contra la sentencia definitiva que dicte el superior tribunal (judicial) de la causa; a excepción de que se utilice esa vía para impugnar, precisamente, la ausencia de revisión ante los tribunales de justicia por violación al artículo 18 de la CN (F. 249:181; F. 253:485).

3.2.1.3. Tribunales militares: si bien la Ley 4055 los consideraba órganos hábiles a los fines del recurso (art. 6º), dicho supuesto debe

entenderse derogado a partir de la Ley 23.049, según se explica más adelante en el requisito de superior tribunal de la causa.

3.2.1.4. Órganos que sin pertenecer al Poder Judicial realizan enjuiciamiento político de jueces u otros funcionarios: procede este especial recurso tanto en la esfera local (caso “Graffigna Latino” de 1986, F. 308:961) como federal (caso “Nicosia” de 1993, F. 316:2940), en tanto constituidos como “tribunal” se equiparan a los tribunales de justicia a estos fines. De esta manera, se ha modificado la vieja doctrina que consideraba que no procedía este recurso contra una resolución tomada por un Senado provincial en juicio político a un gobernador (caso “Joaquín Castellanos” –1922–, F. 136:147).

3.2.2. *Que la intervención del tribunal de justicia se haga a través de un juicio*: se desprende de los artículos 116 y 117 CN cuando utiliza la expresión “*causas*” (casos, asuntos, pleitos o controversias entre partes). Se excluye la intervención de los jueces por propia iniciativa para revisar las decisiones de los otros departamentos de gobierno (F. 190:142).

3.2.2.1. Según la Corte existe juicio en todo asunto susceptible de ser llevado a los tribunales de justicia mediante alguno de los procedimientos establecidos a ese efecto (F. 193:115). En los juicios penales debe haber acusación, defensa, prueba y sentencia; en tanto que en los juicios no penales debe haber demanda, contestación (salvo los voluntarios en los cuales no hay partes con intereses contrapuestos), prueba y sentencia.

3.2.2.2. La Corte ha reconocido sin dificultad el carácter de causa a numerosos procedimientos instaurados por las leyes, sean ellos de orden contencioso o voluntario, pero también le ha dado ese reconocimiento a los procedimientos de superintendencia (F. 154:119) y a los procedimientos administrativos cuando en ellos recae una decisión de naturaleza judicial no revisable por los jueces (F. 193:408). A su vez, la Corte ha intervenido por excepción sin juicio en defensa de las prerrogativas que le confiere el artículo 113 CN, es decir, con motivo de dictar y aplicar el Reglamento para la Justicia Nacional, y de la designación de sus empleados (F. 201:459). Tampoco han existido juicios en los pronunciamientos de la Corte cuando se instalaron los

gobiernos de facto de 1930 y 1943, oportunidad en que dictó sendas acordadas de reconocimiento a dichos gobiernos (F. 158:290 y 194:5).

3.2.3. *Que en el juicio se decida una cuestión justiciable*: vale decir, dirigida a resolver una situación real y concreta y no para supuestos hipotéticos o para fijar reglas a casos no sucedidos. No les compete a los jueces de la Nación hacer declaraciones generales o abstractas (F. 230:53; 235:129; 236:673). No son cuestiones justiciables las consultas a la Justicia (F. 184:358). También son cuestiones ajenas al Poder Judicial, por ser privativas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, las denominadas cuestiones políticas estudiadas en otro punto de este libro.

3.2.4. *Que exista gravamen que justifique la apelación extraordinaria*: lo cual significa que el recurrente debe tener interés personal en el asunto:

3.2.4.1. Para que exista interés jurídico la Corte ha entendido que su decisión debe ser necesaria en relación con lo debatido en el juicio, lo cual significa que el gravamen debe ser actual y no potencial (F. 194:409). La decisión de la Corte debe ser eficaz, no procediendo el recurso cuando no cambiase la situación del recurrente en el caso de resolverlo favorablemente (F. 189:245). Claro que el gravamen no debe haber sido provocado por la propia conducta del recurrente; por ejemplo los prófugos que invocan su indefensión (F. 187:682).

3.2.4.2. La Corte ha sostenido que no procede el recurso extraordinario interpuesto en interés de terceros no representados por el recurrente (F. 248:25). Procederá si el recurrente tiene poder suficiente del interesado o en caso del hábeas corpus, pues cualquier pariente o amigo lo puede interponer (F. 180:196), o que lo interpongan los agentes de retención de impuestos a nombre de los contribuyentes (F. 186:170).

3.2.4.3. La Corte no ha reconocido interés personal a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario a quienes no se amparan en la garantía en cuyo desconocimiento fundan el recurso (F. 247:145); a quienes han renunciado al derecho en que fundan dicho recurso (F. 186:523 y 187:5); ni al querellante que interpone el recurso extraordinario con miras a obtener la aplicación de una condena (F. 252:195; 260:114).

3.2.4.4. Pueden interponer el recurso extraordinario: las partes, sus representantes y el Ministerio Público. Por excepción también pueden hacerlo los terceros siempre que estén vinculados al juicio por un interés legítimo y fueran perjudicados por la sentencia dictada sin su intervención (F. 47:135).

3.2.5. *Que subsistan los requisitos comunes indicados en el momento de decidirse el recurso:* si uno o varios de ellos hubiera desaparecido se estará en presencia de una denominada cuestión abstracta (*moot case*), fórmula utilizada por la Corte para declarar inadmisibles un recurso extraordinario federal por falta de agravio actual. Dicha ausencia de requisitos al momento de resolver no puede ser suplida por la conformidad de las partes (F. 193:524) y puede ser declarada de oficio (F. 189:245). El recurso extraordinario, entonces, se rechaza porque la cuestión ha devenido abstracta por aplicación de la jurisprudencia que establece que la Corte debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso (F. 286:220; 303:2020; 307:2030; 313:701).

3.2.5.1. Se han considerado cuestiones abstractas: a) cuando el detenido que ha interpuesto hábeas corpus está en libertad al momento en que debe decidir la Corte Suprema (F. 5:316; 193:260); b) cuando el editor de un periódico interpone amparo contra la prohibición de distribución, venta y circulación y secuestro de ejemplares en virtud del estado de sitio, y al llegar el caso a la Corte se habían dejado sin efecto tanto el estado de sitio como las medidas de aplicación (F. 306:157); c) cuando las patentes respecto de las cuales se solicitaba la nulidad habían caducado (F. 193:524); d) cuando ha sido derogada la ley, reglamento o resolución materia del gravamen al momento de resolver el recurso: por ejemplo el caso de quien impugna una pérdida de ciudadanía por la ley de facto 21.795, derogada al momento de decidir por Ley 23.049, en cuyo caso la Corte devolvió los autos a las instancias de grado para que decidan sobre la aplicación y alcance de la nueva norma (F. 306:416); e) cuando el fiscal respecto del cual se discute su inmunidad ha cesado en su cargo (F. 316:1644); f) cuando la impugnación de un escrutinio ya terminó con la elección de autoridades locales cuyos mandatos caducaron en virtud de la ley que declaró la intervención en la provincia (F. 317:1469); g) cuando

quien impugna una denegación de excarcelación ha sido condenado a pena de prisión (F. 318:550).

3.2.5.2. Una luminosa excepción a esta doctrina jurisprudencial surge de los votos disidentes en el caso "Bahamondez" de 1993 (F. 316:479) ya analizado al estudiar la libertad de cultos en el capítulo de los derechos. En efecto, mientras la mayoría de la Corte declara inoficioso todo pronunciamiento pues el paciente que se negaba a ser transfundido por razones religiosas hacía cuatro años que había sido dado de alta, las disidencias (Cavagna-Boggiano-Belluscio-Petracchi) señalan acertadamente que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la del caso torna difícil que la Corte pueda pronunciarse; por ello, para evitar que el rol de "garante supremo de los derechos humanos" que se autoadjudica el tribunal se frustre por razones formales, cabe declarar justiciables los casos susceptibles de repetición.

3.3. Requisitos propios del recurso extraordinario:

3.3.1. Que se debata en el pleito una cuestión federal: es el recaudo central que define la naturaleza excepcional de este recurso por la materia sobre la cual recae. En principio se entiende por cuestión federal la que versa sobre la interpretación de una norma federal (constitución, tratado internacional, ley federal, reglamento) o de un acto federal (emanado de una autoridad nacional). Las cuestiones federales son esencialmente cuestiones de derecho, no correspondiendo la jurisdicción extraordinaria para el examen ni decisión de las cuestiones de hecho (F. 185:358; 189:182; 190:220; 193:11). Por excepción, cuando la cuestión de hecho tiene una dependencia y conexión estrecha con los puntos de derecho federal materia del pleito, que no puedan decidirse por separado, habrá también cuestión federal (F. 189:170). Asimismo, la Corte puede revisar puntos no federales cuando de lo contrario se frustrara el derecho federal invocado (F. 190:50; 193:61; 194:220).

3.3.1.1. Clases de cuestión federal: las clasificamos en previstas expresamente en alguno de los tres incisos del artículo 14 de la Ley 48 (simples y complejas: directas o indirectas), y en no previstas legalmente o nacidas por creación pretoriana de la Corte (sentencia arbitraria).

3.3.1.1.1. Cuestión federal simple (art. 14.3, Ley 48): es la que versa sobre la interpretación inmediata (no confrontación de normas) de alguna de las siguientes normas federales con prescindencia de cualquier otra:

a) *De una o varias cláusulas de la Constitución Nacional*: por ejemplo cuando un diputado nacional sostuvo que no le correspondía proceso en razón de las inmunidades parlamentarias y la Corte declaró procedente el recurso extraordinario pues se trataba de la interpretación de los ex artículos 60 y 61 CN (hoy 68 y 69), pero no hizo lugar a la pretensión del diputado pues las injurias materia del proceso habían sido vertidas fuera del desempeño de su mandato (F. 185:360; 248:462 y 473);

b) *de una ley federal*, ya que, en principio, la interpretación del derecho local, provincial y común no da lugar al recurso extraordinario (F. 242:275; 194:56 y 394). Por excepción, no procede el recurso extraordinario por interpretación de leyes federales cuando su carácter formal no afecta la supremacía constitucional, tal el caso de las leyes federales de procedimiento (F. 115:11 y 177:99); en cambio, hay cuestión federal cuando la interpretación de las leyes procesales federales afecta la supremacía constitucional, por ejemplo la interpretación del procedimiento para la percepción de los impuestos a cargo de la DGI (F. 193:81 y 417);

c) *de los tratados internacionales*, cualquiera sea su materia. En una primera época, la Corte consideró que no daba lugar al recurso extraordinario la interpretación de un tratado en la medida en que los preceptos del mismo fuesen de derecho común (F. 189:375). Empero, a partir del caso “Méndez Valles” –1995– (F. 318:2639) se considera que siempre que se trate de la interpretación, directa e inmediata, de un tratado es procedente el recurso extraordinario;

d) *de las reglamentaciones de leyes federales* emanadas del Poder Ejecutivo (F. 189:219) y de sus ministros (F. 187:116), si lo reglamentado tiene carácter federal. La interpretación del Reglamento para la Justicia Nacional dictado por la Corte Suprema también ha sido considerada cuestión federal (F. 224:575);

e) *de los reglamentos autónomos, de necesidad y urgencia y delegados*;

f) *de otras normas federales* como por ejemplo los reglamentos de las Cámaras del Congreso;

g) *de los actos federales de las autoridades nacionales*: se trata de los actos no normativos, pues de lo contrario estarían incluidos en las categorías anteriores; no comprenden tampoco los actos de ejecución de normas dispuestas por las autoridades nacionales; en rigor, se trata de la ejecución de las atribuciones otorgadas directamente por la Constitución a los poderes del Estado, tal el caso: de los propios pronunciamientos de la Corte Suprema (F. 193:199), de las sentencias de los restantes tribunales federales (F. 187:28) y, a nuestro juicio, del ejercicio de las jefaturas por parte del presidente de la Nación y de las atribuciones no legislativas del Congreso y de sus Cámaras.

3.3.1.1.2. Cuestión federal compleja: ella existe cuando se produce una incompatibilidad, confrontación o contradicción entre normas o actos (nacionales, provinciales o locales) y la Constitución Nacional en forma inmediata o mediata, de modo que las cuestiones federales complejas pueden ser directas o indirectas:

3.3.1.1.2.1. Cuestión federal compleja directa (art. 14.1, Ley 48): cuando la incompatibilidad o confrontación se da inmediatamente entre la Constitución y cualquier norma o acto nacional o provincial, con prescindencia de cualquier otra norma. Estas cuestiones demandan un procedimiento que consta de los siguientes pasos: primero la Corte interpreta la norma constitucional invocada; luego debe comparar dicha interpretación con la norma o acto impugnado, ya sea según la interpretación de la Corte si dicha norma o acto fuera federal, o del tribunal apelado, si lo impugnado fuera derecho común o local; finalmente, debe resolver acerca de la compatibilidad de las normas impugnadas con la norma constitucional invocada. Lo que puede estar en contradicción inmediata con la Constitución es:

a) *Un tratado* (F. 142:143);

b) *una ley federal*: en este supuesto la Corte ha resuelto que las leyes no deben ser declaradas inconstitucionales cuando, mediante alguna interpretación razonable de las mismas, se pueden armonizar con la Constitución (F. 247:387; 200:180);

c) *una norma de derecho nacional común*: la Corte ha decidido

que no corresponde reinterpretar dicho derecho sino resolver si la forma en que ha sido interpretado por los tribunales inferiores es o no compatible con la Constitución (F. 117:7). Ello es así pues por vía del recurso extraordinario no se examina la aplicación del derecho común;

d) *otra norma nacional*: cualquiera fuera la autoridad de donde emane, por ejemplo del Ejecutivo (F. 169:309), o de un ministro (F. 174:299). Luego de la reforma deben incluirse también las normas dictadas por el jefe de Gabinete (art. 100, inc. 2º, CN);

e) *actos de autoridades nacionales*: sean ellos actos no normativos por ejercicio directo de atribuciones constitucionales o actos de mera ejecución. La Corte aceptó la existencia de cuestión federal respecto de actos del Ejecutivo (F. 177:194 y 185:100), de resoluciones ministeriales (F. 164:290), de una decisión de la Cámara de Diputados (F. 19:231), de decisiones judiciales como la negativa de un juez a dar cumplimiento a un exhorto (F. 189:105);

f) *una norma provincial*: cualquiera sea el nivel jerárquico de dicha norma: una constitución provincial (F. 102:219: fue declarado inconstitucional el artículo 26 de la Constitución de Santiago del Estero), una ley local (F. 178:49: se declaró inconstitucional la ley 208 de San Juan), un reglamento local (F. 179:98: fue declarado inconstitucional el decreto reglamentario de la ley 1202 de Santiago del Estero), una ordenanza municipal (F. 132:205: fue declarada inconstitucional una ordenanza de la Municipalidad de San Nicolás). En todos estos casos la validez cuestionada de la norma provincial debe serlo por violar inmediatamente la Constitución Nacional, ya que si la contradicción fuera con otra norma federal (por ej. ley o tratado) no es cuestión compleja directa, sino indirecta;

g) *un acto de autoridad provincial*: se trata de actos no normativos que pueden provenir de cualquier autoridad local: administrativa (F. 185:343), legislativa (F. 179:205), judicial (F. 185:15), municipal (F. 162:337), u otras (F. 185:267).

3.3.1.1.2.2. Cuestión federal compleja indirecta (art. 14.2, Ley 48): se presenta cuando, con motivo de una incompatibilidad entre normas o actos emanados de diferentes autoridades de la Nación, o entre normas o actos nacionales con otros locales, deba resolverse esa contradicción por interpretación de la Constitución Nacional que de

esta forma se aplica mediatamente. La cuestión federal compleja indirecta demanda un procedimiento que consta de los siguientes pasos: primero deberá la Corte interpretar la norma de superior jerarquía en el ordenamiento jurídico; luego deberá interpretar la norma de inferior rango y compararla con la primera a fin de establecer su compatibilidad o no; finalmente deberá interpretar la Constitución con el fin de establecer si la normativa fundamental establece una prioridad entre las normas del ordenamiento que resultaron incompatibles. Se pueden presentar los siguientes casos:

a) *Incompatibilidad entre normas o actos de diferentes autoridades nacionales*: por ejemplo cuando con motivo del ejercicio de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo respecto de una ley surge un conflicto entre ambas (F. 151:5; 178:304). Cuando las normas incompatibles son federales la Corte puede interpretarlas; en cambio, si fueran de derecho común, debe estar a la interpretación del tribunal inferior (F. 189:182);

b) *incompatibilidad entre normas o actos nacionales y normas o actos locales*: por ejemplo cuando la Corte abordó el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 40 y 202.9 de la Constitución de Mendoza por violatorios del Código Civil y, por ende, de los ex artículos 67, inciso 11; 108 y 31 CN (F. 146:122); lo mismo ocurrió con la incompatibilidad planteada respecto del Código de Procedimiento Civil de Santa Fe por violar el Código Civil y, por ende, las mismas normas constitucionales (F. 190:124); el mismo planteo recayó sobre un decreto de la Provincia de Buenos Aires por violar la Ley federal 3975 (F. 155:87), y respecto de una ordenanza municipal santiagueña de La Banda por violatoria de la Ley 10.657 y por ende del artículo 31 CN (F. 182:293);

c) *incompatibilidad entre normas o actos de una misma autoridad*: en estos casos, en principio, no hay cuestión federal, pues la autoridad facultada para crear la norma puede derogarla y rige la máxima de que la norma posterior deroga a la anterior (F. 187:624). Sin embargo, como excepción, si la ley posterior es local para la Capital Federal ella no puede derogar al Código Civil, como lo resolvió la Corte al decidir que la ley 11.287 no podía derogar a dicho Código pues se rompería la unidad de la legislación sustantiva para toda la Nación (F. 176:339);

d) *incompatibilidad entre normas o actos de autoridades provinciales*: si bien, en principio, ello no da lugar a la cuestión federal, por excepción la Corte la ha reconocido cuando como consecuencia de dicha incompatibilidad se produzca una violación de la Constitución Nacional. Por ejemplo si un decreto u ordenanza local establece una pena mayor a la fijada en una ley provincial –un código rural–, violando de ese modo el artículo 18 CN (F. 178:355 y 191:245).

3.3.1.1.3. Cuestión federal por arbitrariedad de sentencia (no regulada en la Ley 48):

3.3.1.1.3.1. La arbitrariedad es la cuarta forma de cuestión federal, el cuarto inciso no escrito del artículo 14 de la Ley 48 (G. Carrió, 2), en virtud de la cual cuestiones en principio ajenas a la competencia extraordinaria de la Corte (como las cuestiones de hecho, prueba y derecho común) se federalizan y permiten la apertura del recurso extraordinario por arbitrariedad a fin de asegurar el debido proceso legal consagrado por la propia Constitución (art. 18).

3.3.1.1.3.2. Es una creación pretoriana de la Corte que con el paso del tiempo dio lugar a la denominada doctrina de la arbitrariedad de sentencia. Formulada a principios de siglo (en 1909) a partir del aislado caso “Rey c/Rocha” (F. 112:384), recién se aplica por vez primera a fines de la década del treinta (en 1939) en el caso “Storani de Boi-danich” (F. 184:137), y tiene su gran expansión y desarrollo a partir de 1955, luego del golpe de Estado de ese año, con cada vez más frecuentes y ampliadas causales de aplicación, al menos hasta el año 1990 en que se introduce el denominado *certiorari* negativo con la Ley 23.774 (ver su análisis más adelante).

3.3.1.1.3.3. Son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de gravedad extrema, que permiten descalificarlas como acto judicial válido. No tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la solución de las cuestiones que les son privativas, ni abre una tercera instancia para debatir temas no federales; es decir, que no tiene por objeto constituir a la Corte Suprema en una tercera instancia ordinaria. Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación. Tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, CN), exigiendo que las sentencias sean

fundadas y constituyan, como ha dicho la Corte, una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a circunstancias comprobadas de la causa.

3.3.1.1.3.4. El concepto de arbitrariedad de una sentencia es de suma vaguedad y ha originado un arduo debate en la doctrina nacional sobre aspectos semánticos y metodológicos:

a) Juan F. Linares definió a la sentencia arbitraria como la dictada fuera del género legal; E. Imaz como la inexcusablemente errónea, en el doble aspecto de su contradicción lógica y de su deficiencia total axiológica; G. Carrió sostuvo lisa y llanamente la imposibilidad de formular un concepto sobre arbitrariedad de la sentencia, debido a que si la sentencia arbitraria es aquella que no satisface los requisitos del debido proceso legal, ello no se debe a que la sentencia tenga alguna propiedad que pueda ser individualizada como "arbitrariedad", sino a que posee alguna de las infinitas anomalías (vicios) que los jueces pueden cometer al dictarlas y que la Corte puede reconocer al revisarlas.

b) Para nosotros, la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del juez no sujeto a normación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la normación vigente. No a otra cosa apuntó Imaz cuando señaló en la arbitrariedad de la sentencia la falta de coherencia lógica y de aptitud axiológica.

c) Por otra parte, no vemos por qué habríamos de exigirle al concepto de arbitrariedad una precisión denotativa tal que nos permitiera reconocer —a priori y con certeza— los vicios de las sentencias; además, la arbitrariedad no está hecha sino haciéndose. La función de la ciencia social es construir tipos ideales que permitan comprender la realidad variable. Esos tipos no son cerrados —sino abiertos— y son el producto de una selección valorativa de caracteres efectuada por el científico con el fin de destacar las cualidades prevalentes del material empíricamente dado. La arbitrariedad no puede ser definida por un concepto inequívoco (cerrado): los tipos ideales se van enriqueciendo o modificando a medida que la Corte reconoce nuevos casos de arbitrariedad y el científico los incorpora en su tipología, como lo ha hecho el propio Carrió en su magistral tipología sobre arbitrariedad que será seguida en este libro.

3.3.1.1.4. *Tipología sobre sentencia arbitraria* (G. Carrió, 2): las

distinciones se realizan según que el vicio de la sentencia esté radicado en el objeto o tema, en los fundamentos o en los efectos de la decisión. Por su parte, cada una de estas tres categorías típicas de arbitrariedad admite subtipos, a partir de la jurisprudencia de la Corte.

3.3.1.1.4.1. Arbitrariedad radicada en el objeto de la sentencia: se subdivide según que la sentencia omita cuestiones planteadas o decida alguna no planteada.

3.3.1.1.4.1.1. *Por omitir considerar cuestiones oportunamente planteadas:* siempre que esas cuestiones sean conducentes para la solución del juicio (casos “Mattar” –1954–, F. 228:279, y “Tienda San Miguel” –1954–, F. 229:860; “Soulas” –1955–, F. 233:147), pues de ese modo se afecta la defensa en juicio o existe una efectiva denegación de justicia. Son ejemplos de este tipo de arbitrariedad: a) omisión de pronunciamiento en la sentencia de segunda instancia, por exigirle a quien ganó en la primera que apele la sentencia que lo beneficia: la Corte declaró que le bastaba a dicha parte reiterar en la segunda instancia las cuestiones y defensas propuestas en la primera (F. 253:463; 256:434); b) omisión de pronunciarse sobre decisiones de otras salas del mismo tribunal en un caso análogo, donde una de las partes en el juicio –que lo invocó– también fue parte (F. 244:468; 252:216); c) omisión de pronunciamiento sobre el carácter lícito o ilícito de una huelga, aunque exista calificación administrativa sobre la licitud o ilicitud de la medida de fuerza; pero de existir esa calificación los jueces no pueden apartarse de ella si no es irrazonable (F. 251:472; 254:51, 56 y 65).

3.3.1.1.4.1.2. *Por decidir cuestiones no planteadas:* los tribunales de justicia no pueden introducir en el pleito cuestiones no planteadas por las partes, pues se violan de ese modo los artículos 17 y 18 CN (caso “Green” –1957–, F. 237:328) o la defensa en juicio (caso “Artimsa” –1960–, F. 247:681). Se da esta causal por: a) acordar en juicios de expropiación una indemnización mayor que la requerida por el propietario, vale decir, resolver *ultra petita* (F. 250:226 y 253:412). Sin embargo, la Corte no reconoció la arbitrariedad cuando el actor solicitó aumento de indemnización en la expresión de agravios y la demandada lo consintió (F. 259:169 y 261:199); b) decidir en sede penal más allá de lo solicitado por el Ministerio Público (vale decir

la *reformatio in peius* en materia penal analizada en debido proceso dentro del capítulo de garantías): el *leading case* lo constituye el caso “Gómez” de 1956 (F. 234:270), donde el mencionado había matado a su padre; el fiscal pidió dos años de prisión, y el juez lo absolvió; el fiscal de Cámara desistió del recurso interpuesto por el fiscal de 1ª instancia, y la Cámara lo condenó a prisión perpetua; llevado a la Corte ésta resolvió que en el caso había arbitrariedad y violación de la defensa en juicio (reiterada en F. 234:367 y 372; 241:154; 248:125 y 612). Esta doctrina no alcanza a las decisiones de los jueces de 1ª instancia que condenan a más pena que la solicitada por el fiscal (F. 237:423), ni a la agravación por la Cámara cuando el fiscal haya apelado aunque manifieste estar de acuerdo con la absolución de 1ª instancia (F. 240:277); aunque en el caso “Olguín” de 1959 (F. 244:198) se siguió la doctrina del caso “Gómez”.

3.3.1.1.4.2. Arbitrariedad radicada en los fundamentos de la decisión: este tipo se subdivide según que el vicio se ubique en el fundamento normativo, fáctico o sea mixto.

3.3.1.1.4.2.1. Arbitrariedad por vicios normativos:

a) *El juez se arroga el papel de legislador:* fue lo que ocurrió en varios juicios con el Tribunal de Trabajo de San Juan, por reclamos de horas extras y otras compensaciones por parte de los obreros, lo cual fue admitido en las respectivas sentencias con el argumento de que no obstante que la ley 9688 fijaba un monto tope a la indemnización, los jueces podían exceder dicha cantidad porque en “casos especiales ellos pueden corregir la ley”. La Corte dejó sin efecto dichas decisiones, invocando la garantía de la defensa en juicio y el principio de la división de los poderes, pues las sentencias apeladas en vez de estar apoyadas en el orden jurídico positivo invocaban el postulado de justicia social (casos “Dalsoglio”, “Marín” y “Cabaña”, F. 234:82, 211 y 310).

b) *El juez prescinde de un texto legal vigente sin dar razón plausible alguna:* la Corte declaró la arbitrariedad cuando la sentencia omitió la aplicación del arancel profesional (casos “Campos” y “Stampone” –1957–, F. 239:10 y 204, y “Carmaega” –1958–, F. 241:121); no se dio intervención a las Cámaras Paritarias según lo disponía la ley (caso “Cáceres” –1959–, F. 245:416), y donde no se había res-

petado el trámite legal del recurso de inaplicabilidad de ley (caso “Porretti” –1961–, F. 250:699).

c) *El juez aplica una norma derogada*: como ocurrió cuando se aplicó el artículo 36 de la no vigente ley 13.581 (caso “Rivarola” –1957–, F. 237:438); también en el caso en el que se aplicaron la Constitución de 1949 y la de Jujuy del mismo año, ambas sin efecto por la proclama revolucionaria de 1956, la Corte declaró arbitraria la correspondiente sentencia (caso “San Pedro de Jujuy” –1960–, F. 247:291). Sin embargo, la norma debe estar inequívocamente derogada, pues el debate acerca del carácter derogatorio de una ley común por otra del mismo carácter no constituye cuestión federal (F. 250:236).

d) *El juez da como fundamento de su sentencia normas de excesiva latitud*: pautas muy remotas, apreciaciones muy generales o declaraciones teóricas, como ocurrió cuando la Corte revocó la sentencia apelada por estar fundada en una norma no operativa de la Constitución de 1949 (el art. 35 según el cual “los derechos no amparan a ningún habitante en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro”) dirigida al legislador para ser reglamentada y no a los jueces (caso “Raina” –1956–, F. 234:406). Por su parte, la Corte resolvió revocar la sentencia apelada que había denegado una adopción por razones de diferencias religiosas entre adoptante y adoptado, dejando de lado un precepto legal concreto de la ley 13.252 que permitía a los jueces velar por que la adopción sea conveniente al menor (caso “Schvartz” –1957–, F. 239:367). En el mismo sentido en el caso de la expropiación del diario *La Prensa* (caso “Abal” –1960–, F. 248:291).

3.3.1.1.4.2.2. Arbitrariedad por vicios en los fundamentos de hecho:

a) *El juez prescinde de prueba decisiva para la solución del pleito*: en tal sentido la Corte ha dicho que ello ocurre cuando no se toman en cuenta pruebas fehacientes regularmente traídas a juicio, o se hace remisión a las que no constan en él (caso “Carlozzi” –1947–, F. 207:72). La arbitrariedad consiste en prescindir de prueba decisiva y no en apreciar de diferente modo dicha prueba (F. 235:387). Ha dicho la Corte que “interpretar caprichosamente” es lo mismo que prescindir (F. 239:35). Reconoció la arbitrariedad en la prescindencia de prueba rendida en el juicio cuando: no se tuvieron en cuenta los comprobantes

de pago de la contribución territorial para justificar ser poseedor *animus domini* (F. 238:200); no se tuvo en cuenta la acreditación médica de la incapacidad para trabajar del padre de quien pedía ser eximido del servicio militar (F. 247:97); no se tomó en cuenta el depósito hecho en una escribanía en un juicio de consignación cuando no se pudo hacer en el banco (F. 247:537); no se tuvo en cuenta en forma palmaria una pericia contable (F. 248:225).

b) *El juez invoca pruebas inexistentes*: ocurre cuando la sentencia tiene por auténticos documentos no agregados a los autos ni reconocidos por el pretendido firmante (caso “Lischin” –1957–, F. 239:445), y cuando se tuvieron en cuenta estudios técnicos oficiales no acreditados en autos y no una pericia realizada en el expediente (caso “Mucci” –1961–, F. 250:99). Doctrina reiterada en F. 248:487 y 700; 250:95, y 256:101.

c) *El juez contradice en forma manifiesta otras constancias de la causa* (que no necesariamente son pruebas en sentido estricto): cuando la sentencia no tuvo en cuenta lo dicho en un escrito por el defensor del demandado, a pesar de haber sido presentado en otra parte del expediente y no haber sido ofrecido como prueba (caso “Toculescu” –1964–, F. 260:114); cuando no se tuvieron en cuenta las constancias de un expediente administrativo agregado al juicio (F. 249:275), o cuando la sentencia se funda en una pericia anulada en una resolución anterior (F. 234:700). Esta doctrina se reitera en F. 248:487; 249:45; 250:95, y 251:469.

3.3.1.1.4.2.3. Arbitrariedad mixta, por vicios en los fundamentos de hecho y normativos:

a) *Afirmaciones dogmáticas o fundamentos sólo aparentes*: lo cual, a su vez, se puede dar como:

1. *Afirmaciones dogmáticas de derecho*: cuando la sentencia afirma que el derecho a la indemnización por fallecimiento del esposo y padre tiene sólo carácter hereditario (caso “Storaschenco” –1956–, F. 236:27); cuando dispone la aplicación de un convenio colectivo de trabajo en razón de la actividad del empleado y no del empleador, sin dar fundamento legal alguno (caso “García c/De Witt” –1957–, F. 237:695); cuando sólo se basa en que el caso configura una situación especialísima (F. 249:22); cuando se basa simplemente en un acuerdo plenario

carente de fundamentos (F. 254:40); cuando la sentencia se funda en un plenario que no es objeto de análisis concreto sino en su simple invocación (caso “Ons” –1965–, F. 262:27).

2. *Afirmaciones dogmáticas de hecho*: cuando el jefe de Policía de La Plata –como juez de faltas– condenó a través de un formulario impreso que manifiesta “que se halla debidamente acreditada la comisión de la falta que se le imputa”, sin decir cuál fue la falta (caso “Andino” –1958–, F. 240:160); cuando la sentencia prescinde de la prueba de veinte testigos por ser su testimonio insuficiente e inadecuado, sin expresar razones concretas de ello (F. 248:625); cuando se decreta un embargo por un monto obtenido de la sola afirmación de la actora de que tal era el valor de la mercadería objeto de la acción (F. 257:301). Otros casos se han dado en materia de regulaciones de honorarios profesionales en juicios donde la práctica es la parquedad de fundamentos, como cuando se fijan sobre la base de afirmar que el monto del juicio está dado por el valor del contrato, sin expresar razón alguna que funde dicha solución (caso “Pérez Otero” –1957–, F. 237:292), o la regulación no está referida concretamente al arancel (F. 245:359; 248:22) o sólo invoca la extensión de los trabajos realizados (F. 254:360), o con el mero sustento de la excesiva onerosidad de la regulación se deja de aplicar la escala mínima del arancel (caso “Echeverry de Rossi” –1984–, F. 306:1265).

b) *Exceso ritual manifiesto con desmedro de la verdad jurídica objetiva*: fue lo que ocurrió en el famoso caso “Colalillo” de 1957 (F. 238:550), en el cual se trataba de probar que dicha parte tenía registro de conductor a la época de producido un accidente de tránsito; los tribunales inferiores no lo dieron por probado ateniéndose a un informe en sentido negativo de la Municipalidad de Buenos Aires, no obstante que Colalillo había acompañado una renovación de registro, anterior a la época del accidente; la sentencia apelada no reconoció validez a la presentación del registro renovado, por haber sido presentado después de dictada la sentencia de 1ª instancia; la Corte declaró que la sentencia carecía de fundamentos suficientes para sustentarla, y que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues la sentencia implicaría la frustración ritual de la aplicación del derecho. Esta doctrina fue extendida

a los juicios penales en el caso "Cabred" de 1958 (F. 240:99) y reiterada en otros (F. 247:176; 250:642; 261:322).

c) *Autocontradicción al decidir en sentido contrario a lo que se desprende de los fundamentos de la sentencia*: fue lo acontecido en el caso "Alonso" de 1965 (F. 261:263), donde el Alto Tribunal sostuvo la arbitrariedad de la sentencia por ser de una contradicción tal que la hacía ininteligible; en el caso "Lavapeur" (F. 261:209) la Corte reconoció la existencia de una contradicción explícita en la sentencia, lo cual la hace ininteligible y no una derivación razonada del derecho vigente. En el caso "Carrizo" de 1960 (F. 247:263) la Corte señaló que la autocontradicción de la sentencia estaba en reconocer validez a testimonios que habían sido descalificados por la misma sentencia.

3.3.1.1.4.3. Arbitrariedad radicada en los efectos de la decisión (*el juez deja sin efecto decisiones anteriores firmes*): fue lo que ocurrió en el caso "Storani de Boidanich" de 1939 (F. 184:137), donde un tribunal de 2ª instancia modificó, con motivo de un pedido de aclaratoria, una decisión que había quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. En este caso la Corte declaró la arbitrariedad de la decisión obviando la inexistencia del requisito de sentencia definitiva. También se reconoció este tipo de arbitrariedad cuando una Cámara no ajustó su decisión a lo resuelto por la misma Corte al hacer lugar a un recurso extraordinario, modificando la sentencia en los puntos que no habían sido materia del mismo (caso "Llanos de Martínez" -1957-, F. 238:279). En el mismo sentido, F. 242:499 y 244:126. En otros fallos y con el mismo fundamento pero con vinculación a la violación del derecho de propiedad -por haberse modificado resoluciones firmes-, la Corte reiteró su jurisprudencia (F. 233:77; 235:826; 239:390).

3.3.2. Que exista relación directa entre la cuestión federal planteada y la solución del juicio:

3.3.2.1. Éste es el segundo requisito propio del recurso extraordinario, luego de abordado el primero y principal (cuestión federal) con el cual se conecta íntimamente. Este recaudo implica que la decisión del litigio por la Corte debe depender de la resolución de la cuestión federal, es decir, de la interpretación del derecho federal o de la incompatibilidad del derecho inferior con la Constitución o del vicio

radicado en la sentencia, según las distintas clases de cuestiones federales. En tal sentido la Corte ha dicho que para que proceda el recurso extraordinario no basta que se haya invocado en el pleito una cuestión federal, sino que también es necesario que la resolución de la Corte tenga eficacia en sus efectos para modificar la sentencia recurrida (F. 125:292; 143:74; 177:390; 181:290).

3.3.2.2. Otra forma de abordar este requisito es analizando en qué casos la Corte ha dicho que no existe la relación directa necesaria para la solución del pleito: a) cuando la arbitrariedad de la norma federal es claramente extraña al debate judicial (F. 186:151); b) cuando la interpretación reiterada y uniforme de la Corte dice que la norma federal invocada es extraña al juicio (F. 192:240); c) cuando se invocan disposiciones constitucionales que no contienen garantías concretas susceptibles de hacerse valer en juicio. La Corte ha entendido que el artículo 19, parte 2ª CN no acuerda título, derecho, privilegio o exención especiales, pues la determinación de lo que la ley no manda o no prohíbe debe ser resuelta por los tribunales de la causa y no por ella (F. 125:292 y 380). Creemos que si una decisión judicial obliga a hacer lo que la ley no manda, se vulnera el sentido del artículo 19 CN y hay cuestión federal suficiente; d) cuando no obstante existir en el juicio una cuestión federal, haya sido resuelta por fundamentos no federales, o por fundamentos federales consentidos, es decir, no sometidos al fallo de la Corte (F. 189:230, y 194:192). La Corte también ha resuelto que dichos fundamentos no federales deben ser amplios (F. 188:206), serios y no arbitrarios e insostenibles (F. 133:298; 150:84), y que entre los fundamentos no federales y las cuestiones federales del pleito exista suficiente independencia y no estén entrelazadas de manera que sea imposible decidir estos puntos por separado (F. 189:170 y 193:61).

3.3.3. Que la cuestión federal haya sido resuelta en forma contraria al derecho federal invocado:

3.3.3.1. Este tercer requisito propio del recurso extraordinario es una condición de fondo que debe reunir la sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa. Significa que si, no obstante existir cuestión federal en el pleito, los jueces inferiores han resuelto la misma sin desconocer la validez del derecho federal, que según el agraviado se le ha negado, no procede el recurso extraordinario. Claro que la

resolución contraria puede ser implícita (F. 188:482). Es decir, que no basta que la cuestión federal haya sido decidida de cualquier forma, sino que debe serlo contra el derecho reclamado por el recurrente, pues en caso contrario (si le fue reconocido el derecho federal invocado) la Corte no tiene jurisdicción extraordinaria y no procede este recurso. Ello es así ya que en ese caso la supremacía constitucional ya fue reconocida por el superior tribunal de la causa.

3.3.3.2. Este recaudo varía según se trate de cuestiones federales simples o complejas:

3.3.3.2.1. Cuando se trata de cuestiones federales simples, la necesidad de resolución contraria tiene apoyo expreso en el artículo 14.3, Ley 48, pues él exige que la inteligencia (interpretación) de la norma o acto federal haya sido contraria a la validez del derecho que funda la pretensión (F. 132:124). Pero si la cuestión federal simple versa sobre la interpretación de una ley federal que ambas partes (y no una de ellas) interpretan en forma compatible con sus pretensiones, en tal caso la Corte prescinde del requisito de resolución contraria (F. 154:380, 384 y 390; y 181:430). En sentido contrario, la doctrina de F. 181:137; 191:471, y 193:175.

3.3.3.2.2. En cambio, cuando se trata de cuestiones federales complejas, la necesidad de resolución contraria tiene apoyo en el artículo 14.1 y 2, Ley 48. En el primer caso (cuestión federal compleja directa), se exige que cuando lo cuestionado sea la validez constitucional (incompatibilidad) de una norma o acto federal, la decisión judicial sea contra esa validez; si se resolviera a su favor, el recurso carecería de aplicación salvo que se invocara derechamente la Constitución y se rechazara esa interpretación, en cuyo caso la cuestión se transformaría en simple (art. 14.3, Ley 48). En caso de cuestión federal compleja indirecta, cuando lo cuestionado es una norma o acto de provincia, se exige que la decisión judicial sea a favor de la norma o acto provincial (vale decir contra la validez de las normas constitucionales invocadas) porque sólo así se contraría un derecho federal amparado por la Constitución Nacional u otra norma federal.

3.3.4. Que la sentencia apelada por recurso extraordinario sea definitiva:

3.3.4.1. Este requisito propio surge del artículo 14, párrafo 1º, Ley

48. En principio, se entiende por sentencia definitiva a aquellas resoluciones judiciales que dirimen la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación. Entonces, si bien la sentencia final que decide el fondo del pleito se corresponde con este requisito propio, éste es más amplio ya que puede alcanzar a otras decisiones judiciales previas al final propiamente dicho, como serían las que resuelven una cuestión incidental con el efecto señalado primeramente.

3.3.4.2. *Se consideran sentencias definitivas en sentido estricto o propiamente dichas:* a) las que resuelven un juicio ordinario, después de agotar su tramitación, dirimiendo la controversia (F. 189:135); b) las que resuelven un juicio ejecutivo o de apremio, siempre que la ley o jurisprudencia les atribuyan fuerza de cosa juzgada (F. 187:637; 193:460); c) las que resuelven un juicio especial, siempre que tengan fuerza de cosa juzgada (F. 186:97; 190:101); d) las que deciden cuestiones previas, haciendo imposible la prosecución del juicio y privando al recurrente de todo medio legal para proteger el derecho (F. 191:362), por ejemplo la que admite la prescripción (F. 192:238), o la que hace lugar a la cosa juzgada (F. 189:205); e) el artículo 7º, Ley 23.098 en materia de hábeas corpus ha resuelto una vieja cuestión al disponer expresamente que las sentencias que dicten los tribunales superiores en esta materia “serán consideradas definitivas a los efectos del recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema”.

3.3.4.2.1. No se han considerado sentencias definitivas aquellas que, aun poniendo fin a un juicio o haciendo imposible su continuación, no causan estado pues permiten plantear nuevamente en otro juicio la cuestión discutida, por ejemplo: a) las dictadas en juicio ejecutivo o de apremio, pues sus conclusiones son revisables en el juicio ordinario (F. 186:74; 190:135); b) las dictadas en juicios de deslinde (F. 182:168); c) las resoluciones anteriores a la sentencia definitiva, pues existe la posibilidad de que una decisión posterior haga innecesaria la intervención de la Corte (F. 248:53); d) las sentencias incompletas, pues la Corte no puede estar obligada a fallar una causa por partes (F. 244:414; 248:101), como las que declaran procedente un embargo preventivo (F. 143:263) o las que deniegan medidas de prueba (F. 248:407); e) las resoluciones posteriores a la sentencia definitiva cuando tienen carácter procesal dirigidas a lograr su cumplimiento (F. 238:573).

3.3.4.3. *Pronunciamientos que sin ser sentencias definitivas son equiparados a ellas, al producir gravamen irreparable o ser de difícil, tardía o imposible reparación ulterior*: a través del tiempo, la Corte fue extendiendo el concepto originalmente acotado de sentencia definitiva a otros supuestos que han dado lugar a lo que se conoce como sentencias definitivas equiparables o asimilables. Hay gravamen irreparable: a) cuando el derecho cuestionado debe ser amparado en la oportunidad procesal en que se lo invoca y no se otorga dicho amparo; por ejemplo el auto que niega curso a la demanda contra una provincia mientras no se agoten gestiones ante el Ejecutivo local (F. 186:531); b) cuando la magnitud del perjuicio económico lo hace de imposible reparación ulterior (F. 188:244), lo cual ocurre con frecuencia en casos de procedimientos ejecutivos del Fisco (F. 188:276; 190:444). Pero sólo en casos anómalos, donde se deja de lado el requisito del pago previo del impuesto (*solve et repete*), para la procedencia del recurso (F. 182:293; 185:188); c) cuando la resolución no definitiva produjese trastornos irreparables si hubiera que esperar hasta la finalización del pleito. Eso fue lo resuelto por la Corte respecto de las resoluciones denegatorias del fuero federal (F. 189:154; 192:190), aunque en sentido contrario decidió en F. 194:409, y de las denegatorias de embargo (F. 183:214); d) cuando se trata de una resolución posterior a la sentencia definitiva, que en forma excepcional exceda claramente los límites de una razonable ejecución de aquélla (F. 190:139; 245:433), causando al agraviado un daño que no se ve cuándo ni cómo podría ser reparado en adelante (F. 187:643). La Corte ha señalado que no es necesario satisfacer este recaudo en casos de extrema arbitrariedad (F. 184:137).

3.3.5. Que la sentencia apelada por recurso extraordinario sea del tribunal superior de la causa (art. 14, párr. 1º, Ley 48, y art. 6º, Ley 4055):

3.3.5.1. Se refiere al tribunal que debe decidir en última instancia, dentro de la respectiva organización procesal (en el ámbito federal o provincial), la cuestión federal en disputa, o sea, sin recurso alguno ante otro tribunal, fuera de la Corte Suprema. En suma, este recaudo se refiere al más alto tribunal de donde se pueda obtener una sentencia. Su propósito es que se agoten todas las instancias posibles

dentro de la jurisdicción respectiva a fin de hacer efectivo el sistema judicial difuso de constitucionalidad.

3.3.5.2. *En el orden judicial federal:* por regla, en materias no penales son superiores tribunales las Cámaras de Apelaciones ubicadas en todo el territorio del país. En materia federal penal es la Cámara Nacional de Casación Penal (creada por las Leyes 23.984 y 24.050), como lo aclaró la Corte a partir del caso “Giroldi” de 1995, a pesar de lo cual admitió recursos extraordinarios provenientes de Cámaras federales (casos “Bramajo” de 1996 y “Estévez” de 1997), todos analizados en la garantía de presunción de inocencia.

3.3.5.2.1. En relación a los “tribunales superiores militares” del artículo 6º, Ley 4055, dicha norma continúa diciendo que la Corte conocerá en grado de apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por esos tribunales, en los casos previstos por el artículo 14 de la Ley 48. Empero, como a partir de la modificación al Código de Justicia Militar por la Ley 23.049 de 1984 se introdujo una nueva instancia de alzada con la intervención de la Cámara Federal de Apelaciones (ver su análisis en fuero militar en igualdad ante la ley), debe entenderse derogada aquella disposición. Entonces, desde 1984 la Cámara Federal respectiva es, en tales supuestos, el superior tribunal de la causa, pues sería el órgano habilitado para decidir en última instancia sobre la cuestión federal que se plantee. Así lo resolvió la Corte en el caso “Luciano B. Menéndez” (F. 307:1530) al rechazar el recurso extraordinario contra la resolución del Consejo Supremo de las FF. AA. que rechazó la nulidad del auto de prisión preventiva.

3.3.5.3. *En el orden judicial provincial:* es superior tribunal de la causa el Superior Tribunal o Suprema Corte provincial. Ello es así, exista o no un recurso previsto en el derecho local, a efectos de resolver la cuestión de constitucionalidad planteada en los términos del artículo 14, Ley 48 (de existir dicho recurso, tanto si se trata de uno ordinario como extraordinario), pues lo contrario sería una manera de violar la autonomía provincial.

3.3.5.3.1. Así lo resolvió la Corte Suprema en 1986 en el caso “Strada” (F. 308:490), donde agregó que excepcionalmente cuando no fuera competente dicho Tribunal Superior, la calidad de “tribunal superior de la causa” lo tendrá el tribunal inferior habilitado para resolver

el litigio, cuando la sentencia que él produzca no sea susceptible de ser revocada por otro, o, incluso, por él mismo. Sostuvo, además, que la organización procesal provincial es inconstitucional si impide a los jueces aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico, en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Esta nueva doctrina de la Corte ha despejado toda duda al abandonar definitivamente la anterior, según la cual, si los tribunales superiores de provincia actuaban como tribunales de casación local (mucho más si no estaba previsto recurso de ninguna naturaleza ante ellos), en dichos casos el órgano máximo local no era el "tribunal superior de la causa" para conocer en el recurso extraordinario.

3.3.5.3.2. Días después del caso "Strada", la Corte aclaró que las nuevas pautas allí sentadas relativas a la expresión "superior tribunal de provincia" recién se pondrían en juego "respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente" (caso "Tellez", F. 308:552). Esta sana precisión para evitar la frustración sorpresiva de gran cantidad de recursos es también trascendente pues se proyecta expresamente hacia futuros casos y por ello es citado por la disidencia del caso "Villada" de 1990 (ver ley penal más benigna en capítulo de garantías).

3.3.5.3.3. La doctrina del caso "Strada" fue levemente modificada y completada en 1988 por lo resuelto en el caso "Di Mascio" (F. 311:2478), donde se extendió la materia civil a la materia penal. Aquí se sostuvo que cuando no hubiera recurso local ante los tribunales superiores de provincia ello era inconstitucional, y que dichos tribunales nunca podían excusarse de conocer en la cuestión federal. El problema que se presenta, frente a esta hipótesis, es cómo interpone la parte un recurso que no está previsto en el régimen procesal local: no quedará otra alternativa que invocar el artículo 14, Ley 48, en la medida en que allí se establece que las sentencias definitivas deben haberse producido por el "tribunal superior de provincia", sosteniendo que, a partir de la doctrina de la Corte en los casos "Strada"- "Di Mascio", la ley federal se interpreta como que ha habilitado el recurso de inconstitucionalidad ante dichos tribunales, sin que ello signifique un avance en la autonomía procesal que la Constitución reconoce a las provincias.

3.3.5.3.4. La doctrina “Strada”-“Di Mascio” más tarde se aplicó también para situaciones penales urgentes (caso “Álvarez” –1988–, F. 311:358). De esta manera, se posterga y retarda la intervención extraordinaria de la Corte en casos que requieren tutela inmediata como es lo atinente a la excarcelación a pesar de que desde el caso “Machicote” –1978– (F. 300:642) se empezó a considerar que tales resoluciones podían ser equiparables a sentencia definitiva por causar “consecuencias irreparables” cuando se impugna como contraria a la Constitución la ley aplicable para denegar el beneficio; o, como se dijo más adelante (F. 306:1778; 314:791), por encontrarse involucrada en el caso alguna cuestión federal. En suma, la loable doctrina de “Machicote” sobre sentencia definitiva fue eclipsada con la nueva doctrina sobre el superior tribunal de la causa del caso “Álvarez”.

3.3.5.4. Una verdadera excepción a la exigencia del recaudo del superior tribunal de la causa es la creación pretoriana por la Corte del instituto conocido como *per saltum*, que se trata por separado más adelante.

3.4. Requisitos formales del recurso extraordinario:

3.4.1. Para su mejor comprensión, los dividimos en requisitos formales previos a la interposición del recurso extraordinario (aspecto que también distingue a este recurso de todos los demás) y al momento de su presentación. Los primeros no tienen apoyo legal, pues han sido creados por la Corte Suprema a medida que se desenvolvía esta vía de excepción; en cambio, los segundos están previstos expresamente en el artículo 257, párrafo 1º del CPCCN.

3.4.2. *Requisitos formales previos a la interposición (la introducción de la cuestión federal o reserva del caso federal):*

3.4.2.1. *Que la cuestión federal sea oportunamente introducida en el juicio:* vale decir, en la primera oportunidad procesal que permita a los tribunales pronunciarse sobre la misma (F. 94:95; 188:482; 275:97; 278:75; 293:374; 294:324; 300:522; 303:718), pues tanto el acogimiento cuanto el rechazo de las pretensiones de las partes constituyen sucesos previsibles que obligan a su pertinente propuesta (F. 291:268; 294:373; 303:841). Si la parte con interés en ello no lo hiciera, se estima que ha consentido o renunciado su introducción en el juicio y, por ende, el recurso extraordinario es inadmisibles por defecto formal (reflexión

tardía). No es lo mismo plantear la cuestión federal durante el proceso y en tiempo oportuno (antes de consentirla) que interponer el recurso extraordinario luego de la sentencia definitiva (F. 234:767; 241:150).

3.4.2.1.1. Es preciso analizar diferentes variantes respecto a este requisito: a) que el tribunal superior de la causa se expida (examine y resuelva) sobre la cuestión federal, en cuyo caso es indiferente que la Corte examine la oportunidad de su planteamiento (F. 185:242) y queda salvada la posible extemporaneidad de su planteo (F. 298:175 y sus citas); b) que el tribunal superior declare que la cuestión federal fue planteada inoportunamente, en cuyo caso dicha resolución es irrevisable por recurso extraordinario (F. 188:482), salvo que de esa forma se frustrara el derecho federal invocado (F. 193:138); c) que el tribunal superior omita pronunciarse sobre la cuestión federal planteada, en cuyo caso la Corte debe decidir si ella fue o no oportunamente introducida (F. 177:390), y en caso de que la Corte considere que la introducción es tardía, el silencio del a quo no lleva a considerar que él signifique, implícitamente, una resolución del punto contraria a la pretensión del apelante (F. 189:185; 188:382; 271:206).

3.4.2.1.2. Si la cuestión federal surge en forma sorpresiva en el decisorio del superior tribunal de la causa, se obvia la exigencia de su introducción oportuna (F. 303:718); después de la sentencia definitiva no corresponde plantear la cuestión federal (F. 184:390), salvo que naciera precisamente con motivo de dicha sentencia, en cuyo caso, por excepción, podría fundarse en ella el recurso extraordinario (F. 248:125). También en caso de arbitrariedad la tacha debe ser oportunamente planteada (F. 238:58 y 305; 244:78, y 261:199), salvo que la arbitrariedad fuera sorpresiva (F. 238:444).

3.4.2.1.3. Respecto a la oportunidad de su introducción, en principio la cuestión federal debe ser planteada al trabarse la litis (F. 188:477), salvo que las leyes autorizaren su planteamiento posterior; por ejemplo con motivo de la prescripción penal y civil (F. 187:569) o cuando no hubiera sido posible en dicha oportunidad, en cuyo caso debe plantearse en la primera oportunidad en que fuera posible (F. 180:163).

3.4.2.2. *Que la cuestión federal sea correctamente introducida en el juicio:* la introducción del caso federal debe ser planteada inequívocamente. Sobre este punto la Corte ha dicho que: a) para introducir

la cuestión federal no se necesitan términos sacramentales, pero no basta hacer referencias generales, pues se requieren citas concretas que determinen con precisión el derecho federal cuestionado (F. 160:101); bastará con indicar el número del artículo de la Constitución, pero su omisión no sería suficiente para tener por incumplido el planteo, si se pudiera identificar de manera indudable la disposición invocada (F. 191:167); b) el planteamiento de la cuestión federal no puede ser tácito: se requiere una invocación expresa y categórica (F. 112:79; 247:440); c) es a la Corte a quien le corresponde decidir si la cuestión federal fue correctamente planteada (F. 187:296).

3.4.2.3. *Que la cuestión federal sea mantenida en todas las instancias del litigio*: no procederá el recurso extraordinario si después de haber sido oportunamente planteada la cuestión federal ella ha sido abandonada en las sucesivas instancias (F. 190:392). Según la Corte, basta para mantener la cuestión federal con remitirse a lo expuesto en la primera oportunidad (F. 190:466).

3.4.3. *Requisitos formales al momento de la interposición del recurso extraordinario*:

3.4.3.1. *Presentarlo ante el superior tribunal de la causa*: si bien este recurso es para acceder a la Corte Suprema, se debe interponer ante el tribunal del cual emana la sentencia definitiva que se pretende impugnar a través de él.

3.4.3.1.1. En el caso “Di Nuncio” (citado en *Debates de Actualidad*, Nº 197, p. 111), la Corte estableció que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional no reviste la calidad de tribunal superior de la causa, en los términos exigidos por el artículo 14 de la Ley 48, y que ese requisito lo cumple la Cámara Nacional de Casación Penal.

3.4.3.2. *Por escrito y fundado* (en los términos del art. 15, Ley 48): “inteligiblemente” ha dicho la Corte (F. 190:67 y 397), quedando limitada ella a considerar los agravios formulados en dicho recurso (F. 185:12). No es suficiente la interposición escueta del recurso (F. 193:38). Dicho escrito debe contener: la relación de los hechos de la causa; la afirmación del carácter definitivo de la sentencia y que ha sido dictada por el superior tribunal de la causa; la invocación

de la cuestión federal oportunamente planteada y su relación directa con los hechos de la causa.

3.4.3.3. *Dentro de los diez días* (hábiles) siguientes al de la notificación de la sentencia apelada. Éste es un término fatal y perentorio (F. 160:68), que no se suspende por recursos improcedentes ante el tribunal superior, ni por recursos procedentes que no atribuyan al tribunal jurisdicción para conocer sobre la cuestión federal (F. 191:456).

3.4.3.4. *Constituir domicilio en Capital Federal*, asiento de la Corte Suprema.

4. Trámite y resolución del recurso extraordinario:

4.1. Característica de este recurso es que si bien se interpone y se sustancia ante el superior tribunal de justicia de quien emanó la resolución impugnada (quien además debe concederlo o denegarlo), el juez del recurso es siempre la Corte Suprema (competencia apelada extraordinaria). Por tanto, es necesario hacer una serie de distinciones.

4.2. *Primer juicio de admisibilidad por el tribunal de la causa* (art. 257, párr. 2º, CPCCN): una vez interpuesto el recurso ante el tribunal del cual emana la sentencia definitiva a impugnar, previo traslado del mismo a la contraparte, dicho tribunal es quien decide, en primer término, sobre la admisibilidad del recurso (examina si concurren los requisitos del recurso y resuelve concederlo o no).

4.2.1. Si lo concede (lo declara admisible), el tribunal superior remite los autos a la Corte Suprema en cinco días, y la recepción de la causa implica el llamamiento de autos (art. 280, párr. 1º, CPCCN), de modo que queda expedito el camino para que la Corte resuelva el recurso (segundo juicio de admisibilidad y, eventualmente, de fundabilidad).

4.2.2. En cambio, si el superior tribunal lo deniega (lo declara inadmisibile), la suerte de la sentencia impugnada queda sellada, salvo que la parte agraviada (que interpuso el recurso extraordinario denegado) presente un recurso de queja ante la Corte federal (ver su explicación más adelante).

4.3. Efecto del recurso extraordinario:

4.3.1. El artículo 258 CPCCN dispone que cuando el tribunal superior de la causa concede el recurso (no cuando se lo interpone), por

regla general, tiene efecto suspensivo (o en ambos efectos): impide que la sentencia impugnada se cumpla o se ejecute por el interesado hasta que dicho recurso sea resuelto en definitiva por la propia Corte. *A contrario sensu*, durante el lapso que va entre la interposición del recurso y su concesión, el fallo impugnado es ejecutable a pedido de parte.

4.3.2. El mismo artículo 258 admite una excepción que permite su eficacia y cumplimiento aunque el tribunal de la causa lo hubiera concedido y hasta tanto la Corte lo resuelva cuando se den los siguientes requisitos: a) la sentencia impugnada fuera confirmatoria de una decisión emanada de una instancia judicial anterior (no de instancia única aunque haya mediado una instancia administrativa previa), y su contenido sea patrimonial, cuyo cumplimiento pueda repararse mediante el pago de una suma de dinero (F. 288:1120; 306:1988); b) la parte interesada (la contraria a la que interpuso el recurso) solicite ante el propio tribunal superior que concedió el recurso (no procede de oficio) su ejecución provisoria, es decir, que el recurso se diligencie con efecto no suspensivo o devolutivo, y diere fianza suficiente (garantía o caución) de responder por lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema en caso de que prosperara el recurso extraordinario, salvo que sea el Fisco Nacional por estar eximido de prestar fianza (art. 258 *in fine*); c) reunidos todos estos recaudos, el tribunal de la causa expedirá testimonio de su sentencia, formará incidente de ejecución provisoria y lo remitirá al juzgado de origen para su tramitación.

4.3.3. A partir de 1990, con la nueva mayoría de la Corte, en aislados casos, por vía pretoriana (ya que no hubo modificación legal alguna al régimen del remedio federal en torno a su efecto procesal) parece instalarse una doctrina absolutamente distinta: con cita del artículo 499, párrafo 2° CPCCN se sostiene que la sola interposición del recurso extraordinario tiene efectos suspensivos hasta tanto el superior tribunal de la causa se pronuncie con respecto a su concesión, salvo el caso de excepción previsto en el artículo 258.

4.3.3.1. La primera y un tanto tímida aparición se da en el caso “Arias” de 1991 (F. 314:1675) con la disidencia de Fayt-Belluscio-Petracchi; luego reiterada en el caso “Escobar” de 1993 (F. 316:2035) con disidencia de Fayt y Petracchi, y en el caso “Esuco SA” de 1994

(F. 317:686); hasta los expresos votos concurrentes de Moliné y Boggiano con la mayoría en el caso "Osswald" de 1995 (F. 318:541), y en minoría Fayt-Petracchi y Bossert. En todos los casos se observó un *sui generis* planteo directo ante la misma Corte. Aunque, por el momento, pensamos que aún no se ha terminado de entronizar esta errónea hermenéutica que prioriza el genérico artículo 499 CPCCN y desplaza totalmente al específico artículo 258, coincidimos con la disidencia de estos aislados fallos que básicamente mantiene la correcta doctrina sobre los efectos del recurso como materia propia del tribunal de la causa y ajena a la competencia de la Corte hasta que aquél lo conceda.

4.4. *Resolución del recurso extraordinario por la Corte federal:* recibida la causa en la Corte, ésta vuelve a analizar su procedencia formal (segundo y definitivo juicio de admisibilidad). Lo puede declarar bien concedido o mal concedido. En el primer caso, pasa a resolver el fondo de la cuestión planteada; en el segundo, la suerte del recurso queda sellada y la sentencia impugnada pasa en autoridad de cosa juzgada, y la Corte lo devuelve al tribunal de origen.

4.4.1. Aquí cobra fundamental importancia la facultad discrecional de la Corte de rechazar el recurso extraordinario, con la sola invocación del artículo 280 CPCCN (incorporado en 1990 por la Ley 23.774) de que la cuestión federal carece de trascendencia (*certiorari* negativo). En caso de que la Corte declarara inadmisibile el recurso, ya sea utilizando el *certiorari* o no, la instancia extraordinaria no queda habilitada y culmina la suerte del recurso.

4.4.2. En caso de que la Corte declare admisible el recurso extraordinario, en el mismo acto se pronuncia sobre las cuestiones federales planteadas, es decir, sobre el fondo de la cuestión (juicio de fundabilidad o de procedencia del recurso extraordinario). En esa coyuntura, la Corte tiene dos alternativas: a) confirmar la sentencia apelada en cuanto ha podido ser materia del recurso, o b) revocar la sentencia apelada respecto de los puntos federales traídos a su conocimiento. En este caso, o devuelve la causa al tribunal inferior para que, ajustándose a lo decidido por la Corte, dicte una nueva sentencia, o por excepción, al revocar la sentencia, la Corte puede resolver sobre el fondo del asunto por no bastar la declaratoria para que resuelva el tribunal inferior (art. 16, Ley 48).

4.5. *Recurso de queja por denegación de recurso ante la Corte Suprema:*

4.5.1. Se interpone en forma directa ante la Corte cuando el tribunal superior de la causa deniega el recurso extraordinario. El objeto de este recurso se limita a solicitar a la Corte que le otorgue el recurso denegado, pues ésta es el juez del recurso extraordinario también respecto a la admisibilidad. Por esa razón se lo denomina recurso auxiliar, en tanto funciona en forma subordinada en caso de denegación del remedio federal por el superior tribunal. Su trámite y régimen están regulados en los artículos 285/287 CPCCN.

4.5.2. Debe ser interpuesto dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación del auto denegatorio del recurso extraordinario, aumentándose el plazo en razón de la distancia si proviene de un tribunal radicado fuera de la Capital (arts. 282 y 158, CPCCN). La interposición de la queja carece de efecto suspensivo mientras la Corte no haga lugar a la misma (art. 185 *in fine*).

4.5.3. El recurso debe ser presentado por escrito y debidamente fundado. La oscuridad de la queja importa defecto de fundamento suficiente y determina su improcedencia (F. 193:67); la jurisprudencia de la Corte exige en la queja una fundamentación equivalente a la del recurso extraordinario (F. 248:528). Junto al escrito de queja deben acompañarse copias simples: de la sentencia apelada, del recurso extraordinario y del auto que lo denegó.

4.5.4. Una peculiaridad de la queja ante la Corte es, además de los recaudos mencionados, que se fija una verdadera carga económica para el quejoso como condición de admisibilidad (art. 286, CPCCN): al interponerse el recurrente deberá depositar a la orden de la Corte, en el banco de depósitos judiciales, una suma de dinero que determina la propia Corte.

4.5.4.1. Por excepción, no efectúan este depósito los exentos de pagar sellados o tasa de justicia según los diferentes regímenes legales (art. 286, párr. 2º). Ha dicho la Corte que las exenciones deben interpretarse en forma restrictiva, no admitiéndose otras que las previstas expresamente (F. 305:1875), de modo que las personas y actuaciones exentas de este pago figuran estrictamente especificadas en el artículo 13, Ley

23.898 (F. 316:3129) o en otras disposiciones legales nacionales, no resultando aplicables las normas locales eximentes (F. 323:840).

4.5.4.2. Si el recurrente omitiere, total o parcialmente, el depósito que debe acompañar a la queja, la Corte lo intimará a integrarlo en cinco días (art. 286, párr. 3º, CPCCN). La suerte del depósito se encuentra atada a la de la queja: si ésta fuese declarada admisible, la Corte lo devuelve al interesado; si fuera desestimada, el depósito se pierde para el recurrente (art. 287).

4.5.4.3. No compartimos el extremo rigorismo interpretativo en la materia. Muy por el contrario, pensamos que el Alto Tribunal debiera flexibilizar su doctrina acerca de las eximentes toda vez que lo requiera la trascendencia de la cuestión planteada en la queja y a tenor de los intereses en juego y la calidad de la recurrente a fin de no frustrar el acceso a la instancia extraordinaria, faena que bien se podría canalizar por el ducto del *certiorari* positivo. Por su parte, en el seno de la propia Corte, en solitaria disidencia, el ministro Vázquez ha declarado la inconstitucionalidad de la carga económica impuesta por el artículo 286 CPCCN como requisito de admisibilidad (casos “Ingeniero Carrera SA”, F. 323:732, y “Vera González”, F. 323:840, ambos de 2000) por considerar que ocasiona una severa restricción a la operatividad del acceso a la justicia, pero aclarando que el quejoso estaría obligado a oblar el depósito si no prosperara su queja.

4.5.5. Una vez cumplidos los recaudos mencionados (formales y pecuniario) la Corte tiene las siguientes alternativas para resolver la queja: a) ante todo, puede desestimarla sin más trámite, incluso por aplicación del *certiorari* negativo (art. 285, CPCCN según Ley 23.774); b) si de la queja no surgen elementos suficientes de juicio, la Corte puede exigir la presentación de copias o, si fuere necesario, el envío del expediente, luego de lo cual la Corte puede rechazar la queja; c) puede aceptar la queja, lo que implica que la Corte declara mal denegado el recurso extraordinario. En ese caso, puede pronunciarse sobre el fondo de dicho recurso como ya fuera dicho.

5. Recurso extraordinario por gravedad institucional:

5.1. Se denomina de esta forma al supuesto en que la Corte ha admitido el recurso por razones absolutamente excepcionales (en contados y aislados casos) invocando gravedad institucional para superar la

falta de algún requisito de admisibilidad exigido por la legislación adjetiva o por la propia jurisprudencia de la Corte (ej. introducción de cuestión federal, sentencia definitiva). Por ello es que la doctrina también lo llama “recurso extraordinario impropio”, por oposición al propio ya analizado. En estos casos la Corte ha ampliado pretorianamente su jurisdicción, sin salirse del ámbito constitucional (Barrancos y Vedia).

5.2. La Corte federal ha utilizado diferentes fórmulas para explicar qué se entiende por gravedad institucional: cuando lo decidido en la causa excede el mero interés individual de las partes y atañe también al de la colectividad (F. 247:601; 255:41; 260:114; 262:144); cuando superan los intereses de los partícipes en la causa, de modo que conmovieran a la comunidad entera, en sus valores más sustanciales y profundos (F. 257:132); cuando han corrido peligro “las instituciones básicas de la Nación” (F. 238:391; 248:503; 249:89); “la organización de las instituciones federales” (F. 250:426); “el orden institucional” (F. 244:235), o por afectar “a la conciencia de la comunidad” (F. 300:1102). La vaguedad propia de estos conceptos jurídicos indeterminados torna sumamente imprevisible su concreta determinación, pues ello depende tanto del intérprete como de las circunstancias particulares que rodean a cada caso.

5.3. Con lógicos vaivenes, la jurisprudencia de la Corte ha ido evolucionando paulatinamente: temprana y tímidamente, en el caso “Dirección General de Impuesto a los Réditos c/Crespo” de 1943 (F. 197:426), donde invocó la afectación al régimen y regular funcionamiento del impuesto a los réditos, como excepción al principio de no procedencia del recurso extraordinario por razones procesales; hasta llegar al *leading case* en la materia en 1960 (caso “Jorge Antonio”, F. 248:189).

5.3.1. Allí la Corte, superando el incumplimiento de ápices procesales en el juicio ordinario que pudiera frustrar el control de constitucionalidad, no tuvo en cuenta que la Comisión Liquidadora de los bienes del interdicto Jorge Antonio no tenía la representación del Estado, dado que ello le correspondía al procurador del Tesoro de la Nación. En el caso, la Cámara Federal le había concedido al interdicto la entrega de seis automóviles y dos embarcaciones que se estaban deteriorando en depósito; la Corte denegó dicha entrega –tras el recurso extraordinario interpuesto por la citada Comisión Liquidadora– invo-

cando la gravedad institucional del caso, mientras no hubiera sentencia firme que acreditase que dichos bienes no fueron producto de lo que la ley incriminaba como sistemática expoliación del patrimonio nacional. La Corte siguió esta doctrina en F. 250:699; 251:218; 253:344; 261:36 y 262:168.

5.4. La Corte ha utilizado la doctrina de la gravedad institucional en las siguientes materias:

5.4.1. Se dejó de lado la improcedencia del recurso extraordinario contra las sentencias dictadas en juicios de apremio o ejecutivos, cuando lo resuelto en el juicio podía afectar la prestación de un servicio público (caso “Caja de Previsión Social de Médicos y otros” –1960–, F. 247:601). Entendió la Corte que ello ocurre cuando la ley dispone aportes obligatorios a cargo de comerciantes a favor de los profesionales de la citada Caja. En otros casos, la Corte ratificó la gravedad institucional en los juicios de apremio o ejecutivos: F. 246:376; 255:41; 256:517 y 526; 266:81.

5.4.2. Hizo lugar al recurso, a pesar de no existir sentencia definitiva –dado que se trataba de una resolución sobre la suerte provisoria de objetos secuestrados–, pues estaban en juego la garantía de la propiedad y la libertad de prensa (caso “La Greca” –1960–, F. 248:651). Se trataba del secuestro de acciones de El Día SA, dispuesto por la ex Comisión Investigadora de la Provincia de Buenos Aires. En F. 248:664; 260:204; 262:155, la Corte ratificó la doctrina.

5.4.3. También, a pesar de tratarse de una cuestión procesal –decisión sobre la recusación de jueces provinciales–, la Corte sostuvo la grave trascendencia institucional debido a la difusión y notoriedad del proceso, pues la prensa le dedicó una atención extraordinaria para la época y la opinión pública se sintió conmovida por las características de los hechos (caso “Norma Penjerek” –1963–, F. 257:132). Cualquiera limitación al ejercicio de los derechos puede traducirse en menoscabo de la confianza que el pueblo deposita en el Poder Judicial, dijo la Corte, invocando el dictamen del procurador general.

5.4.4. La Corte dispuso la procedencia del recurso, no obstante que no se hubiesen satisfecho todos los recaudos formales exigidos –por ejemplo omitir la expresión de agravios específicos en la presentación del recurso–, cuando se trata de la determinación del monto

de los haberes a reintegrar al personal militar (caso “Del Cioppo”, F. 262:41). Doctrina semejante fue expuesta en F. 248:612; 262:246.

5.4.5. En el caso “Cincotta” de 1965 (F. 262:144), la Corte, sin negar que existiera arbitrariedad, invocó la gravedad institucional para hacer procedente el recurso extraordinario, con lo cual vino a poner de manifiesto que, cuando coexisten ambas causales, se puede optar por la gravedad institucional, pues ella comprende a la arbitrariedad.

5.4.6. En 1990, la mayoría de la Corte aplicó la doctrina de la gravedad institucional para dispensar la ausencia de cumplimiento del superior tribunal de la causa, y, de este modo, crear pretorianamente el *per saltum* (ver su análisis más adelante).

5.4.7. También se invocó esta doctrina para superar obstáculos formales de los que adolecía el recurso que planteaba la protección del ambiente, pues en estos casos los intereses en juego exceden el de las partes “y conmueve a la comunidad entera” (c. 3, disidencia Levene-Fayt-López en el caso “Louzán” –1994–, F. 317:1658). Se trataba de un amparo contra la extensa poda de árboles en la ruta panamericana; la minoría declaró admisible el recurso extraordinario por la importancia del derecho al ambiente en juego, aunque lo rechazó en cuanto al fondo.

5.5. Una cuestión que merece aclararse en torno a la doctrina pretoriana de la gravedad institucional es si ella también procede en ausencia de cuestión federal, en cuyo caso funcionaría como una nueva causal de procedencia del recurso extraordinario en forma paralela a las tres cuestiones clásicas y a la sentencia arbitraria. Algunos autores consideran que si no hay cuestión federal, lo más conveniente para la Corte es no entrar a considerar si hay o no gravedad institucional, ya que la cuestión federal no puede estar ausente en esta vía excepcional (Morello, 3). Así lo entendió la Corte federal en el caso “Álvarez” de 1988 (F. 311:120), donde formuló con toda precisión la relación entre gravedad institucional y la cuestión federal: “La invocación de la gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el artículo 100 de la Constitución Nacional” (hoy art. 116, CN). Posición reiterada en ese mismo año: F. 311:1490 y 1762, y en 1994: F. 317:1162 (c. 11, voto de Nazareno), y F. 317:1690 (c. 6, disidencia de Fayt), entre tantos otros.

6. El *certiorari*:

6.1. En 1990 la Ley 23.774, juntamente con la ampliación a nueve del número de miembros de la Corte dispuesta en su artículo 1º, institucionalizó expresamente lo que con otras fórmulas ya venía haciendo la Corte a través de su práctica judicial inveterada respecto a su facultad de rechazar discrecionalmente los recursos extraordinarios planteados (art. 2º que modifica los arts. 280 y 285, CPCCN). Con esta reforma a la ley adjetiva, la más importante desde 1863, se inaugura una nueva etapa del recurso extraordinario (Morello, 3), al incorporarse al derecho argentino esta institución inspirada en el modelo norteamericano donde se la conoce con el nombre de *writ of certiorari*.

6.2. La nueva norma procesal (art. 280) establece que “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” (igual facultad discrecional para resolver la queja: nuevo art. 285). De esta forma se consagra el *certiorari* negativo: modalidad de la gravedad institucional por defecto de ella, es decir, cuando la causa careciera de trascendencia, sustancia o suficiencia, a juicio de la Corte, para que merezca su intervención. De esta manera, a los requisitos propios ya estudiados se agrega ahora que la cuestión sea trascendente, sustancial y suficiente (Morello, 3), pues aunque exista cuestión federal, el recurso será declarado inadmisibile por la Corte si no supera el examen encaminado a seleccionar los casos en que entenderá.

6.3. A pesar de su ubicación en un código adjetivo, en rigor, se trata de la primera modificación sustancial al régimen del recurso extraordinario. Mientras la más que centenaria norma de la Ley 48 había establecido un recurso extremadamente limitado (para las tres cuestiones federales clásicas), con el paso del tiempo se fueron dilatando sus fronteras por aplicación creciente de la doctrina pretoriana de la arbitrariedad de sentencia. En este contexto, la modificación introducida en 1990 pretende indirectamente retomar el cauce originario al otorgar esta expresa facultad de desestimar discrecionalmente un recurso extraordinario, en los tres supuestos que enumera, sin otro fundamento que la mera invocación o cita de una norma procesal. De esta forma, la competencia apelada extraordinaria deviene esencial-

mente discrecional en su ejercicio, a pesar de que continúe estando reglada básicamente en la Ley 48 (arts. 14/16).

6.4. Respecto a qué debe entenderse por cuestión federal trascendente, sustancial y suficiente, se ha dicho que no cabe darle a esos tres términos que surgen del artículo 280 CPCCN una “inteligencia pormenorizada”, pues ostentan un carácter análogo y de convergencia en una misma finalidad: que la Corte, según su sana discreción, pueda centrar su tarea en los asuntos relevantes (c. 4, disidencia de Petracchi-Moliné en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” de 1992). Empero, en rigor, esta facultad de selección discrecional de la Corte gira en torno del vocablo “trascendencia” y si el Alto Tribunal considera que existe, la cuestión es sustancial y suficiente.

6.4.1. Coincidimos con Morello (2) en observar una relación de género (trascendencia) a especie con la noción de gravedad institucional en los términos dados a ésta por la conocida doctrina de la Corte ya analizada: siempre que haya gravedad institucional habrá trascendencia, pero no a la inversa; la trascendencia tiene más amplitud al comprender asuntos que, aunque no incidan en toda la comunidad, exhiban significativa o gran importancia (afecten, repercutan o propaguen) por su proyección jurídica, política, social o económica.

6.4.1.1. Claro que no debe confundirse “trascendencia” a los fines del artículo 280 con la repercusión periodística dada al caso, por ejemplo, cuando “un delito es imputado a una persona de notoriedad pública” (c. 7, disidencia de Levene-Moliné en el caso “Veira”, F. 315:2056). Empero, cabe recordar que en uno de los primeros fallos ya citados en materia de gravedad institucional (caso “Norma Penjerek”, F. 257:132) se planteó en los estrados de la Corte como motivo suficiente para declarar procedente un recurso extraordinario la influencia negativa en el prestigio del Poder Judicial de la repercusión pública de un hecho delictuoso.

6.4.2. A su vez, mucho antes de esta reforma procesal al artículo 280, la Corte tenía establecido que la cuestión federal planteada debía poseer fundamentos serios: es decir que, además de existir realmente la cuestión federal, ella no debía ser “insustancial”, como ahora lo recepta el texto legal citado. En aquel entonces, ya había declarado como insustancial una cuestión federal cuando carecía de todo fundamento o porque una

reiterada y clara jurisprudencia del Alto Tribunal impedía cualquier controversia al respecto en la medida en que no se aportaran nuevos elementos. Así había resuelto, entre tantos casos, con motivo de la pretendida inconstitucionalidad de la ocupación de urgencia del bien expropiado por parte del Estado (F. 186:53); la falta de doble instancia para la solución del juicio (F. 251:164), o la impugnación de la exclusión del fuero federal respecto del conocimiento de causas laborales (F. 266:215).

6.5. *Argumentos a favor del "certiorari"* a través de ciertos votos de los ministros de la Corte:

6.5.1. *Descarga el trabajo del Alto Tribunal*: éste fue el fin declarado al sancionarse la Ley 23.774. Permite "que la Corte, de manera realista, se concentre en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la Constitución Nacional" (c. 3, disidencia de Petracchi-Moliné en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" de 1992, reiterado en c. 4 de la mayoría del caso "Serra" de 1993, F. 316:2454).

6.5.2. *No sería inconstitucional*: ante planteos concretos contra el nuevo artículo 280, formulados por recursistas, en un comienzo sólo algunos jueces se pronunciaron expresamente a favor de su validez constitucional al señalar que no conculca los derechos constitucionales de los artículos 14, 16, 17, 18, 28 y 31 CN, no observando irrazonabilidad en la reglamentación legislativa de la competencia apelada de la Corte, ya que —por el contrario— permite al tribunal ejercer con mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad (c. 3, voto concurrente de Barra-Belluscio-Boggiano en el caso "Rodríguez c/Rodríguez de Schreyer" —1993—, F. 316:64). Más adelante, este criterio fue adoptado por la totalidad de los miembros de la Corte, incluso con remisión a ese precedente (caso "Operto c/Comuna de Lehmann" —2000—, F. 323:86, entre otros).

6.5.3. *Nada dice sobre el acierto de lo recurrido*: se ha llegado a decir que la desestimación de un recurso por aplicación del nuevo artículo 280 "no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino que el recurso no ha superado el examen de la Corte Suprema encaminado a seleccionar los casos en los que entenderá, según las pautas establecidas en este precepto" (votos de Boggiano en los casos "Morales c/Ibáñez" —1993—, F. 316:2824 y "Giménez c/Schuart" —1996—, F. 319:2511).

6.6. El “*certiorari*” positivo implícito:

6.6.1. A pesar de que los nuevos artículos 280 y 285 sólo prevén el arbitrio discrecional para “cerrar” la vía extraordinaria, por una interpretación *a contrario sensu*, no vemos obstáculo para que también sirva de base normativa para su funcionamiento inverso: para “abrir” esa vía ante la inexistencia o defectos de ciertos recaudos de admisibilidad, precisamente por considerar trascendente, sustancial y suficiente la cuestión planteada. En ese caso la Corte ejerce el denominado por la doctrina *certiorari* positivo, que obviamente no tiene base legal expresa. En este supuesto, la Corte actúa positivamente como lo venía haciendo por la pretoriana doctrina de la gravedad institucional, la cual –antes que dejarse de lado– se ve remozada por el *standard* de la trascendencia.

6.6.2. Así lo entendieron Petracchi-Moliné en la ya citada disidencia en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” de 1992 al señalar que el artículo 280 no sólo es un medio para desestimar los recursos que “no superen sus estándares”, pues como “herramienta de selección” reconoce “al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales” (c. 7). Con tal argumentación en pos del *certiorari* positivo, en el caso, se obvió la falta de fundamentación autónoma de la queja. En igual sentido el voto concurrente de Barra-Belluscio-Boggiano en el ya citado caso “Rodríguez c/Rodríguez de Schreyer”, y la mayoría en el también citado caso “Serra”.

6.6.3. Claro que si no hay cuestión federal la Corte no debe entrar a considerar si hay o no trascendencia, pues el artículo 280 CPCCN sigue exigiendo que la impugnación radique en la cuestión federal, que, por consiguiente, no puede estar ausente del litigio.

6.7. *La imprevisibilidad en la selección de casos por la Corte federal*: es claro que es inherente al nuevo instituto la discrecionalidad a la hora de determinar cuándo (en qué casos) una cuestión es trascendente y así utilizar o no la nueva herramienta legal tanto para “cerrar” como para “abrir” la instancia extraordinaria (*certiorari* negativo o positivo, respectivamente). Por este conducto es fácil que su utilización sea ocasionalmente imprevisible ante la disparidad de criterios de los miembros de la Corte, y precisamente por ello se critica la praxis del *certiorari* argentino. Es evidente que su controversial apli-

cación no abona el prestigio de la jurisprudencia suprema al aumentar la sensación de inseguridad jurídica de los justiciables, lo cual –a su vez– deviene paradójico pues la propia Corte ha declarado que el uso de esta facultad discrecional se hace, entre otros, con el “propósito de afianzar la seguridad jurídica” (c. 7, mayoría en el caso “Rodríguez c/Compañía Embotelladora Argentina SA” –1993–, F. 316:713).

6.7.1. Muchos fallos ni siquiera manifiestan las razones por las cuales se realiza la selección positiva (obviamente, no lo hacen cuando se utiliza el *certiorari* negativo). En cambio, aparece como buena doctrina la que dimana del citado voto disidente de Petracchi-Moliné en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich”, donde se fundó la aplicación positiva del artículo 280 al decir: “Que la trascendencia del caso resulta manifiesta por hallarse en debate la interpretación de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica [...] De tal manera, la solución de este caso repercutirá, por un lado, en la comunidad nacional y, por el otro, en la comunidad internacional puesto que se encuentra en juego el cumplimiento de buena fe de obligaciones internacionales asumidas por la Argentina” (c. 10). También lo hizo la mayoría del recién citado caso “Rodríguez c/Compañía Embotelladora Argentina SA” respecto de un tema de derecho laboral (art. 30, LCT) que puede afectar la contratación comercial interna e incluso internacional. En otras ocasiones, mientras la mayoría invoca el nuevo artículo 280 para admitir un recurso, la minoría lo hace para rechazarlo; o su inversa: la mayoría desestima con la sola mención del artículo 280, y la minoría considera trascendente la cuestión (ej. caso “Louzán” de 1994, F. 317:1658).

6.8. *Relación del “certiorari” con la gravedad institucional*: ante la gravitación que adquiere la trascendencia en el *certiorari* (tanto negativo como positivo) es necesario vincularlo con la doctrina, ya consolidada en la jurisprudencia de la Corte, de la gravedad institucional.

6.8.1. Es claro que la relación mencionada no debe llegar a confundir la función que cumplen ambos cartabones: mientras que la doctrina de la gravedad institucional nació para ampliar la competencia de la Corte a los casos en que –a pedido de parte– no correspondería conceder el recurso extraordinario por falta de requisitos rituales, el *certiorari* legislado en el artículo 280 es una limitación a dicha competencia pues es la Corte la que decide a discreción cuándo existe trascendencia o no.

6.8.2. Sólo se observa una vinculación funcional (además de conceptual) entre la doctrina de la gravedad institucional y la trascendencia en caso del *certiorari* positivo en virtud del cual por existir trascendencia se abre el remedio federal por incumplimiento de los requisitos formales.

6.9. *Efecto del “certiorari” sobre la doctrina de la sentencia arbitraria*: a partir de la finalidad que inspiró al *certiorari* negativo de la Ley 23.774, coincidimos con quienes predicen un fuerte achicamiento de la procedencia de los recursos extraordinarios basados en sentencias arbitrarias (ya analizada como nueva especie de cuestión federal). Con este instrumento en la mano, la Corte puede empezar a desandar el camino de ensanchamiento que significó la propia creación pretoriana de la arbitrariedad, “convirtiéndose en su propio verdugo” (Morello, 3). Es claro que esa pesimista visión bien puede compensarse con el discreto uso del *certiorari* positivo aplicado en casos de arbitrariedad trascendente.

7. El *per saltum*:

7.1. Una innovación de discutible importancia en el régimen regular de nuestro recurso extraordinario es la creación pretoriana de la Corte a partir de 1990 del *per saltum* (salto de instancia) o *bypass* (sin cumplir con la exigencia del art. 117, parte 1ª, CN en tanto dispone que será el Congreso el que determinará la jurisdicción por apelación de la Corte y sin haberlo incluido la Ley 23.774). Por ésta, se permite al justiciable acceder a la Corte Suprema sin cumplir el requisito propio del superior tribunal de la causa, empalmando así una instancia anterior directamente con el Alto Tribunal, quien correlativamente pasa a intervenir en ese asunto (avocarse). Por ello, a esta modalidad del recurso extraordinario también se la denomina recurso de avocación. Además, aquí la interposición del escrito recursivo ya no se realiza ante el superior tribunal de la causa (que precisamente se “saltea”), sino de rechamante ante la propia Corte. La razón de estas excepciones pretorianas al régimen de este recurso –según la jurisprudencia admisora– es la gravedad institucional/trascendencia involucrada en la causa.

7.2. Esta cuestión ya se había planteado en el caso “Margarita Belén” de 1988 (F. 311:1762) con motivo de una cuestión de competencia negativa entre cámaras federales (de Capital Federal y de Resistencia) para investigar las circunstancias en que perdieron la vida trece personas detenidas (a fines de 1976) por personal militar y de

seguridad en las proximidades de la localidad chaqueña de Margarita Belén, en momentos en que eran trasladadas de la Alcaldía de Resistencia a Formosa por orden del Segundo Cuerpo del Ejército.

7.2.1. Allí, la mayoría de la Corte se limitó a resolver la cuestión de competencia negativa (art. 24.7, decreto-ley 1285/58) y aclaró que no podía “asumir” el conocimiento de la causa sin la previa intervención del tribunal competente para ello, porque “no puede prescindir [...] de las reglas y excepciones prescriptas por el Congreso para el ejercicio de su jurisdicción por apelación; ni actuar de otra manera, para asumir competencia originaria y exclusiva sobre la causa” (c. 3, voto de Caballero-Fayt), y porque “ello llevaría a apartarse de la firme doctrina de la Corte establecida a partir del caso ‘Sojo’ de 1887, según la cual una ley del Congreso no podría (y, en consecuencia, menos aún la jurisprudencia) ampliar ni restringir la jurisdicción originaria del Tribunal” (c. 7, voto concurrente de Bacqué).

7.2.2. En cambio, la solitaria disidencia de Petracchi sostuvo que correspondía a la Corte entrar al “juzgamiento sustancial” de la causa con base en el “hondo arraigo en las decisiones de esta Corte” de la doctrina de la gravedad institucional que permite superar “los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella” (c. 5) y que “es inadmisibles la demora en la tutela del derecho comprometido, cuya naturaleza requiere consideración inmediata” (c. 6), “máxime cuando, en rigor, no se encuentra en el debate la definitiva competencia de esta Corte para entender sobre el fondo del caso, sino la oportunidad en la que tal tarea deba realizarse” (c. 8). Esta discrepancia anticipa el próximo criterio mayoritario, claro que ante un caso cuyas circunstancias son de sustancia absolutamente diversa.

7.3. A pocos meses de instalada la nueva Corte Suprema en su composición ampliada (1990), se admite por vez primera el *per saltum* en el orden procesal federal en el caso “Dromi s/Avocación en autos Fontela c/Estado Nacional s/Amparo” (F. 313:630 y 863), más conocido como “causa Aerolíneas Argentinas”:

Hechos: el diputado nacional Fontela impugna el proceso de privatización de la empresa estatal de aviación llevado adelante por el P. E. N. por contradecir la Ley de Reforma del Estado (23.696). El juez de 1ª instancia (Garzón Funes), en una fundada decisión, ordenó al Estado

nacional encuadrar la sociedad a privatizar en la normativa legal y reconoció legitimación activa al legislador, recordando su pionero fallo en el caso “Kattan” de 1983. El ministro de Obras y Servicios Públicos apela ante los propios estrados de la Corte para que ésta revoque la medida que paralizaba el proceso privatizador ya iniciado.

Sentencia de la Corte: en una brevísima e instantánea resolución (13-7-90) se suspenden los efectos de la sentencia apelada (Levene-Cavagna-Petracchi-Barra-Nazareno), para luego (6-9-90) revocarla. En esta última decisión, la misma mayoría (más el voto especial de Nazareno-Moliné) dispone la suspensión de la sentencia, porque la vía intentada habilitó la instancia extraordinaria de la Corte, a pesar de que no se impugnaba una decisión del superior tribunal de la causa, por mediar circunstancias de “gravedad institucional” que permitían superar aquel recaudo, considerado como “ápice procesal”, al menos en el orden federal (c. 6), atento a que la decisión interfería “en la marcha de los negocios públicos de evidente importancia y repercusión político-económica” (c. 14).

Disidencia de Fayt: postula el rechazo de la presentación directa con diversas razones: a) la Ley 23.774 dejó de lado, precisamente, la posibilidad de *per saltum*, no obstante que estaba proyectado, con lo cual se pone de manifiesto la voluntad del legislador de no potestar a la Corte para utilizar dicho remedio (c. 20); b) cita en su apoyo el caso “Margarita Belén” de 1988 (c. 21) y el añejo precedente “Sojo” (c. 22); c) la doctrina de la gravedad institucional no es aplicable en la especie, y además es “de interés mucho mayor asegurar el normal funcionamiento de las instituciones legales” (c. 31). Este voto pasa a enarbolar la tesis negatoria del salto de instancia.

7.4. *Suerte del “per saltum” en casos posteriores:* a partir del *leading case* reseñado, en sucesivas oportunidades los propios ministros de la Corte irán perfilando los alcances y limitaciones de esta nueva doctrina: a veces, volviendo a aceptar el *per saltum*, y otras no.

7.4.1. *Casos en que se hizo lugar al “per saltum”:*

7.4.1.1. Caso “Reiriz y Casal” –1994– (F. 317:1690): ambos procuradores fiscales de la Corte presentan ante ésta recurso extraordinario para que se deje sin efecto el auto de excarcelaciones dispuesto por un Juzgado de 1ª Instancia en lo Penal Económico que posibilitaba la

libertad de los imputados en una resonante causa iniciada con motivo de una gigantesca incautación de estupefacientes conocida como "Operación Langostino" (en ese momento había recursos ordinarios con similar objeto en trámite ante la Cámara). En fallo dividido, la mayoría de la Corte (Moliné-Boggiano-López, más los votos de Nazareno y Levene, y la sutil disidencia parcial de Petracchi) vuelve a hacer lugar al planteo de salto de instancia y suspende el efecto de las excarcelaciones del juez de 1ª instancia. El voto mayoritario (de los tres primeramente nombrados) insiste en invocar gravedad institucional (c. 2), y precisa que esta "excepcionalísima facultad aquí utilizada, inescindiblemente vinculada con la trascendencia de la materia traída [...] fluye de los poderes implícitos que corresponden a este Tribunal" para evitar que la protección de un derecho se torne ilusoria (c. 4). Esta vez, votan en disidencia por la desestimación de la presentación directa Belluscio-Bossert-Fayt.

7.4.1.2. Caso "UOM c/Ministerio de Trabajo" -1996- (F. 319:371): el sindicato de metalúrgicos (UOM) presenta un amparo por reencuadramiento sindical con base en la Ley de Asociaciones Profesionales (23.551) en virtud del cual la jueza de 1ª instancia ordena cautelarmente al ministro de Trabajo que se abstenga de aplicar el convenio (Nº 185/96) de flexibilización laboral firmado entre la empresa automotriz Fiat Argentina y el sindicato de mecánicos (SMATA) a ser aplicado a los futuros trabajadores que se ocuparan por una inversión prometida por la empresa de capitales italianos. Contra esa resolución, el Ministerio implicado deduce "recurso extraordinario por salto de instancia" ante la propia Corte. Ésta, con mayoría estricta de cinco jueces (Nazareno-Moliné-Boggiano-Vázquez-López), sin resolver el fondo, deja sin efecto la medida cautelar dispuesta en 1ª instancia e impulsada por la UOM (de nuevo en soledad, Fayt vota en disidencia). Tanto la mayoría como la minoría se remiten a los respectivos votos mayoritario y disidente del caso "Dromi".

7.4.1.3. Caso "Jorge Rodríguez" -1997- (F. 320:2851), conocido como "caso de privatización de aeropuertos", donde se impugnó el llamado a licitación pública internacional de los aeropuertos dispuesto por el decreto 824/97. A pesar de que la mayoría de la Corte niega ejercer jurisdicción extraordinaria y utilizar el *per saltum*, para nosotros no hay duda de que lo es. En efecto, lo cierto es que la Corte sustrae

la causa al juez de 1ª instancia interviniente, sin recorrer las instancias intermedias, para decidir sin más la cuestión planteada por el jefe de Gabinete (sobre el fondo del caso ver su estudio en atribuciones normativas del Poder Ejecutivo). De generalizarse esta interpretación se destruiría el sistema de control difuso al sustituirlo por uno concentrado (disidencia de Petracchi) al cercenarse las facultades de los jueces inferiores por este “atajo pretoriano” (Morello, 5).

7.4.2. Casos en que no se hizo lugar al “*per saltum*”:

7.4.2.1. Caso “Erman González” –1990– (F. 313:1242), conocido como “causa BIBA”: aquel ministro del P. E. N. solicitó se deje sin efecto la medida cautelar dispuesta por un juez federal de 1ª instancia que afectaba al Banco Central. La mayoría desestimó el *per saltum* (Levene-Cavagana-Petracchi, Belluscio y conjuez Cotter) y fijó el alcance de la nueva doctrina del *per saltum* del caso “Dromi”; allí no se tuvo el propósito de arbitrar caminos procesales transitables por todo litigante que pretenda, sin más, obtener una rápida definición de su litigio mediante un pronunciamiento del más Alto Tribunal y que su objeto no era elaborar un medio adjetivo para superar dificultades, angustias o trastornos que pudieran producirse en un proceso hasta su definitivo juzgamiento (c. 6). En cambio, la disidencia (Fayt-Nazareno-Moliné) remite la causa a la Cámara Nacional de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal y deja sin efecto las medidas cautelares; por esto último consideramos que la minoría hace lugar al *per saltum* con la particularidad de que no invoca la doctrina del caso “Dromi” de 1990. Por su parte, el disidente doctor Quintana Terán (quien integró aquí el tribunal) se limita a remitir la causa a la Cámara con base en el artículo 24.7, decreto-ley 1285/58, aclarando que no es partidario de la doctrina pretoriana del *per saltum*, en adhesión al voto minoritario de Fayt en el caso “Dromi”.

7.4.2.2. Caso “Partido Demócrata Cristiano” –1991– (F. 314:1030): esa agrupación impugna por recurso extraordinario *per saltum* la decisión de la Junta Electoral de la Provincia de Córdoba. Por unanimidad la Corte lo desestima, en tanto el voto mayoritario (Levene-Cavagna-Petracchi-Boggiano-Barra) fija una importante limitación a la doctrina del *per saltum*: la excepción al superior tribunal sólo juega en el orden federal “y no en el local”.

ÍNDICE DEL TOMO I

ABREVIATURAS	7
--------------------	---

LIBRO PRIMERO

ELEMENTOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES PRELIMINARES

Constitución	11
Derecho constitucional positivo	11
Ciencia constitucional	13
Teoría constitucional	13
Estructura constitucional	14
Relación de la ciencia y la teoría constitucional con otras disciplinas	14
Objeto de la ciencia constitucional y de la sociología política	15
Orden político y orden constitucional	16

CAPÍTULO SEGUNDO

TIPOLOGÍA Y CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES

.....	17
A) Tipología constitucional	18

Tipo histórico tradicional	18
Tipo racional normativo	19
Tipo empírico sociológico	20
Tipo decisionista	22
Tipo dialéctico	24
Tipo cibernético	26
B) Clasificación de las constituciones	29
Clasificaciones pretéritas	29
Constituciones escritas o no escritas	29
Constituciones dispersas o codificadas	29
Constituciones materiales o formales	29
Constituciones definitivas o de transición	29
Constituciones rígidas o flexibles	30
Constituciones pétreas-eternas	31
Clasificaciones recientes	32
Constituciones originarias o derivadas	32
Constituciones ideológicas o utilitarias	32
Constituciones normativas, nominales o semánticas	33
Constituciones genéricas o analíticas	33
C) Ubicación de la Constitución argentina en la clasificación de las constituciones	34

CAPÍTULO TERCERO

PODER CONSTITUYENTE

Concepto	37
Poder constituyente originario y derivado	38
Orden constituyente y orden constitucional	41
Límites al poder constituyente	42
Titularidad y ejercicio	45
Validez, vigencia y efectividad	46
Revolución, reforma y evolución	47

LIBRO SEGUNDO
ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL
POSITIVA DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

..... 51

SECCIÓN PRIMERA

SUBESTRUCTURA DE ACTOS, NORMAS,
INTERPRETACIÓN Y SUJETOS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO PRIMERO
ACTOS CONSTITUCIONALES

Acto jurídico constitucional	55
Costumbre constitucional	55
Mutación constitucional	57
Uso constitucional	57
Costumbre internacional	57
Acto jurídico constitucional propiamente dicho	58

CAPÍTULO SEGUNDO
NORMAS CONSTITUCIONALES

Clasificación	63
Normas imperativas o discrecionales	63
Normas de organización o de conducta	64
Normas operativas o programáticas	65
Carácter expreso o implícito de las normas operativas y programáticas ..	67
Operatividad de las declaraciones de derechos nacionales e internacionales	69
El caso particular de la operatividad de los derechos sociales en la Constitución	69

El caso particular de la operatividad de las normas de la C. A. D. H.	70
Jurisprudencia de la Corte federal.	74
Normas especiales en la Constitución argentina.	75
Preámbulo de la Constitución.	75
Disposiciones Transitorias	78

CAPÍTULO TERCERO

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Noción preliminar	81
Interpretación estática vs. interpretación dinámica	82
Interpretación estática	83
Interpretación dinámica.	84
Interpretación “alternativa”.	87
Valor de la jurisprudencia norteamericana	89
Valor del Preámbulo	92
Función de las nuevas normas constitucionales	94
Valor de la jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos	96
Enfoque consecuencialista	101

CAPÍTULO CUARTO

SUJETOS CONSTITUCIONALES

Población del Estado.	105
Papel de la nacionalidad y la ciudadanía	105
Situación de los conceptos ciudadanía y nacionalidad en nuestra Constitución.	107
Situación de la nacionalidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos	110
Modos de acceder a la nacionalidad argentina	112
Argentinos nativos	113
Argentinos por opción.	114
Argentinos por naturalización.	116

Suspensión de la ciudadanía argentina	121
<i>Status</i> de los extranjeros	123
Extranjeros fuera del país	123
Inmigración	124
Extranjeros dentro del país	125

SECCIÓN SEGUNDA

SUBESTRUCTURA DE DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHOS CONSTITUCIONALES

A) Nociones preliminares	133
B) Derechos personalísimos	135
Introducción	135
Derecho a la vida	136
Derecho a la integridad personal	143
Derecho al honor	148
Distinción entre intimidad y privacidad	149
Derecho a la intimidad	151
Derecho a la privacidad	154
Derecho a la salud	158
C) Derechos civiles	163
Introducción	163
Derecho de trabajar	164
Derecho a ejercer toda industria lícita	166
Derecho de navegar	167
Derecho de comerciar	168
Derecho de peticionar	171
Derecho de circulación	172
Derecho de entrar	173
Derecho de permanecer	174
Derecho de transitar	174

Peaje	175
Derecho de salir	176
Derecho a la información	177
Derechos de los informadores	179
Derecho a difundir, publicar o emitir informaciones por cualquier medio	179
Prohibición de censura previa	180
Reserva de las fuentes periodísticas	186
Derechos de los informados	190
Derecho a elegir el medio	190
Derecho de réplica	191
Derecho a preservar su honra y su intimidad	195
Responsabilidad por informaciones inexactas	197
Doctrina de la real malicia	199
Poder de policía y jurisdicción en materia de prensa	202
Derecho de propiedad	204
Derecho de asociación	215
Derecho de profesar un culto	220
Objeción de conciencia	222
Derecho a la educación	226
Derecho de casarse	231
D) Derechos políticos	236
Introducción	236
Derechos cívicos	237
Derecho de peticionar con fines políticos	238
Derecho a expresar ideas políticas	238
Derecho al adoctrinamiento político	239
Derecho a realizar reuniones políticas	239
Derecho de resistencia	239
Partidos políticos	239
Derechos electorales	247
Sufragio como medio de elección	248
Derecho a elegir	248
Derecho a ser elegido	250
Sistemas electorales aplicados en Argentina	252

El sistema electoral de lemas en las provincias argentinas	256
Sufragio como medio de decisión	257
Iniciativa popular legislativa	258
Consulta popular.	259
E) Derechos sociales	261
Introducción	261
Constitucionalismo social.	261
Derechos sociales de los trabajadores	264
En relación a las condiciones de trabajo.	266
Condiciones dignas y equitativas de labor	266
Jornada limitada	267
Descanso y vacaciones pagados.	267
En relación a la retribución del trabajo.	267
Retribución justa.	267
Salario mínimo vital y móvil	269
Igual remuneración por igual tarea.	270
Participación en las ganancias de las empresas	272
En relación a la cogestión en la empresa	272
Controlar la producción y colaborar en la dirección	272
En relación a la estabilidad.	273
Protección contra el despido arbitrario.	273
Estabilidad del empleado público.	277
Nuevos derechos sociales.	278
Derechos de los niños	279
Derechos de las mujeres	284
Derechos de los ancianos	285
Derechos de los discapacitados	286
Derechos gremiales.	287
Organización sindical	288
Consagratorio fallo de la Corte aplicando el artículo 14 bis en materia de libertad sindical	291
Protección de los representantes gremiales	294
Concertar convenios colectivos de trabajo.	295
Recurrir a la conciliación y al arbitraje	298
Derecho de huelga	300

Derechos familiares	303
Protección integral de la familia.	304
Compensación económica familiar	304
Defensa del bien de familia	304
Acceso a una vivienda digna	305
Derechos de la seguridad social	306
Carácter integral e irrenunciable.	307
Seguro social obligatorio	307
Seguro de salud.	307
Siniestros laborales	308
Jubilaciones y pensiones.	312
Derecho a la movilidad previsional	312
Entidades de la seguridad social.	316
F) Derechos de incidencia colectiva o derechos públicos subjetivos.	317
Introducción	317
Derechos ambientales.	320
Derechos de consumidores y usuarios	338
Derechos de los pueblos indígenas.	352
G) Derechos no enumerados	372
Introducción	372
Derecho de reunión.	374
Derecho de expresión	377
Derecho de contratar.	378
Derecho de asilo político	379
Derecho a la participación política a través de mecanismos no previstos	383
Derecho a la revolución	385

CAPÍTULO SEGUNDO

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A) Nociones preliminares	387
B) Igualdad	390
Diversas manifestaciones	390
Igualdad jurídica (abolición de la esclavitud)	391

Igualdad ante la ley y la no discriminación	400
No discriminación.	405
Modalidades de la igualdad ante la ley.	408
Igualdad de oportunidades o de chances	415
Igualdad fáctica.	418
C) Bases sustanciales del derecho penal	419
Introducción	419
Postulado de legalidad penal	420
Irretroactividad de la ley penal.	420
Ley penal más benigna	421
Leyes penales “en blanco”	424
Tipicidad penal	425
Prohibición de interpretación analógica.	426
Exclusión legal	427
El caso de los edictos policiales porteños.	428
Delitos de lesa humanidad	430
Problemática de la pena	439
Legalidad de la pena	440
Finalidad de la pena	440
Penas prohibidas.	441
Personalidad de la pena	442
Proporcionalidad de la pena	442
Pena de prisión	444
Medidas sustitutivas de la prisión.	445
Ejecución de la pena privativa de libertad	448
Deber del Estado de mantener las cárceles sanas y limpias	449
D) Debido procesal legal adjetivo	453
Noción y alcance.	453
Prohibición de arrestos arbitrarios	456
Detención policial sin orden de juez	457
Detención policial por averiguación de antecedentes	460
Acceso a la jurisdicción	464
Juez natural	468
Competencia territorial en materia penal	474
Las “comisiones especiales”	476

Juicio previo	479
Publicidad del juicio previo	482
Tiempo del juicio previo	483
Juicio por jurados populares	485
Defensa en juicio	490
Asistencia de intérprete	492
Asistencia letrada	493
Regla de exclusión probatoria	498
Doctrina de los frutos del árbol envenenado	499
Prohibición de autoincriminación	500
Manifestaciones ante la policía cuando no se han demostrado apremios ilegales	502
Problemática de las acciones sobre el cuerpo para averiguar delitos	505
Identificación en rueda de personas	508
Presunción de inocencia	509
<i>In dubio pro reo</i>	510
Prisión preventiva	511
Excarcelación y eximición de prisión	513
La excarcelación y la C. A. D. H. ante la Corte federal	516
La imprescriptibilidad de los crímenes cometidos por el terrorismo de Estado	520
Doble instancia	525
<i>Reformatio in peius</i>	529
Asociación ilícita	531
<i>Non bis in idem</i>	531
Reincidencia penal	533
Inviolabilidad del domicilio	534
Allanamiento por orden judicial	536
Consentimiento del afectado	539
Inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados	546

CAPÍTULO TERCERO
DEBERES PÚBLICOS SUBJETIVOS

Noción	549
------------------	-----

Límites constitucionales	549
Categorías de deberes públicos subjetivos	551
De todos los habitantes	551
De los ciudadanos	552
Fuente internacional de los deberes públicos subjetivos	552

SECCIÓN TERCERA

SUBESTRUCTURA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

INTRODUCCIÓN

.....	557
-------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIO DE SUPREMACÍA

A) Noción	559
B) Gradación del ordenamiento jurídico federal argentino	560
Cuadro sobre la gradación del ordenamiento	561
Bloque federal	562
Bloque de constitucionalidad	562
C) Tratados internacionales	562
Criterio <i>ratione personæ</i>	563
Criterio <i>ratione materiæ</i>	564
Criterio <i>ratione supremitatis</i>	564
Jurisdicción federal en materia de tratados	565
Incorporación de un tratado internacional a nuestro derecho interno	565
Instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional	569
Enumeración constitucional	570

Elevación a rango constitucional de otros instrumentos sobre derechos humanos	571
Situación especial del Convenio OIT N° 87/48	572
Cuadro sobre instrumentos internacionales con jerarquía constitucional	573
Alcance de la expresión “jerarquía constitucional”	574
Instrumentos internacionales con nivel infraconstitucional	577
Tratados de integración.	579
El cumplimiento por parte de Argentina de las recomendaciones que le formule la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada por el Pacto de San José de Costa Rica	586

CAPÍTULO SEGUNDO

SUBPRINCIPIO DE CONTROL

A) Nociones generales	589
B) Control judicial de constitucionalidad en Argentina	592
Nacimiento del control judicial de constitucionalidad.	595
En EE. UU.	595
En Argentina	596
Características del control de constitucionalidad argentino.	598
Inconstitucionalidad por omisión.	601
Doctrina de las cuestiones políticas	603
Jurisprudencia de la Corte Suprema	607
El problema del control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional	616
C) Procesos constitucionales	616
I. Amparo como género de tutela	616
Acción de amparo	619
Amparo individual	620
Amparo colectivo	641
Acción de hábeas data.	650
Acción de hábeas corpus.	667
Acción declarativa de inconstitucionalidad	681

II. Recurso extraordinario federal.....	685
Regulación legal	686
Requisitos	686
Requisitos comunes	687
Requisitos propios.....	691
Clases de cuestión federal.....	691
Cuestión federal por arbitrariedad de sentencia.....	696
Requisitos formales.....	710
Trámite y resolución del recurso extraordinario.....	713
Recurso extraordinario por gravedad institucional.....	717
El <i>certiorari</i>	721
El <i>per saltum</i>	726